

Um *hard case* (ADI 3.510) para ilustrar argumentos de princípio e de ponderação.

Se a nossa intenção é, no decorrer desse trabalho, demonstrar efetivamente a força de norma que possuem os princípios constitucionais, ideal portanto é a análise de tudo aquilo que até agora expusemos dentro de uma situação fática clara, real, complexa e sobretudo controvertida. Nesse sentido, e para solidificar esse entendimento buscando um convencimento dentro daquilo que se pretende, traremos ao estudo a figura de um caso concreto e conflituoso – um caso difícil (*hard case*) segundo *Dworkin* -, onde a utilização, a reflexão e o embate de princípios se apresenta de forma calorosa. Diante dele, iremos enfrentar toda a discussão dentro do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que versou sobre a constitucionalidade ou não de um artigo que violaria o direito constitucional à Vida e a Dignidade da Pessoa Humana, tudo numa lei federal que dispõe sobre a utilização para pesquisas científicas de embriões humanos. Tal julgamento teve sua solução marcada por uma enorme discussão jurídico-principiológica e quorum extremamente dividido.

O enfrentamento deste caso de difícil solução nos mostrará juntamente com a atividade interpretativa, que os princípios jurídicos coexistem e podem, ainda que admitidos de forma diferente dentro do mesmo caso por interpretes distintos, serem concluídos por métodos eficientes de concentração. Dessa atividade, contudo, restará a comprovação da normatividade ou da capacidade que possuem os princípios, dada a toda sua carga teórico-filosófica, de concentrar o direito e de solucionar os conflitos sociais dos homens.

A realidade nos trouxe o ajuizamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal (ADI nº 3.510), proposta em 30 de maio de 2005, pelo então Procurador da República o Sr. *Cláudio Lemos Fonteles* em face do Presidente da República e do Congresso Nacional, como assim determina a regra procedimental destes casos. Nela, pretendia-se a declaração de inconstitucionalidade do controvertido artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), sob o fundamento de que neste

haveria violação ao princípio constitucional que garante o direito à Vida e por via direta a Dignidade da Pessoa Humana.

A redação exata do artigo questionado por meio desta ADI, para efeito de entendermos o cerne da controvérsia, é a seguinte:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

O que pretendeu disciplinar a lei e em especial o dispositivo atacado, veio ser a possibilidade legal de utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos para fins de pesquisa científica e conseqüente terapia, com a finalidade de permitir a todos os indivíduos acometidos de graves doenças degenerativas ou vítimas de traumas medulares, a esperança de terem, num futuro mais próximo, uma chance de cura ou pelo menos uma melhoria na qualidade da vida então abalada, sempre com o objetivo final de uma maior dignidade na atividade deste gozo.

Assim ficou marcada demanda. Contudo, a discussão se baseou e se estruturou não imediatamente na inviolabilidade do direito à vida – o que é algo incontroverso em nosso ordenamento –, mas sim em torno do início dela, ou, ainda, que ainda que se considere “vida”, qual seria o seu significado para desafiar proteção normativa. Significa dizer que a violação da vida humana, para a sua configuração dentro do caso em debate (deste *hard case*), passava primeiramente pela aferição do momento em que se configurava o seu início, ficando, *a posteriori*, a análise de seu conceito e de sua violação. Nesse sentido, nos casos de se entender que os embriões – e aqui a vida embrionária – excedentes e não utilizados nas inseminações artificiais já possuísem o considerado início de vida, estaríamos assim diante do cometimento de um crime previamente tipificado e necessariamente punível.

Ora, é exatamente neste ponto que devemos inserir todo o conjunto principiológico sobre o qual pretendemos aferir sua lógica peculiar. Nesse momento devemos analisar todas as bandeiras levantadas pelas partes e interessados na solução desta ADI, no sentido de se compreender como a valoração de diversas razões adjacentes às normas são capazes de construir uma solução que, além de necessária ao desenvolver social, é dever primordial do Estado. Em outras palavras, ainda que os princípios debatidos apontem para direções opostas, dada às suas peculiaridades e valorações igualmente divergentes, a atividade interpretativa há de se materializar numa solução “final” e “adequada” do caso em demanda. Final, porque estamos tratando de um caso constitucional discutido em única e última instância dentro de uma Suprema Corte; e adequada porque sendo última instância que é, devemos entender como decisão devidamente sedimentada, portanto adequada àquele momento histórico.

