

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

Faculdade de Direito

Renata Sousa Andrade Batista

**A IMPORTÂNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A
PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
FRENTE À MANIPULAÇÃO GENÉTICA**

Juiz de Fora

2011

Renata Sousa Andrade Batista

**A IMPORTÂNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A
PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
FRENTE À MANIPULAÇÃO GENÉTICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Abdalla Daniel Curi

Juiz de Fora

2011

Renata Sousa Andrade Batista

**A IMPORTÂNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL PARA A
PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
FRENTE À MANIPULAÇÃO GENÉTICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada pela seguinte banca examinadora:

Professor Abdalla Daniel Curi (Orientador)-UFJF

Professora Maria José Guedes Gondim de Almeida-UFJF

Professor Israel Carone Rachid-UFJF

Juiz de Fora, 30 de novembro de 2011

Aos meus pais, Darcy e Ireni,

por tudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me guiar permitindo que meu sonho se tornasse realidade.

Aos meus pais, fonte inesgotável de amor, simplicidade, força e sabedoria.

Ao meu esposo André por sempre caminhar ao meu lado, com companheirismo e cumplicidade inabaláveis.

Ao orientador e amigo Abdalla, exemplo vivo e fecundo de caráter e de dignidade, pelo apoio e incentivo.

A todos que vibram com as minhas vitórias como se suas fossem.

“O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência.”

(Rudolf Von Ihering)

RESUMO

As mudanças na sociedade contemporânea resultantes do progresso tecnológico e científico têm gerado novos temas carecedores de regulamentação jurídica. Essa realidade pode ser comprovada pelos avanços biotecnológicos especialmente no plano genético, onde foram revolucionárias as descobertas dos últimos anos. As decisões jurídicas e as consequentes construções normativas devem se firmar, sobretudo nos fundamentos precípuos do Estado Democrático de Direito, a dizer, a vida e a dignidade da pessoa humana. Fio condutor desse trabalho, o ativismo judicial surge como possibilitador da expansão do atuar Judiciário na tentativa de estabelecer uma relação harmônica entre as novas descobertas biotecnológicas e a preservação da dignidade do indivíduo. A partir da ótica de Simone Born de Oliveira no que concerne à supremacia da dignidade humana, analisar-se-á o posicionamento de autores como Luis Roberto Barroso e Mauro Cappelletti no que se refere à discricionariedade jurídica como instrumento capaz de solucionar possíveis conflitos até então sem precedentes. O estudo em questão busca demonstrar que o Direito não pode se eximir das ciências da vida e dos dilemas da condição humana na sociedade atual. O impacto provocado pelas pesquisas genômicas, assim como os direitos dos embriões criopreservados nas clínicas de fertilização assistida, devem ser debatidos sob a ótica jurídica e assistidos sob a perspectiva dos Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Dignidade humana. Manipulação genética. Ativismo judicial

ABSTRACT

The changes on the actual society prompted by the advance of technology and science impelled new issues that need judicial regulation. This can be observed throughout the biotechnological researches, especially regarding the genetic field, where the recent years' discoveries were astonishing. The judicial decisions and, therefore the resulting law code should stand by the side of the essential principles of the Democratic State of Law: life and human dignity. This work tries to achieve the capability of the expansion of the Law's acts, while also building a balanced relationship between the new biotechnological discoveries and the preservation of the human dignity. From the view of Simone Born de Oliveira on the supremacy of human dignity the position of Luis Roberto Barroso and Mauro Cappelletti will be analyzed, as they defend that unprecedented conflicts could be resolved, if the judges were allowed a more unrestricted power to act upon said conflicts. This research will debate on the absolute necessity of the Law's presence on the human condition dilemma, the today's society and science. It's safe to say that the impact provoked by genetics research, as well as the rights of cryo-preserved embryos, should be discussed under the judicial and Human Rights perspective.

Keywords: Human dignity. Genetic manipulation. Judicial activism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO -----	8
1 BIOÉTICA E BIODIREITO -----	10
1.1Bioética: a ética da vida-----	10
1.2Biodireito: surge uma nova disciplina-----	11
2 A DIGNIDADE HUMANA -----	13
2.1Noções gerais -----	13
2.2 A dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro-----	13
2.3 O bem jurídico “genoma humano”-----	14
2.4 A dignidade humana e a manipulação genética-----	15
3 MANIPULAÇÃO GENÉTICA -----	17
3.1 Genética - Considerações gerais-----	17
3.2 Entendimentos sobre a manipulação genética-----	17
3.3 O potencial das pesquisas com material genético humano-----	18
4 A MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE EMBRIÃO HUMANO E O INÍCIO DA CONDIÇÃO HUMANA -----	21
4.1 Embrião humano: sujeito ou objeto?-----	21
4.2 O início da condição humana-----	23
4.3 O início da vida nos termos do Supremo Tribunal Federal-----	25
4.4 O direito à vida e à dignidade humana dos embriões-----	27
5 O ORDENAMENTO BRASILEIRO ANTE AS PESQUISAS EM GENÉTICA -----	29
6 O ATIVISMO JUDICIAL -----	31
6.1 A separação dos poderes-----	31
6.2 A judicialização da política e das relações sociais no Brasil-----	32
6.3 Ativismo judicial: a invasão da política pelo direito-----	33
6.4 O ativismo judicial brasileiro e o Supremo Tribunal Federal-----	35
6.5 Oposições à crescente expansão do ativismo judicial no Brasil-----	36
7. JUÍZES LEGISLADORES? -----	38
8. OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AOS AVANÇOS DA CIÊNCIA E DA MANIPULAÇÃO DA VIDA HUMANA -----	39
CONCLUSÃO -----	42
BIBLIOGRAFIA -----	44

INTRODUÇÃO

As atuais descobertas científicas relacionadas ao genoma humano induzem a uma nova realidade social. O Estado como maior garantidor dos direitos fundamentais deve estar atento a tais avanços e aos possíveis danos causados por eles.

A manipulação genética é o conjunto de técnicas capazes de modificar genes de organismos animais e vegetais. São efetuadas experiências inusitadas como duplicações, transferências e isolamento de genes que visam a criação de organismos geneticamente modificados e superiores aos já existentes.

O progresso nas pesquisas científicas relacionadas à manipulação genética humana requer uma evolução jurídica paralela para que preceitos essenciais como a dignidade humana não sejam violados. Posicionamentos éticos, sociais e morais sobre o desenvolvimento biotecnológico também se fazem relevantes, visto que os experimentos e descobertas neste campo repercutem diretamente na essência do ser humano. Assim, insta destacar a importância da Bioética e do Biodireito para o direcionamento da conduta humana no plano dos experimentos com genes.

O desenvolvimento na esfera genética divide as opiniões. De um lado os que defendem a manipulação dos genes alegando precipuamente fins terapêuticos. A moderna biotecnologia favorece o bem-estar da humanidade, e, ao descobrir métodos preventivos, novos tratamentos, medicamentos mais eficazes e até a cura de moléstias graves, eliminaria o sofrimento e prolongaria a expectativa de vida dos homens.

Aqueles contrários às alterações genéticas alegam riscos previsíveis como a eugenia, a discriminação diante de determinadas condições genéticas, a redução da biodiversidade, a violação da integridade biológica e do direito que os seres possuem de repassar suas características aos seus descendentes, além dos riscos imprevisíveis. Também é questionada a possibilidade da pesquisa científica se tornar um novo instrumento de domínio utilizado pelos grandes laboratórios detentores de patentes.

O progresso biotecnológico deve ser bem aceito pela sociedade, visto os admiráveis benefícios já apresentados. O medo do desconhecido deve ser superado e a engenharia genética deve evoluir como forma de preservação do ser humano que está exposto constantemente às situações novas que podem levá-lo ao flagelo existencial.

O presente estudo versa sobre a insuficiência legislativa dispensada à manipulação genética envolvendo seres humanos e a necessidade de garantia de uma efetiva tutela da identidade genética e da dignidade humana, princípio-guia das atuais cartas constitucionais.

A legislação existente não é suficiente para a defesa da dignidade frente ao avanço das pesquisas envolvendo material genético humano. Faz-se urgente e necessária a imposição de limites jurídicos capazes de impedir abusos e irregularidades nos experimentos genômicos, protegendo assim a dignidade do indivíduo e o patrimônio genético das gerações futuras de possíveis e imprevisíveis prejuízos.

Nesse contexto, uma possível solução para a premente preservação da dignidade humana ante o célere desenvolvimento biotecnológico seria uma maior atuação do Poder Judiciário através do *ativismo judicial*. Esse instituto amplia a interferência das instâncias judiciais na efetivação de valores e fins determinados constitucionalmente.

De aplicação polêmica o ativismo judicial divide as opiniões por intervir na esfera de atuação do Legislativo e do Executivo e pela denúncia de uma possível violação ao princípio constitucional da divisão dos poderes. É imprescindível que haja uma ponderação quanto às decisões ativistas, tendo em vista a atual colaboração entre os poderes e a supremacia da dignidade humana como um dos fundamentos norteadores de todo o ordenamento pátrio.

A análise se desenvolveu a partir da leitura de manuais doutrinários e do estudo da legislação pertinente. No que concerne aos setores de conhecimento, a pesquisa possuirá uma feição multidisciplinar devido a necessidade de se buscar elementos constantes no Biodireito, na Bioética, no Direito Constitucional e no Direito Civil.

1. BIOÉTICA E BIODIREITO

1.1 Bioética: a ética da vida

A Bioética é uma ciência voltada para o respeito da dignidade da pessoa humana. Sua finalidade precípua é a tutela da vida, prezando pela harmonização entre o uso das ciências médicas e de suas tecnologias com os direitos humanos. As regras bioéticas não possuem caráter coercitivo, mas natureza meramente recomendatória trazendo preceitos morais que devem ser seguidos.

Neste sentido Maria Helena Diniz (2001, p.13)

A Bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro a ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras.

Os princípios bioéticos assentam-se na atual “*trindade bioética*”, a dizer, autonomia (autodeterminação), beneficência (o maior bem do paciente), e a justiça (distribuição equânime de benefícios e obrigações na sociedade).

A autonomia significa o direito inerente ao indivíduo de se reger por suas próprias leis. Indica a faculdade individual de determinação de normas de conduta, sem que haja imposições de natureza restritiva. A autonomia aqui tratada não pode ultrapassar a esfera subjetiva de cada pessoa de modo a interferir na intimidade outra que não a própria. Assim, tem o paciente o direito de decisão sobre qualquer ato que modifique seu estado de saúde, seja ele físico ou mental. As escolhas do paciente têm que ser respeitadas, e o seu consentimento, para qualquer que seja o procedimento, deve ser livre e esclarecido, sob pena de violação da intimidade. O enfermo deixa de ser visto como um mero objeto, passando a ser reconhecido como o responsável por suas escolhas e plenamente capaz para o exercício de seus direitos.

O princípio da beneficência, também conhecido como princípio da não mefeiciência, ultrapassa o caráter de piedade e caridade firmando o dever médico de respeitar as decisões do paciente, assim como de não causar a ele nenhum dano e atuar sempre objetivando o alcance e a preservação da sua saúde. A beneficência deve ser combinada com a autonomia, pois ao ter conhecimento dos procedimentos e de seus efeitos o paciente poderá optar por sua realização ou não, o que acaba evitando que técnicas de risco sejam efetuadas.

Finalmente estabelece o princípio da justiça que os benefícios relacionados à saúde sejam repartidos igualmente, de modo a evitar qualquer forma de injustiça ou discriminação. Esta norma elementar da Bioética pode ser dividida sob três aspectos: o ônus dos encargos das pesquisas científicas, a aplicação de recursos destinados às pesquisas e a destinação dos resultados de tais pesquisas.

A Bioética tornou-se mundialmente reconhecida e se firmou rapidamente perante os avanços nas pesquisas científicas, sobretudo dos acelerados estudos relacionados à manipulação genética humana. Passou a ser a ciência que demarca historicamente o reencontro da biologia com a filosofia.

1.2 Biodireito: surge uma nova disciplina

É inevitável que a ciência jurídica enfrente constantemente novas situações sociais advindas das mais variadas esferas do saber. O direito como reflexo da vida deve caminhar com a evolução atentando sempre para a realidade fática e axiológica. Caso contrário, como dispõe Severo Hryniewicz e Regina Fiuza Sauwen (2008, p.39) “Não passaria de um conjunto de termos ociosos que viveria uma vida de mentira sem possibilidade efetiva de realização.”

Com o avanço das pesquisas relacionadas à vida e à saúde fez-se imperiosa a criação de um instrumento que tutelasse direitos essenciais inerentes à condição humana. Surgiu assim o Biodireito, o estudo do estabelecimento de normas perante as ciências da vida. É este um novo ramo do direito público responsável pela regulação e regulamentação de comportamentos médico-científicos e das respectivas sanções pelo descumprimento das regras estabelecidas.

Segundo leciona Matilde Carone Slaibi Conti (2004, p.12 e 13)

O Biodireito se funda sobre fatos, princípios e regras. Não se trata de um sistema de princípios abstratamente determinados que se impõe sobre a realidade a partir de normas proibitórias inquestionáveis. A reflexão se aplica a fatos e se constrói a partir deles. A pluralidade de opiniões sobre tais fatos relativos à vida, à saúde e à morte deve refletir o pluralismo moral da sociedade. Dois são os parâmetros fundamentais, aceitos para resolver disputas morais entre indivíduos que não compartilham uma visão moral comum: o respeito à vida e o respeito à autodeterminação da pessoa. Esses dois grandes parâmetros não incluem outras normas da tradição ocidental, mas conjugam-se e formam o arcabouço fundamentador e procedimental do debate social.

Com o objetivo precípua de firmar o vínculo jurídico e a normatização entre o direito e as pesquisas científicas aplicadas ao estudo da vida, o Biodireito apresenta suas normas com

caráter imperativo e cogente visando limitar, e se preciso for, punir os experimentos prejudiciais ao ser humano.

Os princípios que regem o Biodireito, a dizer, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a inviolabilidade da vida, o direito à informação e a proteção à saúde; estão intimamente ligados aos valores constitucionais.

A dignidade da pessoa humana destaca-se como um dos fundamentos preconizados pela Carta Magna. É este um valor inerente a todos os seres humanos e não somente aos possuidores de cidadania. A dignidade impede a degradação do indivíduo e a redução deste a um simples objeto de terceiros e até mesmo do estado.

O princípio magno da igualdade prevê o tratamento idêntico para todos, sendo vedada qualquer forma de diferenciação ou discriminação. São possíveis tratamentos jurídicos díspares nos casos entre desiguais com o objetivo de igualá-los.

Possui a vida valor inestimável, não podendo ninguém ser privado da sua arbitrariamente. Tem o Biodireito o dever de preservar a vida ante todo e qualquer experimento científico com seres humanos.

Já o princípio da informação confere ao indivíduo o direito de receber todas as informações pertinentes ao procedimento médico ou científico a que será submetido, caso o tenha consentido. Devem ser informados adequadamente os objetivos, os métodos, os benefícios e os potenciais riscos que o procedimento em questão poderá provocar.

A proteção da saúde é consagrada pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado. É a condição habitual de equilíbrio do organismo uma pretensão do desenvolvimento social que inclui além de atendimento médico de qualidade, o acesso a medicamentos e a tratamentos.

2. A DIGNIDADE HUMANA

2.1 Noções gerais

A dignidade humana é um valor ligado de modo íntimo e necessário a todo ser humano. Historicamente já era tal valor exaltado pelo cristianismo visto que teria sido o homem criado à imagem e semelhança de Deus.

Os jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII tornaram mais racional e laica a concepção de dignidade humana, sem perder, no entanto o ideário de igualdade entre os homens no que diz respeito à liberdade e dignidade. Destaca-se o entendimento de Immanuel Kant, para o qual a dignidade seria uma consequência da autonomia humana e nenhum indivíduo poderia ser tratado como objeto, nem por ele mesmo.

A dignidade como qualidade própria da natureza humana não é passível de renúncia ou alienação. É este um elemento qualificador da condição humana, e, como tal, deve ser, como afirma, Sarlet (2002, p.41) “reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.”

Independente de qualquer que seja a circunstância concreta, prevalecerá a preservação da dignidade, visto que sua natureza decorre do simples fato de ser humano. Todos são iguais em dignidade, pois todos são iguais como pessoas, mesmo que não se comportem de modo digno perante seus semelhantes e perante si mesmo. Assim, não desaparece a dignidade por mais indigno e infame que seja o ato. Esse é o entendimento firmado pelo artigo 1º da Declaração Universal da ONU de 1948, segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

Como atributo intrínseco de todo ser humano é a dignidade anterior à ciência jurídica, e, portanto, não vinculada à existência desta. Tem o Direito o dever de protegê-la e promovê-la, coibindo qualquer ato que contra ela atente. A dignidade humana é um valor supremo, o valor norteador de toda a ordem jurídica, pois, é o homem o fundamento e o fim do Estado e do Direito.

2.2 A dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro

Tem o ordenamento jurídico o escopo de estabelecer limitações que tutelem o indivíduo e a sociedade, e tanto seu conteúdo, quanto suas aplicações devem objetivar

precipuamente o resguardo da vida e da dignidade humana. A Constituição Federal de 1988 tem como valor fundamental a ser tutelado o direito à vida, sendo o princípio da dignidade um dos fundamentos orientadores do ordenamento jurídico nacional:

Art.1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

III -a dignidade da pessoa humana

É o fundamento em questão objeto de tutela em vários capítulos da Carta Magna, entre eles destacam-se o artigo 170, *caput*, que prevê que o propósito da ordem econômica é assegurar uma existência digna a todos; o artigo 226, §7º, que na ordem social baseou o planejamento familiar nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Também foi assegurado à criança e ao adolescente o direito à dignidade pelo artigo 227, *caput*.