4.1

As razões iniciais do pedido da Procuradoria Geral da República.

Como já antecipado, o então Procurador *Cláudio Lemos Fonteles*, no uso de suas atribuições, ajuizou de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Argumentou que o dispositivo acima mencionado deveria ser considerado inconstitucional porque a sua fiel observância, na qualidade de norma de direito, conduziria a uma imediata violação a dois princípios fundamentais da nossa ordem jurídica, que seriam, respectivamente, o princípio do “Direito à Vida”, consubstanciado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal e o princípio da “Dignidade da Pessoa Humana”, insculpido no inciso II do artigo 1º do mesmo diploma.

As razões de *Fonteles* são muito bem elaboradas e expostas pelas diversas colações que trouxe em sua peça exordial. O Procurador, contudo, fundamenta sua proteção de uma maneira especial, vez que a discussão não recai diretamente sobre o ceifamento da vida enquanto vida pacífica e notoriamente considerada, mas sim se realmente já existe alguma vida passível de ser fulminada nos casos das pesquisas com células humanas embrionárias. Nota-se, que a questão central e o ponto controvertido é o marco inicial da vida humana, ou seja, o momento preciso que deve ser este considerado para se reconhecer que já existe vida. O

caso difícil, portanto, marcado pela ausência de norma reguladora,⁷² é a ausência de regulação quanto à precisão do início da vida do ser humano, e a partir daí, qualquer tentativa de violação, ainda que legislativa – o que é o presente caso – deve ser intolerada e imediatamente combatida.

Fonteles, sustentando seus argumentos, trouxe a lição do Dr. *Dernival da Silva Brandão*, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina, que, citando também *Jérôme Lejeune*, assevera:

O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união dos gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinado as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético.

O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Dawn (mongolismo), nos diz: "Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato".

A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma "matéria germinante". Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como de uma "pessoa em potencial" que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Porque? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter a qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo.⁷³

Nesta mesma linha de raciocínio, por *Fonteles*, o Dr. *Dalton Luiz de Paula Ramos*, livre-docente pela Universidade de S.Paulo, Professor de Bioética da USP e Membro do Núcleo Interdisciplinar de Bioética da UNIFESP, confirma a tese inicial de uma vida humana materializada num embrião, acentuando que:

⁷² Como acontece na aferição das maioridades civil e penal presentes nos respectivos códigos.

⁷³ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 3-4.

Os biólogos empregam diferentes termos – como por exemplo zigoto, embrião, feto, etc-, para caracterizar diferentes etapas da evolução do óvulo fecundo. Todavia esses diferentes nomes não conferem diferentes dignidades a essas diversas etapas.

Mesmo não sendo possível distinguir nas fases iniciais os formatos humanos, nessa nova vida se encontram todas as informações, que se chama "código genético", suficientes para que o embrião saiba como fazer para se desenvolver. Ninguém mais, mesmo a mãe, vai interferir nesses processos de ampliação do novo ser. A mãe, por meio de seu corpo, vai oferecer a essa nova vida um ambiente adequado (o útero) e os nutrientes necessários. Mas é o embrião que administra a construção e executa a obra. Logo, o embrião não é "da mãe"; ele tem vida própria. O embrião "está" na mãe, que o acolhe pois o ama.

Não se trata, então, de um simples amontoado de células. O embrião é vida humana.⁷⁴

Ainda na seara do marco inicial da vida, *Fonteles* se vale também dos ensinamentos da Dra. *Alice Teixeira Ferreira*, Professora Associada de Biofísica da UNIFESP/EPM na área de Biologia Celular - Sinalização Celular, elucidando que:

Embriologia quer dizer o estudo dos embriões, entretanto, se refere, atualmente, ao estudo do desenvolvimento de embriões e fetos. Surgiu com o aumento da sensibilidade dos microscópios. Karl Ernst Von Baer observou, em 1827, o ovo ou zigoto em divisão na tuba uterina e o blastocisto no útero de animais. Nas suas obras *Ueber Entwicklungsgeschichte der Tiere* e *Beobachtung und Reflexion* descreveu os estágios correspondentes do desenvolvimento do embrião e quais as características gerais que precedem as específicas, contribuindo com novos conhecimentos sobre a origem dos tecidos e órgãos. Por isto é chamado de "Pai da Embriologia Moderna".

Em 1839 Schleiden e Schwann, ao formularem a Teoria Celular, foram responsáveis por grandes avanços da Embriologia. Conforme tal conceito o corpo é composto por células o que leva à compreensão de que o embrião se forma à partir de uma ÚNICA célula, o zigoto, que por muitas divisões celulares forma os tecidos e órgãos de todo ser vivo, em particular o humano.

Confirmando tais fatos, em 1879, Hertwig descreveu eventos visíveis na união do óvulo ou ovócito com o espermatozóide em mamíferos. Para não se dizer que se trata de conceitos ultrapassados verifiquei que TODOS os textos de Embriologia Humana consultados (as últimas edições listadas na Referência Biográfica) afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilizado pelo espermatozóide. Todos afirmam que o desenvolvimento humano é a expressão do fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte. Todos nós passamos pelas mesmas fases do desenvolvimento intrauterino: fomos um ovo, uma mórula, um blastocisto, um feto.⁷⁵

Por derradeiro, a Dra. *Elizabeth Kipman Cerqueira*, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia, colacionada pelo Procurador Geral, escreve:

⁷⁴ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 4-5.

⁷⁵ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 5-6.

O zigoto, constituído por uma única célula produz imediatamente proteínas e enzimas humanas e não de outra espécie. É biologicamente um indivíduo único e irrepetível, um organismo vivo pertencente à espécie humana.

b) O tipo genético – as características herdadas de um ser humano individualizado – é estabelecido no processo da concepção e permanecerá em vigor por toda a vida daquele indivíduo”⁷⁶

O desenvolvimento humano se inicia na fertilização, o processo durante o qual um gameta masculino ou espermatozóide (...) se une a um gameta feminino ou ovócito (...) para formar uma célula única chamada zigoto. Esta célula altamente especializada e totipotente marca o início de cada um de nós, como indivíduo único.^{77 78}

Após definir e fundamentar o que na sua opinião deve ser considerado o início da vida humana, *Fonteles* passa para a discussão acerca da utilização destas células. Senão vejamos suas fundamentações ainda nas palavras da Dra. Alice Teixeira Ferreira, verbis:

As células tronco embrionárias são aquelas provenientes da massa celular interna do embrião (blastocisto). São chamadas de células-tronco embrionárias humanas porque provêm do embrião e porque são células-mães do ser humano. Para se usar estas células, que constituem a massa interna do blastocisto, é destruído o embrião.

As células tronco adultas são aquelas encontradas em todos os órgãos e em maior quantidade na medula óssea (tutano do osso) e no cordão umbilical-placenta. No tutano dos ossos tem-se a produção de milhões de células por dia, que substituem as que morrem diariamente no sangue.⁷⁹

De posse deste último raciocínio, o Procurador Geral da República argumenta provar a desnecessidade de utilização de células tronco extraídas de embriões humanos - o que os levaria a morte automaticamente -, e passa a defender, sem desmerecer a nobreza das pesquisas e do avançar do saber humano, a utilização destas células, porém extraídas de um doador adulto vivo (de sua medula por exemplo), sem que haja qualquer contra-indicação à saúde deste indivíduo doador. Neste sentido, traz consigo os ensinamentos do Dr. *Herbert Praxedes*, que considera que:

As células de um embrião humano de poucos dias são todas células-tronco (CTE), são pluripotenciais, tendo capacidade de se auto-renovarem e de se diferenciarem em qualquer dos tecidos do corpo. As células-tronco adultas

⁷⁶ Shettles e Rorvik – *Rites of Life*, Grand Rapids (MI), Zondervan, 1983 – cf. Pastuszek: *Is Fetus Human* – p. 5.

⁷⁷ Keith Moore e T.V.N Persaud – *The Developing Human*, Philadelphia, W.B. Saunders Company – 1998 – p.18.

⁷⁸ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 6-7.