Na qualidade de princípio fundamental do ordenamento jurídico pátrio tem a dignidade da pessoa humana posição relevante, visto que não é um valor norteador apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica. Deve tal preceito ser o valor-guia tanto das normas constitucionais, quanto das normas infraconstitucionais.

Assim, alcança a dignidade humana *status* de bem inatingível e irrenunciável, com valor absoluto, devendo ser considerada ilegítima, e, portanto coibida toda e qualquer conduta que a viole ou a coloque em risco. É direito de todos os homens a garantia de viver com respeito e dignidade, sendo vedada qualquer forma de discriminação. Este princípio estabelece uma nova forma de pensar e de relacionar o Direito, pois, a partir de então, a interpretação de todos os outros princípios deverá ser feita de modo que seja o indivíduo respeitado integralmente e sua dignidade preservada por completa.

2.3 O bem jurídico “genoma humano”

O processo evolutivo social gera bens jurídicos que devem receber a devida tutela normativa, evitando que conflitos sem precedentes fiquem sem uma resolução adequada. Com a atual sobrelevação dos direitos fundamentais, e o merecido destaque para a dignidade

humana, é natural que os desenvolvimentos biotecnológicos e as pesquisas com material genético humano, originem novos bens jurídicos. É o genoma humano um objeto de direito derivado da dignidade, cuja preservação influi diretamente na manutenção do equilíbrio e do bem estar de toda a espécie humana. Nas palavras de Richard Buckminster Fuller: “Noventa e nove por cento de quem você é está invisível e intocável”.

Documentos internacionais tutelam o patrimônio genético humano na busca pela efetiva internacionalização, dentre eles destaca-se a Convenção dos Direitos Humanos e da Biomedicina (1996) que determina em seu artigo 13

uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano apenas pode ser empreendida por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas, e apenas se o seu propósito não for a introdução de modificações no genoma de qualquer descendente.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (UNESCO 1997) estabelece em seu artigo 1: “O genoma humano é a base da unidade fundamental de todos os membros da família e do reconhecimento de sua dignidade intrínseca e sua diversidade. Em sentido simbólico, o genoma humano é patrimônio da humanidade”.

A recombinação gênica artificial pode ofender o patrimônio cromossômico e gênico humano provocando desdobramentos indesejáveis tanto para a geração presente, quanto para as gerações futuras. Riscos como a eugenia seletiva, as hibridações gênicas e até mesmo a construção de aberrações humanas, são reais e podem extinguir características genéticas naturais e particulares dos homens. Assim, merece o genoma humano alcançar o *status* de bem jurídico e receber uma proteção normativa adequada, sob pena de a humanidade ter o seu conjunto de genes modificado e a atual identidade do homem perdida.

2.4 A dignidade humana e a manipulação genética

Diante da excelência do instituto da dignidade humana, e para que sejam evitados males e prejuízos, muito dos quais imprevisíveis, é necessária a conciliação entre o progresso das pesquisas com material genético humano e o respeito à dignidade naturalmente conferida a todas as pessoas.

O *laissez-faire* das pesquisas biotecnológicas pode resultar em uma degradação e desumanização do homem, provocando até mesmo uma irreversível alteração do patrimônio genético das gerações futuras. Portanto, deve o presente e o futuro serem administrados de

forma responsável, assegurando e legitimando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, impondo limites com o intuito de salvaguardar o preceito fundamental da vida e da dignidade.

Vem a lume o magistério de Simone Born de Oliveira (2002, p.53 e 54)

O ser humano é o ator principal da vida humana: receberá tudo que lhe for delegado, seja por herança genética ou patrimonial. Os seres humanos compõem o Universo e formam a sociedade que se conhece e possui. Em consequência, todos os cientistas, hoje mais do que nunca, são levados a pensar em novos temas-problema que poderão vir a influir no futuro desta e das novas gerações, que ainda estão por vir. Nos dias atuais, pensa-se a bioética mais do que nunca como a salvadora de almas humanas. Mas é preciso que todos que desenvolvem novos experimentos e procedimentos, pesquisas nas mais variadas áreas científicas visualizem a bioética como sendo a tão almejada e querida *ética* da vida.

Muitos dos experimentos e procedimentos que estão sendo desenvolvidos, entre as quatro paredes dos mais diversos laboratórios do mundo, de métodos e fins obscuros e/ou desconhecidos, que poderão, porém, proporcionar nos dias atuais e futuros, aos cientistas, a fama, o dinheiro e o tão almejado sucesso, são ignorados por mais de noventa por cento da população mundial.

Envolvidos, sobretudo no progresso da ciência, muitas vezes os experimentos são desenvolvidos sem discutir qualquer valoração: o ético e o moral são deixados de lado para chegar-se ao final da pesquisa, sem o que ela se tornaria inviável. É o tudo vale em nome da Ciência. É o tudo vale em nome do avanço tecnológico. É como se este fim justificasse o rompimento com todos os atuais valores morais e éticos existentes em cada um e vigentes na sociedade.

A vida deve ser vista como um bem fundamental do ser humano, sem cujos valores ela pouco valerá. A vida deve ser acompanhada de dignidade de viver.

Norteadores de natureza bioética não são suficientes para regular as pesquisas científicas relacionadas à bioengenharia, visto a carência de poder coercitivo de obrigar e de se fazer cumprir tais normas. Faz-se assim essencial uma regulamentação jurídica apropriada capaz de proteger e preservar a dignidade humana dos riscos iminentes da utilização indiscriminada de recombinações gênicas artificiais.

O objetivo principal desse trabalho é demonstrar a importância da preservação do ser humano e de sua dignidade frente às pesquisas científicas relacionadas à manipulação genética.

3. MANIPULAÇÃO GENÉTICA

3.1 Genética - Considerações gerais

É a genética parte da biomedicina responsável pelo estudo dos mecanismos de hereditariedade dos microorganismos, das plantas e dos animais. O surgimento dessa ciência ocorreu a partir dos experimentos pioneiros de Gregor Mendel que desvendou as origens da herança biológica e dos fatores hereditários.

Em 1943 foi descoberto o ADN (ácido desoxirribonucléico), substância que contém o material genético humano, e dez anos mais tarde é apresentada a imagem de uma molécula dessa substância. Na década de 70 cientistas descobrem o ADN recombinante, ou seja, ADN produzido pela junção de material genético de duas origens distintas, frequentemente ADN de dois organismos diferentes, o que propulsiona ainda mais as pesquisas em genômica.

Nas décadas seguintes com o acelerado progresso das técnicas em genética humana como o nascimento do primeiro bebê fecundado *in vitro*, o projeto genoma e a confirmação do primeiro clone de um mamífero, novas perspectivas foram expostas ao mundo, o que suscitou dúvidas e preocupações, tanto científicas, quanto jurídicas sobre o poder de intervenção das pesquisas gênicas na vida e na natureza humana, e as possíveis conseqüências para a sociedade.

3.2 Entendimentos sobre a manipulação genética

A manipulação genética existe desde o descobrimento da agricultura há milênios passados, com a escolha das melhores sementes e mudas para o plantio. Transformar a uva em vinho, o leite em derivados e cruzar animais selecionados de uma mesma espécie com intuito de obter seres geneticamente superiores, também são práticas antigas que revelam a manipulação de organismos.

As antigas biotecnologias resultavam de um processo empírico fundamentado nas observações, experimentações e resultados. Já as modernas técnicas se baseiam em procedimentos de manipulação biológica e de manipulação genética, cerne do estudo em questão.

A manipulação genética se concentra nas alterações nos genes das células. Implica em uma série de técnicas de engenharia genética que vão do isolamento dos genes, da

determinação de suas estruturas e de sua mutação controlada *in vitro* à sua transferência para outras células ou organismos. Tem esse procedimento o poder de intervir nos componentes genéticos humanos e conseqüentemente produzir profundas alterações no patrimônio genético de toda humanidade.

Na expressão de Paulo Vinicius Sporleder de Souza (2004, p.175 e 176)

Como se percebe em todos os conceitos aludidos, a engenharia genética humana pressupõe modificação artificial (total ou parcial) do genoma de determinada célula ou organismo particular, sendo que isso pode ser levado a efeito de forma programada mediante a adição, substituição ou supressão de determinado (s) gene (s). Por via de conseqüência, no ser humano, esta alteração pode ser dirigida a fins terapêuticos, ou seja, para a correção ou tratamento gênico (terapia gênica), ou para fins não necessariamente terapêuticos, isto é, científicos ou mesmo outros fins reprováveis, como a seleção eugênica (positiva) de determinados caracteres biológicos não patológicos do genoma humano, ou pela criação de novos seres híbridos e aberrações humanas.