⁷⁹ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 6-7.

(CTA) são multipotenciais e têm também capacidade de ser auto-renovarem e se diferenciarem em vários, mas, aparente não em todos, os tecidos do organismo. As CTA existem no organismo adulto em vários tecidos como a medula óssea, pele, tecido nervoso, e outros, e também são encontradas em grande concentração no sangue do cordão umbilical.⁸⁰

Nas palavras do Professor Titular de Cirurgia da Universidade Autônoma de Madrid, Dr. *Damián Garcia-Olmo*, em entrevista, o mesmo realçou os avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com as embrionárias, dessa forma, ilustra *Fonteles*:

Usted ha desarrollado una investigación sobre el tratamiento de algunas enfermedades con células madre adultas, y parece haber obtenido buenos resultados.

En el Departamento de Cirugía del Hospital Universitario La Paz de Madrid estamos desarrollando un estudio sobre el uso de células madre autólogas (del propio individuo) para el tratamiento de las fístulas en la enfermedad de Crohn (Una efermedad inflamatoria intestinal que aumenta rápidamente de incidencia en países desarrollados y que afecta sobre todo a jóvenes). La aparición de fístulas en la enfermedad de Crohn es una importante causa de sufrimientos por su gran resistencia a curar com los tratamientos clásicos. Por outra parte, a partir del año 2001, la terapia celular se esta introduciendo rápidamente en muchas ramas de la medicina, en especial desde la introducción del uso de células madre adultas. Esto permite el autotrasplante (trasplante autólogo) sin problemas de rechazo y obvia los graves problemas clínicos y éticos del uso de células madre de origen embrionario. Com el estudio que estamos desarrollando nos proponemos conocer si es posible y seguro utilizar células adultas en el tratamiento de las fístulas que aparecen en los pacientes com enfermedad de Crohn.

En determinados pacientes com esta enfermedad, realizamos una liposucción de 100 cc de grasa subdérmica. De esta grasa extraemos una pequeña cantidad de células madre que posteriormente son expandidas en cultivo (ex – vivo). Cuando han crecido y tenemos un número suficiente, se realiza la intervención quirúrgica de la fístula siguiendo los métodos habituales, pero ademais se inyectan en diferentes puntos del trayecto fistuloso entre 9 y 12 millones de estas células madre autólogas cultivadas.

Cuál es la experiencia actual?

Desde que se obtuvieron todos los permisos legales y se comenzó la fase clínica, dos pacientes han completado el seguimiento programado, alcanzando temporalmente la curación completa de la enfermedad fistulosa. Se trataba de una fístula recto-vaginal y de una fístula enterocutánea, ambas en mujeres jóvenes u con numerosas operaciones previas fracasadas por esa misma causa.

*Del seguimiento de estos enfermos podemos deducir que: 1§ Por liposucción podemos obtener un suficiente número de células madre. 2§.- Estas células se reproducen bien en cultivo y entre 5 y 7 días se obtiene una cantidad suficiente para su uso clínico. 3§.- La inyección celular no produjo en ningún momento fenómenos de rechazo. 4§.- No se há producido un crecimiento celular incontrolado que suponga riesgo tumoral. 5§.- Los efectos reparadores de esta terapia parecen comenzar al cabo de 4-8 semanas de la inyección.*⁸¹

⁸⁰ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 7.

⁸¹ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 7-8.

Fonteles procura sedimentar a superação do preconceito científico contra as células-tronco adultas, e o faz a partir do trabalho da Professora Catherine Verfaillie; como se segue:

En qué punto esta actualmente la investigación con células madre adultas? El año 2002 ha sido un año clave. Tanto que ha dado un vuelco a las expectativas sobre la investigación de usos potenciales de células madre. Hasta ese año era casi un dogma que las células madre adultas estaban tan diferenciadas que difícilmente serían útiles en terapia celular. Pero en julio de 2002 el grupo de investigación de la Universidad de Minnesota (USA) dirigido por la Profesora Catherine Verfaillie publicó en la revista "Nature" (una de las más prestigiosas de la literatura científica y extremadamente exigente a la hora de publicar resultados) un estudio en el que demostraba que células madre obtenidas de la médula ósea de los adultos podían diferenciarse en prácticamente todos los tipos celulares conocidos en el adulto y concluía diciendo que por tanto era la fuente de células ideal para el tratamiento de enfermedades degenerativas (Cf. Nature 2002 Jul 4;418(6893):41-49). En diciembre de ese mismo año 2002, científicos de la Universidad de UCLA (USA) tienen hallazgos similares utilizando células madre obtenidas por liposucción. En este trabajo consiguen obtener incluso auténticas neuronas partiendo de estas células que procesan de la grasa (similares a las usadas en nuestra investigaciones) (Cf. Molecular Biology of the cell. December 2002; 13: 4279-4295).⁸²

Por fim, *Cláudio Fonteles* retoma para conclusão o Professor *García-Olmo*:

Son más idóneas para desarrollar terapias actualmente las células madre adultas que las embrionarias? Porque? Que sepamos, en España, no hay ningún estudio clínico aprobado para el uso de células madre procedentes de embriones. Esto es actualmente inviable por los enormes riesgos potenciales que conlleva (tumores, problemas de rechazo, necesidad de terapia inmunosupresora, etc.). Sin embargo, en España, hay al menos tres programas de uso clínico de células madre adultas en patología humana que están demostrando que el uso de estas terapias es factible y seguro. Estos grupos van a presentar sus resultados durante un simposio que se celebrará en el Hospital Universitario La Paz el próximo 18 de marzo. Sin entrar en consideraciones éticas sino con los resultados clínicos en la mano, cree que la presión de algunos sectores por potenciar y dotar de recursos la investigación con embriones obedece a una real expectativa de obtener resultados o se mezclan en el tema cuestiones diversas a las meramente científicas? Lo que pienso es que la comunidad científica, después de muchos años de investigar sobre células madre embrionarias como la mejor fuente para la terapia celular, aún no ha asimilado el cambio copernicano que se ha producido en el conocimiento durante el año pasado. Tenga en cuenta que no hace ni un año desde la publicación de los trabajos de Catherine Verfaillie. Además los

⁸² Fonteles, ADI - 3.510, fls. 8-9.

*médicos clínicos tardamos bastante tiempo en asimilar lo que descubren los investigadores básicos.*⁸³

Não somente de argumentos técnicos, o Procurador Geral, com a intenção de ilustrar a atividade interpretativa que o caso desafia, se vale do direito comparado, trazendo à baila as regras do direito alemão acerca do tema dentro daquele sistema jurídico. Cita e anexa o artigo 8º, 1, da lei específica (ESchG – Lei de proteção do embrião, de 13 de dezembro de 1990 (Lei Federal Gazette I, p. 2.746), que foi alterada pelo artigo 22 da Lei de 22 de outubro de 2001 (Lei Federal Gazette I, p. 2.702) que assim dispõe:

Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo.

Pretende demonstrar que no quadro geral da legislação alemã,⁸⁴ não é permitida a utilização de embriões humanos para fins científicos, à exceção daqueles que tem como objetivo a busca da gravidez em mulheres que apresentem dificuldades.⁸⁵ Por essa razão, não se prestam, embriões humanos, naquele sistema jurídico, à pesquisas científicas. Logo, pode-se concluir pela análise legislativa alemã, que as normas de proteção aos embriões humanos também proíbem expressamente a clonagem de células de seres humanos,⁸⁶ estendendo-se também para a chamada “clonagem terapêutica”. Portanto, para os efeitos da ESchG, considera-se embrião humano toda célula totipotente, já no seu estágio mais primário, da fusão nuclear.⁸⁷

Não somente isso, vale destacar o posicionamento do Sub-Procurador Geral da República, Dr. *Eugênio Aragão*, citado por *Fonteles*, cujo teor, acerca do que é permitido na Alemanha sobre a manipulação de células-tronco, vale muito a pena destacar:

⁸³ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 9.

⁸⁴ Gesetz zum Schutz von Embryonen [ESchG], e do Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen [StZG] - Leis criadas para assegurar a proteção dos embriões no contexto com a importação e a utilização de células estaminais embrionárias humanas (Stem Cell Act) stzg, de 28 de junho de 2002 – Lei de 2002, Parte I, nº 42, p. 2.277, de 29 de junho de 2002, com alteração em 25 de novembro de 2003, pela Lei Federal Gazette 2003, Parte I, nº 56, p. 2.304, de 27 de novembro de 2003.