Por ser imprescindível para o beneficiamento e para a preservação da vida, deve o desenvolvimento científico na esfera genética ser incentivado. Sem o avanço biotecnológico a humanidade estaria fadada a sucumbir frente às novas e inusitadas situações a que está exposta. Faz-se também de extrema importância a observação da fragilidade da vida humana perante o poder invasor das experiências com genes e para o risco intenso de violação de direitos fundamentais.

3.3 Os benefícios e os riscos: o potencial das pesquisas com material genético humano

Os experimentos científicos, em geral, têm seus benefícios inicialmente exaltados, até mesmo pelo fato de muitos dos riscos serem desconhecidos e constatados somente no curso, ou no fim das análises. Com as pesquisas envolvendo material genético humano não é diferente, acobertados pelas possibilidades de grandes e revolucionárias descobertas caminham tais estudos a passos largos em direção a um destino ainda desconhecido.

São muitos os benefícios possibilitados pelo progresso da engenharia genética, entre eles destaca-se a busca pela cura de diversas doenças através da terapia gênica; as descobertas de novos medicamentos para o tratamento de doenças que há muito assolam a humanidade, como câncer e Mal de Alzheimer; e medidas preventivas como as vacinas, também fazem parte desse rol.

A longevidade, o viver muito com qualidade, é um sonho antigo dos homens que também está entre as promessas das pesquisas genômicas. Com o conhecimento aprofundado do corpo humano será possível retardar os efeitos do tempo sobre o organismo e os indivíduos poderão viver cada vez mais e melhor.

Os mesmos experimentos dos quais provêm resultados positivos, apresentam também riscos em potencial, alguns imprevisíveis que poderão trazer consequências trágicas para o ser humano e para a sociedade no geral.

A terapia germinal, ao contrário da terapia genética somática que atinge somente a pessoa enferma, causa mudanças no patrimônio genético, afetando profundamente as gerações futuras. Características básicas da natureza humana poderão ser alteradas e até mesmo extintas.

A seletividade também se destaca como um possível resultado dos avanços biotecnológicos. Indivíduos portadores de determinadas anomalias ou alterações genéticas poderão ser rotulados como seres inferiores e imperfeitos.

Os horrores da segunda guerra mundial e as experiências desenvolvidas com o objetivo de se obter uma “raça perfeita” retomam os pensamentos da comunidade científica, assim como da sociedade em geral. A eugenia, a preocupação com um melhoramento das características físicas, psíquicas e mentais do ser humano é viabilizada pela manipulação genética. Tudo o que não é considerado perfeito e ideal para o ser humano deve ser eliminado.

A análise genômica abusiva também pode importar em discriminações genéticas. Assim como a dignidade da pessoa humana se apresenta como um direito fundamental, deve a privacidade genética ser elevada a tal nível e receber a mesma proteção. Esta espécie de discriminação pode gerar recusa e até mesmo a demissão de empregados, tratamento diferenciado por seguradoras de saúde ou por estabelecimentos de ensino que poderão fundar suas seleções segundo critérios genéticos.

A UNESCO na Declaração Universal Sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), reage contra a discriminação com base em dados genéticos prevendo: “Art.6º- Ninguém será sujeito a discriminação baseada em características genéticas que vise infringir ou exerça o efeito de infringir os direitos humanos, as liberdades fundamentais ou a dignidade humana.”

No Brasil tramita o Projeto de Lei 4610/1998, cujas diretrizes estabelecem que a realização de testes capazes de detectar doenças genéticas, ou que permitam a identificação de pessoas portadoras de genes responsáveis pelo desenvolvimento de determinada doença ou pela suscetibilidade ou predisposição genética a uma doença, só serão permitidos para propósitos médicos ou para a pesquisa médica e após aconselhamento genético, por profissional devidamente habilitado.

Não se pode olvidar de outras consequências preocupantes como a biopirataria, a redução da diversidade humana e até mesmo o risco de guerras biológicas quando se tratar de pesquisas envolvendo material genético humano. A vulnerabilidade do ser humano deve ser tutelada, assim como seus direitos fundamentais.

4. A MANIPULAÇÃO GENÉTICA DE EMBRIÃO HUMANO E O INÍCIO DA CONDIÇÃO HUMANA

Com os atuais desdobramentos biotecnológicos em genômica humana, os possíveis efeitos e consequências da manipulação genética com embriões devem ser cautelosamente examinados, pois, os componentes biológicos humanos desta fase despertam um enorme interesse nos pesquisadores.

4.1 Embrião humano: sujeito ou objeto?

Embrião é o organismo na fase de diferenciação orgânica, que vai da segunda à oitava semana de gestação após a fecundação dos gametas. Nesta fase, o embrião já pode ser considerado um indivíduo, e estará envolvido por um saco que servirá de proteção contra toxinas e choques externos. Permanecerá neste saco por até dois meses, e depois será alimentado pela placenta passando de embrião a feto, tendo essa designação até o momento do nascimento.

A ampliação das possibilidades de lesões ao concebido como o “embrionicídio”; os experimentos e recombinações gênicas artificiais com embriões ou a fertilização de um número exagerado de óvulos para a fecundação assistida, resultando em embriões excedentes que poderão ser utilizados para outros fins que não o reprodutivo, despertou novas indagações de natureza moral, social e jurídica, gerando inclusive a necessidade de inovadoras formas de proteção ao embrião.

As recentes pesquisas com células-tronco acirraram os debates quanto a utilização de embriões como fontes de células totipotentes e multipotentes dado seu alto poder de diferenciação. As células embrionárias são capazes de se diferenciar em todos, ou quase todos os tecidos que constituem o corpo humano, de acordo com o tempo de vida do embrião.

Muitos pesquisadores defendem o uso de embriões não reclamados em pesquisas, desde que tenha expirado o prazo para implantação destes. Em alguns países é possível obter embriões inviáveis para a implantação em clínicas de reprodução assistida, e até mesmo embriões desenvolvidos especificamente para esta finalidade através da compra de óvulos e sêmen para a realização de pesquisas. No Brasil a Lei de Biossegurança permite a utilização de células-tronco apenas para fins terapêuticos e de pesquisa científica, sendo a comercialização de material produzido a partir destas células considerada crime, cujo agente está sujeito à pena de reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

As intervenções biomédicas envolvem tecnologias reprodutivas, estudo dos genes e experiências embrionárias. O embrião pode ser objeto de procedimentos intrusivos dentro e fora do útero materno, provocando intensa divergência quanto o início da vida e a possível violação de sua dignidade.

A manifestação de muitas doenças está interligada à carga genética do indivíduo. Atualmente é possível um diagnóstico preciso antes mesmo da apresentação dos primeiros sintomas através da pesquisa genética do novo indivíduo que está se formando, e até de seus futuros pais.

Denominado diagnóstico genético, pode esta análise ser realizada após a concepção (diagnóstico pré-natal) ou mesmo antes da existência do concebido (diagnóstico pré-conceptivo). É este último também denominado conselho genético e nele o geneticista analisa a constituição genética do casal que pretende ter filhos lhes advertindo sobre as possibilidades da concepção de uma criança com enfermidades e más formações advindas dos genes. Já no diagnóstico pré-natal a investigação é do próprio embrião já concebido e acontece durante a gestação.

Para o embrião intra-uterino diagnosticado como portador de alguma enfermidade congênita através da medicina preditiva há o constante risco de um aborto eugênico. Sempre houve uma preocupação científica em melhorar o ser humano em seus aspectos biológicos, psíquicos e mentais.

As agressões aos embriões extra-uterinos possuem natureza diversa. Com a possibilidade de criação de seres humanos artificialmente, as tecnologias reprodutivas possibilitaram a seleção de determinadas características biológicas, como por exemplo, o sexo (*sex selection*) do embrião, o que pode violar a dignidade humana com a ofensa à diversidade sexual e a vida embrionária dos que foram rejeitados.

Entre as pesquisas com embriões extra-uterinos destaca-se ainda a partenogênese, na qual há a estimulação para o desenvolvimento do óvulo sem a fecundação por um espermatozóide, suprimindo assim a participação masculina do processo reprodutivo.

Versa o direito pátrio que antes do nascimento com vida não há personalidade jurídica, mas a lei a lei protege e resguarda o nascituro desde a sua concepção (artigo 2º do Código Civil/2002).

Não pode o produto da concepção ser utilizado com fins lucrativos, pois na condição de ser humano, é sua matéria *res extra commercium*, ou seja, não pode ser constituído como objeto de atos negociais. O nascituro tem o direito ao pai ou à paternidade certa; tem, em caso de fertilização assistida, direito à identidade; deve ser assegurado o seu direito à indenização por morte de seu progenitor, pela dor de nunca tê-lo conhecido; tem direito também a alimentos para uma adequada assistência pré-natal e garantia de um desenvolvimento saudável. Salvaguardado também está o direito do nascituro de receber bens por doação (CC art. 542) ou por herança (CC art. 1798), mas o direito de propriedade somente se incorporará em seu patrimônio após seu nascimento com vida.