⁸⁵ ESchG § 1, Abs. 1, S. 1.

⁸⁶ ESchG, § 6, Abs. 1.

⁸⁷ ESchG, § 8, Abs. 1.

Diferente é, pela legislação alemã, a situação de células-tronco embrionárias pluripotentes, ou seja, aquelas que não se podem desenvolver para virem a constituir um indivíduo. Estas podem ser usadas para fins de pesquisa científica. O problema está em garantir que tais células sejam apenas pluripotentes e não totipotentes.

Com a promulgação da lei sobre importação e uso de células-tronco humanas (StZG), de 28 de junho de 2002, passou-se a admitir expressamente, mediante permissão específica, o uso de células-tronco embrionárias importadas, desde que tenham sido geradas antes de 1º de janeiro de 2002 e mantidas em cultura criopreservada (linhas de célula-tronco). Exige-se, ademais, que os embriões que lhes deram origem tenham sido gerados no contexto de uma fecundação medicinal extracorporal para fins de provocar gravidez e que em definitivo não se prestaram a tal finalidade por razões que não contemplem a qualidade dos embriões. Por fim, é proibida a aquisição onerosa dessas células-tronco importadas (cf. StZG, § 4, Abs. 2).⁸⁸

Tudo considerado, *Fonteles* assenta seu pedido final pela inconstitucionalidade da lei 11.105, artigo 5º e parágrafos, requerendo a manifestação das partes para o exercício do necessário contraditório, que deverá ser materializado pelas competentes Informações legais. Antes, contudo, resume suas fundamentações e pedidos nos seguintes termos:

- que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação: o zigoto, gerado pelo encontro dos 23 cromossomos masculinos com os 23 cromossomos femininos;
 - a partir da fecundação, porque a vida humana é contínuo desenvolver-se;
 - contínuo desenvolver-se porque o zigoto, constituído por uma única célula, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é totipotente, vale dizer, capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos, que se diferenciam e se auto-renovam, constituindo-se em ser humano único e irrepetível.
 - a partir da fecundação, a mãe acolhe o zigoto, desde então propiciando o ambiente a seu desenvolvimento, ambientação que tem sua etapa final na chegada ao útero. Todavia, não é o útero que engravida, mas a mulher, por inteiro, no momento da fecundação.
 - a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, do que não se tem registro com as segundas.
19. Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.⁸⁹

Ora, os argumentos de *Fonteles*, ainda que em sede de pedido e não de decisão, deixam claro, tal como *Dworkin* diagnosticara em um caso difícil, a

⁸⁸ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 10-11.

⁸⁹ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 11-12.

necessidade de se lançar mão de princípios. A invocação desta espécie normativa – e aqui princípios constitucionais expressos - em detrimento de uma nova regra que o conflita, reforça a compreensão de que o direito não deve ser formado exclusivamente sobre a égide do velho raciocínio do positivismo jurídico. Equivoca-se, portanto, aquele que acredita que um sistema jurídico deve ser construído exclusivamente de elementos normativos passíveis de identificação silogística ou simplesmente aferidos por um critério de *pedigree*.

Assim, o Procurador da República demonstrou de forma cabal não somente a existência, como também a coexistência com as regras clássicas do sistema positivo, de outros elementos que contribuem determinantemente para a compreensão do Direito. Os princípios, portanto, definidos por *Dworkin* como “exigência de justiça ou equidade”,⁹⁰ não obstante concentrarem uma enorme gama de valores desejados pela sociedade, encontram-se positivados na Constituição Brasileira, e hão de realizar os seus misteres diante deste conflito normativo levantado nesta demanda em especial. Vale dizer, contudo, que já no limiar deste *hard case* que aqui procuramos dissecar, encontramos a moldura do pensamento dworkiano, ou seja, o alargamento do pensamento teórico de um novo paradigma frente ao surgimento de uma espécie normativa (leia-se regra – lei), que conflita com outra (leia-se os princípios), demonstrando que o Direito não se reduz na pobreza da exclusividade de regras de subsunção ou automaticismo silogístico.

É, portanto, o início de todo um exercício interpretativo peculiar ao caso em debate, onde se pretende deduzir a força de cada um destes comandos e os modos pelos quais se concentram estes em uma resposta final. É, assim, a condução de fatos controvertidos das sociedades dos homens a uma solução adequada, materializada pela normatividade peculiar de cada uma destas normas.

4.2

O contraditório na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI – 3.510).

Nos casos de Ação Direta de Inconstitucionalidade onde a demanda se opera em única e última instância no Supremo Tribunal Federal, e por sempre ter

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

como objeto uma determinada norma,⁹¹ os requeridos não de ser os entes responsáveis pela edição desta norma. Nesse sentido, no caso da ADI 3.510, que levantou a inconstitucionalidade de uma lei federal recentemente editada e sancionada, tal ação teve como requeridos não somente a Presidência da República, como também o Congresso Nacional.

Portanto, para que as regras procedimentais sejam devidamente cumpridas, deve-se operar o contraditório ou a contestação destes que foram demandados em sede de Tribunal Superior. Nestes casos, a peça de resistência ou a resposta por excelência é tratada e nominada por “Informações”, cuja finalidade não se difere das demais modalidades contidas no nosso direito processual nas suas diversas vertentes dentro do sistema.

Desta feita, com a intenção de se fechar a relação jurídico processual acerca da discussão principiológica anexada a este estudo, passaremos a análise destes contraditórios; sendo o primeiro, pelas Informações da Presidência da República, e o segundo, do Parlamento nacional.

4.2.1

As Informações prestadas pela Presidência da República.

Chamada a se manifestar acerca do pedido inicial elaborado e fundamentado pelo PGR,⁹² a Presidência da República, representada pela AGU,⁹³ lança sua impugnação materializada pela Informações prestadas ao STF, cujo teor é subscrito pelo Advogado da União, o Dr. *Rafaelo Abritta*.

De início, o advogado, após relatar o feito, delimita-o, chamando a atenção para os casos que envolvem novos desafios científicos, asseverando que o desenvolvimento de novas tecnologias gera dúvidas pela desinformação que a insipiência causa. Assevera ainda que se faça necessário assimilar que os processos de inovações biotecnológicas são caracterizados por inúmeras especulações e que envolvem diversos interesses, o que dificulta, sobremaneira, o acesso à informação segura pela sociedade leiga. Nesse sentido, afirma que hodiernamente almeja-se conceber uma visão comum e acessível destas noções

⁹¹ neste caso uma Lei Federal.

⁹² Procurador Geral da República.

⁹³ Advocacia Geral da União.

científicas, que deve ser incorporada no direito para fundamentar regras bastante claras e objetivas.⁹⁴

Vale destacar ainda, que *Abritta* precisa - assim como fez *Fonteles* - para efeito de fundamentação, duas espécies do gênero células-tronco. A primeira, células embrionárias; aquelas encontradas nos óvulos fertilizados, cultivados *in vitro* e não implantados no útero materno. Já a segunda, conhecidas como células adultas e presentes nos organismos já desenvolvidos, também denominadas células pós-natal, existentes em recém nascidos e no cordão umbilical. Tal precisão se faz necessária, vez que a Presidência da República necessita, na defesa pela constitucionalidade, provar que as pesquisas em células embrionárias são mais promissoras do que em células adultas. Senão vejamos suas razões aduzidas com o substrato técnico do Dr. *Marcelo Brandão*, Doutor em Clínica Médica pela UNICAMP – São Paulo:

Inúmeras pesquisas têm sido feitas utilizando as células-tronco adultas, extraídas da medula óssea, cordão umbilical ou de sangue mobilizado.

Contudo, tais células, encontrada principalmente na medula óssea e sendo mais diferenciadas que as embrionárias, podem originar apenas alguns tecidos do corpo.

Já as pesquisas com células-tronco embrionárias apontam maior potencialidade terapêutica, apresentando-se como provável tratamento para doenças degenerativas, em razão de sua imensa plasticidade, ou seja, possuem enorme capacidade de diferenciação em outras células. As células-tronco, com interesse para pesquisa, somente em uma fase do desenvolvimento conhecida como blastócito, um amontoado de células pluripotentes formadas de 4 a 5 dias após a fecundação *in vitro* ou *in vivo*.