Apesar da legislação existente, faz-se urgente uma discussão nacional abrangente sobre a manipulação genética com embriões humanos, pois as pesquisas embrionárias são indiscutivelmente necessárias para fins de entendimento sobre o desenvolvimento das células para a cura de doenças graves, assim como para a desvelação do desenvolvimento do próprio embrião. Os debates devem ser intensificados na busca pelo estabelecimento de uma proteção efetiva dos embriões frente aos abusos decorrentes do desenvolvimento genotecnológicos, e assim resguardar de forma perfeita e acabada a dignidade humana embrionária.

Questões éticas, científicas e jurídicas permeiam as pesquisas envolvendo embriões humanos, mas possuem um ponto inicial em comum: a dúvida quanto ao começo da vida humana

4.2 O início da condição humana

Questões referentes ao início da condição humana já eram alvo de muitas discussões quando a concepção ocorria somente por meios naturais. Após a fertilização *in vitro* as controvérsias se intensificaram visto ser possível um período indefinido entre a fecundação e a gestação, a crioconservação de embriões denominados excedentes ou excedentários e a dúvida quanto ao momento do início da existência embrionária.

São muitas as posições defendidas. A Igreja Católica Romana, igualmente a muitos cientistas e filósofos não vinculados a ela, tem defendido que a vida de uma pessoa tem início com a fecundação entre gameta feminino e masculino. Outras igrejas cristãs, como a Igreja da Escócia, também defendem esta mesma posição, porém aceitam com reservas as pesquisas com embriões que visem situações que envolvam infertilidade ou casos de doenças transmitidas através dos genes.

Dentre as muitas teorias que tratam do início da condição humana destacam-se a Teoria Metabólica, com o entendimento de que é o óvulo e o espermatozóide também são consideradas formas de vida, assim, a vida humana tem início antes mesmo da concepção; a Teoria da Potencialidade da Pessoa Humana, na qual é o embrião, desde a fecundação um “possível” ser humano, e não uma forma concreta de vida. Já para a Teoria Concepcionista o início da vida é marcado pela concepção, assim a partir da fecundação já há vida humana merecedora de proteção.

Na Teoria Genético-Desenvolvimentista, o embrião não possui vida, sendo considerado um aglomerado celular. A vida só se efetivará em um momento posterior, quando o embrião for identificado como ser único e individualizado. Para a Teoria Nidacionista só há vida depois de implantado o embrião no útero materno, o início da condição humana ocorreria então por volta do décimo quarto dia após a fecundação, quando o óvulo fecundado teria condições de desenvolvimento

A Teoria Neurológica versa que o que diferencia o ser humano dos outros seres é o cérebro, só há vida quando este órgão estiver funcionando, o que ocorre a partir da 24ª semana embrionária. Por fim estabelece a Teoria Sensiente que não basta um cérebro funcional, mas o que define a condição humana seria a capacidade de se emocionar, o que ocorre a partir da 24ª e 28ª semana do desenvolvimento do embrião.

Apesar da divergência doutrinária quanto ao momento exato em que se inicia a vida humana, o certo é que o ente concebido, desde que em desenvolvimento no útero materno, desfruta de uma tutela jurídica, que, de acordo com Caio Mário da Silva Pereira, abrange o *infans iam conceptus nondum natus* (a criança já concebida, ainda não nascida).

E quanto aos embriões excedentários que se encontram criopreservados em laboratórios especializados, e que muitas vezes não possuem nenhuma expectativa de serem transferidos para o útero materno? Seriam eles considerados nascituros ou possuem outra condição jurídica? Estariam eles disponíveis para manipulações genéticas embrionárias?

Os conceitos e as regulações jurídicas existentes não acobertam todas as possibilidades que emergiram com o acelerado desenvolvimento biotecnológico. Não houve uma evolução jurídica paralela o que resultou em lacunas, situações que não foram devidamente regulamentadas pelo Legislativo.

A falta de previsão jurídica tem possibilitado o tratamento de mero objeto ao embrião humano. Nestes termos, torna-se imprescindível o exame de sua condição jurídica para que seja possível um resguardo da dignidade humana embrionária.

4.3 O início da vida nos termos do Supremo Tribunal Federal

Em 2008 no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Procuradoria Geral da República a respeito da utilização de embriões humanos para fins de pesquisas científicas e terapias, ocorreu, além de uma nova definição sobre o início da vida humana, um novo modo da Suprema Corte estabelecer seus entendimentos.

A ação defendia a tese de que o embrião, desde o momento de sua concepção, já possuiria vida e, portanto teria o direito de ter preservada sua dignidade. Desta forma, o artigo 5º e §§ da Lei nº11. 105, de 24 de março de 2005, Lei de Biossegurança, que possibilita a utilização de embriões inviáveis para fins de pesquisas e terapias, contrariam o ordenamento jurídico pátrio e violaria o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos exatos termos do artigo 1.º, III, da Constituição Federal.

A Lei de Biossegurança permite a utilização em pesquisas científicas de embriões humanos produzidos por inseminação *in vitro* que não serão transferidos para o útero materno por não possuírem qualidade para implantação (podem estar muito fragmentados ou pararam de se dividir) ou por conterem mutações responsáveis por doenças genéticas. Embriões congelados há mais de três anos também podem ser utilizados. A lei exige o consentimento dos genitores em razão da finalidade específica da inseminação, que é a procriação em qualquer que seja o caso.

Com o intuito de reunir vários entendimentos sobre o assunto, visando uma decisão que melhor interpretasse a consciência política e social pátria, assim como a previsão legislativa existente; pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal em uma audiência pública foram ouvidos profissionais de áreas diversas como a medicina, o direito, a biologia, a bioética, a antropologia, a sociologia e entidades religiosas.

Houve também a participação do *Amicus Curiae* (amigo do Tribunal), figura originária do direito britânico, convocado pelo juiz para prestar informações ou esclarecer questões técnicas e científicas a respeito da questão em pauta, transformando-a em assunto mais

tangível e mais próximo daqueles que estão distantes das recentes descobertas biotecnológicas.

Segundo os votos das Ministras Ellen Gracie e Carmen Lúcia, o descarte de embriões não implantados no útero materno geraria somente "lixo genético". Portanto, seria melhor que fosse esse material aproveitado em pesquisas e terapias que poderiam de algum modo beneficiar a vida humana.

O Ministro relator, Carlos Ayres Brito, votou pela total improcedência da ação. Fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Citou também diversos artigos da Constituição Federal que tratam do direito à saúde (artigos 196 a 200) e à obrigatoriedade do Estado de garanti-la, defendendo a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças. Evidenciou que a vida humana se inicia no nascimento com vida e termina com a morte encefálica, espaço de tempo em que a pessoa é dotada de personalidade jurídica, e, assim, aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações da vida civil. O Ministro relator destacou que a questão que estava sendo decidida se referia a embriões congelados que não seriam utilizados. Sentenciou o Ministro "O único futuro é o congelamento permanente e descarte com a pesquisa científica. Nascituro é quem já está concebido e que se encontra dentro do ventre materno. Não em placa *de petri*". Enfatizou, finalmente, que "embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto este recebe tutela jurisdicional". Os demais Ministros, que se guiaram pelo voto do relator, também sustentaram que a vida humana se inicia quando o embrião é implantado no útero materno.

Na interpretação do Supremo Tribunal Federal o local definidor da vida humana passou a ser o útero materno, onde teria o embrião condições ideais para o seu completo desenvolvimento, não havendo vida humana extra-útero. Assim, a condição humana tem início *in ventre* e não *in vitro*.

A Lei de Biossegurança e o julgamento de sua constitucionalidade evidenciam as discussões sobre os limites jurídicos e o significado dos preceitos constitucionais referentes ao respeito à vida e à dignidade humana. Este seria um dos reflexos da tensão entre política e Direito que serão discutidos mais adiante.

4.4 O direito à vida e à dignidade humana dos embriões

É a vida o primeiro e mais importante direito do indivíduo, sem o qual não haveria razão para a existência dos demais direitos e garantias. Prevê a Constituição Federal no *caput* do artigo 5º

Art.5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

Com a Constituição Federal de 1988 a pessoa humana passou a ser o centro da ordem jurídica brasileira. Com a constitucionalização do ordenamento e o advento da supremacia da Constituição, nenhuma lei ou ato administrativo podem de alguma forma violar preceitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Lei Maior adquire relevância no cenário nacional.

O ser humano deve ter preservados o seu direito à vida e a sua dignidade em qualquer que seja a fase de seu desenvolvimento. O tratamento legal dispensado ao nascituro ou ao embrião humano deve estar em harmonia com os princípios ditados pela Constituição, não apenas no plano patrimonial, como o faz o Código Civil, mas em todos os desígnios. A interpretação das regras já existentes e das que futuramente venham a ser editadas, devem indispensavelmente seguir tal entendimento.

O ordenamento pátrio acolheu a Teoria Concepcionista que se reporta como a mais adequada com os preceitos instituídos pelo atual Código Civil e com a determinação constitucional de tutela da dignidade humana. Apesar do reconhecimento da personalidade jurídica depender de dois requisitos, a dizer, o nascimento e a vida, a lei reconhece e protege os direitos daqueles que ainda hão de nascer.

A ampliação das possibilidades de lesões ao concebido como o “embrionicídio”; os experimentos e recombinações gênicas artificiais com embriões ou a fertilização de um número exagerado de óvulos para a fecundação assistida, resultando em embriões excedentes que poderão ser utilizados para outros fins que não o reprodutivo, despertou novas indagações de natureza moral, social e jurídica, gerando inclusive a necessidade de inovadoras formas de proteção ao embrião. Na ausência de normas específicas devem ser observadas as determinações constitucionais protetoras, sendo vedada e condenada qualquer prática que as

contrarie.

Neste aspecto como explicita a lição de Gustavo Tepedino (2008, p.54)

qualquer lei que mesmo cumprindo os ditames constitucionais específicos para certas matérias [...] desatendesse a preocupação do legislador constituinte relativamente à realização da personalidade e à dignidade da pessoa humana, padeceria do vício da inconstitucionalidade.

O embrião não é mais considerado uma parte da mãe, *portio mulieris vel viscerum* (porção da mulher ou de suas entranhas). São eles seres humanos em desenvolvimento, sujeitos distintos de seus progenitores e que gozam de uma identidade genética própria e contínua desde o momento de sua concepção. Assim como os nascituros e os nascidos possuem os conceitos o direito à vida e à dignidade, independentemente de qual seja o seu estágio evolutivo.

5. O ORDENAMENTO BRASILEIRO ANTE AS PESQUISAS EM GENÉTICA

Tem o Poder Público o dever de tutelar a integridade do patrimônio genético de um povo. Para que tal tutela seja efetivada de modo eficiente e satisfatório, é necessária a fiscalização e a estipulação de limites para as pesquisas envolvendo material genético humano.

Prevê a Carta Magna

Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
...

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

O citado dispositivo foi regulamentado pela Lei da Biossegurança (lei nº11.105 de 2005). Esta lei estatui normas de regulamentação para os experimentos envolvendo engenharia genética e organismos geneticamente modificados (OGM's), além de criar o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), reestruturar a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e dispor sobre a Política Nacional da Biossegurança.

Trata-se de uma lei de extrema importância devido a atualidade dos temas por ela desenvolvidos. Mas é necessário destacar a ineficácia das penas cominadas nos delitos previstos pela Lei da Biossegurança. Seu objetivo, assim como outros diplomas, dentre eles o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, é regular todos os aspectos jurídicos, a dizer, administrativos, civis e penais dos temas por ela abordados.

Em seu capítulo VIII intitulado “Dos Crimes e das Penas”, a Lei de Biossegurança prevê condutas tipificadas como crimes e suas respectivas penas. As sanções impostas pela lei em comento são basicamente de duas espécies, privativas ou restritivas de liberdade, e só podem ser aplicadas em pessoas físicas. Nos casos envolvendo biossegurança os sujeitos ativos serão em sua totalidade empresas, e seriam mais eficazes penas que envolvessem perda de bens, multa, suspensão ou interdição de direitos.

O ordenamento brasileiro apresenta também a Resolução 196, de 1996, editada pelo Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, que estabelece diretrizes e normas que

regulam experimentos envolvendo seres humanos. Já no preâmbulo apresenta os documentos internacionais nos quais se fundamenta, entre eles, o Código de Nuremberg (1947), a Declaração dos Direitos do Homem (1948), a declaração de Helsinque (1964 e suas versões posteriores de 1975, 1983, e 1989), o Acordo Internacional sobre Direitos civis e Políticos (1966, aprovado pelo Congresso Nacional Brasileiro em 1992), as propostas de Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos (CIOMS/OMS 1982 e 1993) e as Diretrizes Internacionais para Revisão Ética de Estudos Epidemiológicos (CIOMS, 1991).

A Resolução 196/96 estabelece ainda os requisitos primordiais instituídos como base da Bioética, a dizer, autonomia, não maleficência, beneficência e justiça. Devem tais princípios serem internalizados e instituídos como imprescindíveis norteadores de todo ato humano relacionado com a ética da vida.

Entre as normas atualmente em vigência é importante destacar a Lei 6.638, que estabelece e regula a prática didático-científica de operações feitas em animais vivos para o estudo dos fenômenos fisiológicos; o Decreto 98.830/90, que regulamenta a coleta de materiais científicos no Brasil por estrangeiros; a Lei 8974/95 que dispõe sobre o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados; a Lei 8.501/92 que estabelece normas sobre a utilização de cadáveres; e finalmente a Lei 9434/97 que se refere sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para transplantes e tratamentos, com as devidas modificações instituídas pela Lei 10211/2001.

No Brasil não há uma regulamentação adequada quanto ao desenvolvimento de pesquisas envolvendo seres humanos. Demonstra-se imperiosa a necessidade de uma legislação nacional mais eficiente devido a importância da preservação do ser humano, de sua dignidade, assim como de seu patrimônio genético frente às pesquisas científicas, sobretudo àquelas relacionadas à manipulação genética.

6. O ATIVISMO JUDICIAL

6.1 A separação dos poderes

No Brasil a manifestação dos anseios estatais ocorre mediante a atuação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Pretendeu o constituinte evitar o abuso de algum dos poderes e manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si”. É o princípio da separação dos poderes consagrado constitucionalmente pelos artigos 2º e 60, §4º, III da Carta Magna, que estabelece ainda as funções exclusivas de cada poder da República.

A divisão dos poderes já era citada por Aristóteles, John Locke e Rousseau, mas foi desenvolvida e divulgada por Montesquieu, que afirmava ser inconcebível que o mesmo indivíduo, ou instituição, executasse as resoluções públicas, construísse a ordem normativa e julgasse os crimes e os litígios entre os populares. Assim, a separação entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário foi um modo de evitar a concentração de poderes e de práticas arbitrárias.

Originariamente se limitava a especificar os limites de atuação de cada órgão, de modo que um não interferisse na esfera dos outros. Assim, a cada poder foi confiada uma função, a dizer, ao Legislativo a criação das leis, ao Executivo a administração e execução, e ao Judiciário o exercício da função jurisdicional. Insta também destacar a estipulação da independência entre os órgãos, de modo que não haja qualquer resquício de subordinação que possa violar as respectivas autonomias.

Devido as modificações do Estado Constitucional, não é mais tão rígida a tripartição dos poderes da República. De acordo com José Afonso da Silva (2007, p.109), hodiernamente a melhor expressão seria a “colaboração de poderes”, característica parlamentar, em que o governo depende da confiança do Parlamento. Ainda nas palavras do mesmo autor, na mesma obra

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e facultades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Atualmente há uma relação de reciprocidade e de controle mútuo entre os poderes, pois, tanto aquelas funções consideradas típicas, quanto as atípicas podem ser executadas harmoniosamente. Um exemplo dessa interação seria a interferência do Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal, no exercício de sua função de guardião da Constituição, exerce o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos do Poder Legislativo e do Executivo, como forma de assegurar a supremacia das normas constitucionais e do processo democrático.

6.2 A judicialização da política e das relações sociais no Brasil

A judicialização é a resolução de conflitos envolvendo questões importantes sob o ponto de vista político, social e moral pelo Poder Judiciário. Seria uma expansão da jurisdição que avança sobre o âmbito de poderes tradicionalmente políticos, a dizer, o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Fenômeno crescente após a Segunda Guerra Mundial tem a judicialização, criado divergências quanto à sua aplicação, pois através desse instituto emerge um novo *modus faciendi* do Direito. Há uma traslação de poderes para os juízes e para os tribunais, e como consequência mudanças substanciais na resolução dos conflitos que assolam a sociedade.

São três os principais precursores da judicialização da política brasileira, entre eles insta destacar a redemocratização, cujo ápice ocorreu com a promulgação da Constituição Federal em 1988. O Judiciário foi reconhecido como instrumento importante para a consolidação da democracia, houve um fortalecimento e uma difusão desse poder que passou a ocupar lugar de destaque na política nacional. O acesso à justiça também foi expandido o que contribuiu ainda mais para o robustecimento de juízes e tribunais.

Uma segunda causa para a judicialização seria a constitucionalização abrangente adotada pelo Brasil. Questões que antes eram tratadas pelas instâncias políticas tradicionais passaram a ser tuteladas constitucionalmente, o que possibilitou uma real proteção jurídica através de ações judiciais. Relevantes temas de valor político, moral ou social já foram discutidos ou está em plena discussão judicial, entre eles a criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); pesquisas com células tronco embrionárias (ADI 3510/DF) e interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF).

A terceira e última causa seria o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade em que pode o juiz ou tribunal não aplicar determinada lei por considerá-la inconstitucional. Esta seria uma característica herdada do sistema americano. Já do sistema europeu foi adquirida a possibilidade do controle por ação direta, e a apreciação de certas matérias diretamente pelo Supremo Tribunal Federal.

A judicialização está intimamente relacionada com o ativismo judicial. Enquanto ela é um fato, uma representação da atual delimitação dos contornos determinados pelo estreitamento da relação entre direito e política, o ativismo é uma nova forma de interpretação constitucional.

6.3 Ativismo judicial: a invasão da política pelo direito

A função jurisdicional no atual Estado Democrático de Direito desvinculou-se da mera reprodução legal. Para efetivação de seu objetivo primordial, a dizer, o cumprimento dos direitos e garantias constitucionais e também legais, é necessário que haja uma análise da conformidade de todos os atos normativos apreciados pelo Poder Judiciário com os preceitos ditados pela Constituição. Nessa nova perspectiva ocupa tal diploma o centro de toda atuação judicial. Assim, é frequente o embate entre Legislativo e Judiciário, o que não pode servir de obstáculo para o cumprimento de diretrizes estabelecidas pela Carta Magna.

Dentro desse novo panorama os valores exaltados pela Constituição Federal devem impreterivelmente nortear a atuação jurisdicional que deixa de ser legalista e passa a ser guiada por dispositivos constitucionais, principalmente no que diz respeito à preservação de direitos e garantias fundamentais. Para tanto se faz imprescindível um rígido controle de constitucionalidade assegurador da plena concretização do interesse público, e, conseqüentemente da soberania popular.

Exerce o Poder Judiciário a função de preservar os valores estabelecidos pela Constituição, mas deve este ser provocado para que não seja caracterizada arbitrariedade, o que não é admitido em um Estado onde se adota a democracia e o princípio da divisão de poderes. Assim, a atuação jurisdicional não deve interferir nos planos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, cujas funções estão descritas e delimitadas constitucionalmente. Entretanto quando tais poderes não respeitam os comandos estabelecidos pela Carta Maior ao exercerem suas devidas funções, violando direitos e garantias fundamentais, deve o Judiciário

intervir objetivando o restabelecimento dos ditames constitucionais, mesmo que para isso adentre em uma esfera política distinta da sua.

A esta ampliação da atuação do Poder Judiciário convencionou-se denominar de ativismo judicial, expressão utilizada por alguns doutrinadores de forma pejorativa por traduzir a intromissão da atuação judicial e a violação da esfera orgânica dos demais poderes da República. Para o presente trabalho o ativismo judicial representa uma forma de preservar preceitos determinados constitucionalmente, eliminando toda e qualquer interpretação que não esteja em conformidade com a Constituição Federal, sendo assim um importante instrumento de tutela de direitos e garantias fundamentais essenciais para a preservação da dignidade humana.

Como bem ensina Elival da Silva Ramos (2010, p.129)

... por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Assim, é o ativismo judicial uma intensificação da atuação do Poder Judiciário objetivando a efetivação de valores e fins instituídos constitucionalmente. Há uma expansão no sentido e no alcance da interpretação da Constituição Federal. Com isso, as decisões judiciais muitas vezes invadem a esfera dos Poderes Executivo e Legislativo provocando grandes discussões a respeito da legitimidade das decisões ativistas.

O fenômeno do ativismo encontra campo de aplicação geralmente nos casos em que não há uma eficiente proteção de direitos e garantias pelo Poder Legislativo. Em um Estado Democrático de Direito onde repousa a prioridade da tutela da dignidade, da igualdade e da liberdade da pessoa humana é aceitável uma atuação ampliada do Judiciário que objetive a efetiva aplicação dos princípios e dos valores constitucionais.

A conduta oposta ao ativismo seria a “auto-contenção judicial” através da qual o Poder Judiciário tenta minimizar os efeitos de sua intervenção no âmbito dos poderes Legislativo e Executivo. De acordo com esse instituto juízes e tribunais se desviam da aplicação direta da Constituição nos casos em que não há previsão expressa para a sua atuação; também são utilizados princípios intransigentes para que uma lei ou qualquer ato normativo seja declarado inconstitucional; e por fim se privam de intervir na definição das políticas públicas. Assim,

enquanto o ativismo judicial objetiva a total efetivação das previsões constitucionais, inclusive com a elaboração de regras concebidas com base em preceitos incertos e não delimitados; a autocontenção é caracterizada por expandir a atuação dos poderes políticos, inclusive quando suas decisões são omissas e indefinidas.

6.4 O ativismo judicial brasileiro e o Supremo Tribunal Federal

Diante da análise dos fundamentos das decisões ativistas e da ascensão do Poder Judiciário visando a preservação dos direitos fundamentais constitucionais, principalmente da dignidade da pessoa humana, foco do presente estudo, faz-se relevante uma análise da expansão do ativismo no Brasil.

Além do intervencionismo estatal com a adoção pelo Estado de uma postura que interfere em todos os aspectos, da expansão do controle abstrato de normas e do neoconstitucionalismo, outro importante elemento que impulsionou o ativismo judicial no Brasil foi a atividade normativa atípica do Supremo Tribunal Federal.

O ativismo judicial brasileiro pode ser contemplado através de condutas do Supremo Tribunal Federal. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2011, p.233 e 234) são exemplos da postura ativista da Suprema Corte

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no de políticas públicas insuficientes.

O exercício de atividades normativas pelo Poder Judiciário, mormente pelo STF, advém das funções institucionais que lhe foram atribuídas. Portanto, as decisões ativistas dessa instituição não podem ser consideradas intervenções no plano orgânico dos poderes Legislativo e Executivo.

O Supremo Tribunal Federal tem a função precípua de preservar a intangibilidade da Constituição Federal. Assim, assumem juízes e tribunais *status* de garantidores da integridade dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana previstos constitucionalmente.

Na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 2008, o Ministro Celso de Mello discursou em defesa do ativismo. Nos entendimentos do eminente jurista (<http://www.stf.jus.br>)

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República.

Para Celso de Mello a prática do ativismo judicial, desde que comedida e excepcional, torna-se uma “necessidade institucional” nos casos em que há uma omissão ou uma demora excessiva por parte do Poder Público para a concretização das obrigações que lhe são instituídas. Defende ainda o Ministro as decisões ativistas alegando que diante da omissão estatal ante imposições ditadas pela Constituição Federal, caso permaneça o Poder Público inerte, esse também estaria desrespeitando tais preceitos constitucionais.

6.5 Oposições à crescente expansão do ativismo judicial no Brasil

A atual expansão das instâncias judiciárias e o conseqüente crescimento das decisões ativistas no Estado brasileiro tem sido objeto de apreciações passíveis de uma breve explanação. A primeira crítica, de natureza político-ideológica, se deve ao fato de que os membros do Judiciário não são eleitos. Assim, ao declarar nulos atos dos poderes representativos estaria o Poder Judiciário exercendo uma função política e opondo-se á vontade dos legítimos representantes do povo.

A segunda crítica diz respeito à capacidade do Poder Judiciário de avaliar o impacto de suas decisões sobre determinadas matérias. A Constituição Federal prevê como um de seus princípios fundamentais a divisão independente e harmônica entre os três poderes. Cabe a eles a interpretação das normas constitucionais e a conjugação de seus respectivos atos com tais normas, havendo divergências cabe ao Judiciário o arbítrio final. Com o intuito de que o citado poder não se transforme em uma “instância hegemônica”, na expressão do ministro Celso de Mello, tem a doutrina constitucional limitado a intervenção judiciária através da análise da capacidade institucional para decidir sobre determinada matéria; e da apreciação dos efeitos sistêmicos que não podem ser previstos.

A terceira e última crítica está relacionada a uma possível limitação do debate tornando-o privativo do segmento jurídico. Assuntos de interesse público sairiam do círculo de discussões gerais, no qual as posições são expostas de modo aberto e abrangente, e passariam para outro âmbito muito mais técnico e formalista fundamentado por métodos interpretativos e linguagem jurídica, exigindo um mínimo conhecimento técnico.

Para manutenção de seus propósitos deve o ativismo judicial ser utilizado somente quando for constatada violação de direito fundamental ou da democracia. É importante limitar a expansão das decisões ativistas do Poder Judiciário, visto a indispensável preservação da separação dos poderes, mesmo diante da premente necessidade de tutela de garantias como a dignidade da pessoa humana

7. JUÍZES LEGISLADORES?

As profundas transformações das funções do direito e do Estado, assim como a adoção de novos paradigmas jurídicos para a resolução de conflitos, resultaram na renúncia do modelo em que predominavam as técnicas e conferiram ao Estado-Juiz uma maior e mais atuante participação na prestação jurisdicional.

Destacam-se os comentários de J. E. Carreira Alvim (2008, p.320)

O ativismo judicial, de um lado, põe em realce a instrumentalidade do processo, possibilitando ao juiz chegar à verdade real em vês de contentar com verdade apenas formal, e, de outro, exorciza alguns mitos processuais como a neutralidade do juiz e a *quod non est in actis non est in mundo*. O ativismo judicial traduz também a posição do juiz no processo, tendente a suprir a desigualdade processual das partes, decorrente de omissões processuais de seus patronos, com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade material das armas.

O objetivo desse novo modo de atuar do Poder Judiciário é assegurar uma prestação jurisdicional mais segura e uma solução mais justa dos litígios com um enfrentamento igualitário entre as partes envolvidas. Portanto, não há uma invasão do legislativo pelo Judiciário.

Para Cappelletti não há diferença entre as naturezas legislativa e judiciária, ambas criam o Direito. Em sua obra “Juízes Legisladores” (1999, p.42), leciona o autor

É manifesto o caráter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, toda interpretação é criativa, e sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

A complexidade do mundo contemporâneo e o o atual pluralismo social exigiu uma evolução nas atividades do magistrado, que passou a ser mais ativo, dinâmico e criativo, essencial para a efetivação das finalidades e dos princípios da Constituição Federal. O juiz não se restringe mais somente à aplicação do Direito no caso concreto, ele abandonou a aplicação tecnocrática, deixou de ser meramente a “boca da lei”, e passou a exercer uma função de “co-participante” no processo de criação legislativa.

8. OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE AOS AVANÇOS DA CIÊNCIA E DA MANIPULAÇÃO DA VIDA HUMANA

A Constituição Federal brasileira consagrou a inviolabilidade da vida e da dignidade do homem contra todas as ameaças potenciais e concretas. O início da condição humana é a concepção, este é o momento adotado pelo ordenamento jurídico pátrio que demarca a configuração da vida, e é esta a posição defendida pelo Pacto de São José da Costa Rica, do qual é o Brasil signatário. Neste documento seus subscritores acordaram que

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Os Estados signatários do presente Tratado, que manifesta e legisla em favor da pessoa humana e de seus direitos essenciais, firmaram um compromisso de respeito e de garantia das liberdades e dos direitos humanos

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Quanto ao direito à vida, estabelece o Pacto de São José da Costa Rica

Artigo 4º-Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instituída pelo Pacto de São José da Costa Rica estabelece que “pessoa é todo ser humano”, sem que haja qualquer distinção entre o ser humano em sua vida intra-uterina ou extra-uterina. Portanto, é uníssono o reconhecimento do direito à vida e à dignidade do ser humano, indiferente qual seja o seu estado de desenvolvimento.

Portanto, quando foi incorporado o Pacto de São José da Costa Rica ao sistema de direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 678, em 06 de novembro de 1992, o início da condição humana passou a ser a concepção, ou seja, o preciso instante em que há a fusão de um gameta masculino com um gameta feminino, formando uma célula unitária, neste momento, tem origem a pessoa humana.

A Reforma do Poder Judiciário, veiculada através da EC nº 45/2004, incluiu no art. 5º da Constituição Federal o seguinte dispositivo: “§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”

Assim, para que os tratados e convenções internacionais adquiram força de norma devem versar sobre proteção dos direitos humanos e serem aprovados, por cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com *quorum* qualificado de três quintos. Tratados anteriores à EC 45, que tratam dos direitos humanos, já recepcionados e incorporados ao ordenamento brasileiro, assumem automaticamente *status* de emendas constitucionais, de acordo com a aplicação do *tempus regit actum* (o fato é regido pela lei do seu tempo), amplamente aceito pelo próprio STF em diversas situações.

Neste sentido Flávia Piovesan (2008, p.72)

Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

No mesmo entendimento Celso Lafer (2005, p.16 e 17)

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva *ex parte civium* dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º do art. 5º.

Ao demarcar o início da vida humana a partir do implante do embrião no útero materno, na ação que julgou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, o STF interpretou diversamente do estipulado por um Tratado do qual é o Brasil signatário, violando direitos tão caros, a dizer, a vida e a dignidade do ser humano.

Ao interpretar diversamente das normas anteriormente estabelecidas, o Poder Judiciário não estaria expandindo sua atuação como lhe permite o ativismo judicial, mas provocando um verdadeiro “anarquismo judicial”, gerando discussões intermináveis com decisões controversas, prejudicando diretamente não somente os envolvidos em determinado conflito, mas todos os jurisdicionados.

O embrião humano merece a devida proteção desde a sua concepção, pois como prevê o Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro, a vida humana se inicia com a concepção. Não é a vida embrionária mera expectativa de ser humano, devendo lhe ser concedidos os direitos à vida e à dignidade, princípios tão importantes para a Constituição Federal que transbordam e alcançam a proteção de qualquer potencialidade de pessoa humana.

CONCLUSÃO

O surgimento da Bioética e do Biodireito oportunizou a análise da atual conjuntura biotecnológica, seus avanços e incertezas, especialmente no que se refere às pesquisas envolvendo material genético humano. O progresso científico despertou uma nova realidade, a manipulação da integridade do corpo humano e do seu genoma como forma de propiciar terapias genéticas capazes de curar determinadas moléstias que assolam a humanidade há tempos, além de desenvolver métodos preventivos para tantas outras.

Por ser imprescindível para o beneficiamento e para a preservação da vida, deve o desenvolvimento científico na esfera genética ser incentivado. Entretanto tem a ciência jurídica o escopo de estabelecer limitações que tutelem o indivíduo e a sociedade como um todo frente a tais pesquisas. O direito deve exprimir os valores inerentes ao ser humano e, tanto seu conteúdo, quanto sua aplicação deve objetivar precipuamente o resguardo da vida, da dignidade. Para tal, ainda que exista insuficiências normativa e tais insuficiências podem ser minimizadas através de outros instrumentos como o ativismo judicial, cabe ao ordenamento regulamentar os novos estudos científicos, a fim de buscar a defesa de um valor intrínseco a todo indivíduo, a sua dignidade.

Muito já foi verbalizado neste trabalho acerca da dignidade humana, todavia o exagero coagula com a importância do tema, uma vez que este se estabelece como fonte primária de toda condição humana. Como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito a dignidade guia todo o ordenamento brasileiro, devendo a interpretação jurídica se fundamentar no direito de se viver dignamente.

Derivado da dignidade surge o bem jurídico “genoma humano”, pois todos têm o direito de ter sua identidade genética preservada e suas características genéticas herdadas por seus descendentes. Logo todo e qualquer estudo que derive de tal fundamento deve obedecer ao caráter atribuído á dignidade, e, por sua vez, receber a devida tutela pelo ordenamento jurídico, a fim de receber todas as garantias por ele oferecidas.

Ante a insuficiência jurídica e a premente necessidade de proteção da dignidade humana frente às pesquisas com material genético humano, seria o ativismo judicial uma forma de defesa do patrimônio genético humano.

A expansão da atuação do Poder Judiciário pode ser vista como a solução para a resolução de conflitos resultantes das evoluções no campo da genética humana, como fez a

ADIN que decidiu sobre a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança que permite a pesquisa com embriões humanos desde que preenchidos alguns requisitos. Neste caso o Supremo Tribunal Federal determinou como o momento em que se inicia a vida humana a implantação do embrião humano no útero materno, violando o Pacto de São José da Costa Rica, do qual é o Brasil signatário e que protege o ser humano desde sua concepção. Assim, os embriões que ainda não foram transferidos permanecem totalmente desprotegidos.

A postura ativista não pode ser arbitrária, sob o risco de violação do princípio constitucional da separação dos poderes. Também não pode contrariar atos normativos já existentes, coadunando para o risco de serem tomadas decisões díspares e confusas, prejudicando toda a sociedade. O ativismo judicial deve ser um instrumento utilizado com parcimônia e somente quando for o Judiciário provocado, caso contrário poderá causar resultados desastrosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira, Neutralidade do juiz e ativismo judicial, In: **Direito na doutrina, volume VI**, Curitiba: Juruá, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto, Constituição, democracia, e supremacia judicial, In: **As novas faces do ativismo judicial**, Salvador: Jus Podivm, 2011.
- CAMBI, Eduardo, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, In: **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro, **Juízes legisladores?** Trad. por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CONTI, Matilde Carone Slaibi, **Biodireito: a norma da vida**, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DINIZ, Maria Helena, **O Estado Atual do Biodireito**, São Paulo: Saraiva, 2001.
- HOUDEBINE, Louis-Marie, **A engenharia genética: do animal ao homem**, Porto Alegre: Instituto Piaget, 2000.
- HRYNIEWICZ, Severo, SAUWEN Regina, **O Direito *in vitro*: da Bioética ao Biodireito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LAFER, Celso, **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**, São Paulo: Manole, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, **Coletânea de Direito Internacional e Constituição Federal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, São Paulo: Malheiros, 2008.
- OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética: o sétimo dia da criação**. São Paulo: Moderna, 2004.
- OLIVEIRA, Simone Born de, **Da bioética ao biodireito: manipulação genética e dignidade humana**, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil, volume I**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PIOVESAN, Flávia, **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Saraiva 2008.
- RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**, São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.
- SCHIER, Paulo Ricardo, Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a EC 45: aspectos problemáticos. In: **Direitos Humanos e democracia**, Rio de Janeiro: Forense 2007.

SILVA, José Afonso da, **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de, **Bem jurídico- penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo, **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008,