Tais pesquisas estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do Mal de Alzheimer e Mal de Parkinson (no cérebro, as células-tronco se diferenciam até em neurônios e auxiliam na recuperação das vítimas desses males e também de derrames), Esclerose Múltipla, Diabetes e Distúrbios Cardiovasculares (no coração, as células-tronco têm potencial para se diferenciar em neovasos, células do músculo cardíaco e regenerar artérias e áreas lesadas por infartos).

Existem pesquisas, também, no tratamento da paralisia dos membros superiores ou inferiores e no desenvolvimento de tecidos musculares/nervosos, pancreáticos, hepáticos e cartilagem.⁹⁵

Após essas considerações acerca do potencial terapêutico das células-tronco embrionárias, o Advogado da União reconhece, tal como alegado em sede

⁹⁴ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 84.

⁹⁵ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 86.

de pedido inicial, que a origem das células-tronco ocorre a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, todavia, destaca que a linha primitiva do sistema nervoso surge, tão somente, a partir do décimo quarto dia de desenvolvimento, sendo esta uma fase conhecida como neurulação.⁹⁶

E prossegue, fazendo ligação com esse dado técnico, afirmando que tal fato adquire relevância a partir do momento em que aceita, inquestionavelmente, que a vida humana cessa quando não há mais atividade cerebral, ou seja, quando o sistema nervoso não apresenta mais a sua atividade principal. Esse entendimento – salienta ainda *Abritta* -, é o adotado pela Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, que autoriza o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano *post mortem*.⁹⁷

Finalizando este ponto, pelo Direito comparado, trouxe também o Advogado um elenco de várias outras nações que igualmente autorizam expressamente a manipulação de células-tronco embrionárias para fins científicos. Nesse sentido: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, China, Cingapura, Coreia do Sul, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Reino Unido, Índia, Israel, Japão, México, Nova Zelândia, Portugal, Suécia, Suíça e Tailândia.⁹⁸

Adentrando no mérito, o Advogado da União traça o ponto central de sua tese. O seu questionamento, portanto, não recai no momento do início da vida, dependendo para tal o seu marco inicial e a partir daí a sua proteção constitucional⁹⁹, mas sim no conceito jurídico de “vida”, com a finalidade de se aferir quais as espécies de vida que o Estado desejou proteção e inviolabilidade na sua Carta Política. Em outras palavras, enquanto a tese central da Procuradoria Geral da República era a garantia do direito a inviolabilidade da vida humana, e para tal haveria a necessidade de se determinar o real começo da mesma para fins de proteção, a tese de defesa da Presidência não se debate neste momento correto do início da vida, mas sim qual espécie de vida se busca proteção, uma vez que várias são as maneiras na nossa sociedade de se encontrar um significado preciso para o vernáculo “vida” dentro daquilo que se pretende tutelar.

Utilizando-se da hermenêutica como ferramenta de concentração do Direito, *Abritta* ressalta a importância de se determinar o real sentido que se

⁹⁶ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 87.

⁹⁷ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 87.

⁹⁸ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 88.

⁹⁹ Tese central e única do PGR

deseja empregar ao texto normativo, e aqui em especial à concepção jurídica da expressão da palavra “vida”. Contudo, antes de se buscar a concepção jurídica para vida, destaca o Advogado que o conceito jurídico independe dos conceitos legais, etimológicos ou literais, bem como não se deve repetir denotações técnicas atribuídas aos vocábulos por áreas outras do Saber Humano, tais como a Física, a Medicina, a Biologia, a Antropologia, a Religião e etc¹⁰⁰. Assim, defende a intervenção do Poder Judiciário nessa concentração, aduzindo que:

De fato, frequentemente, um mesmo vocábulo possui significados semânticos próprios em diferentes ramos do conhecimento, isto é, uma mesma palavra pode apresentar uma denotação técnica específica e distinta para cada disciplina.

No campo da Hermenêutica Constitucional, a função de determinar e declarar o significado jurídico apropriado dos termos controvertidos segundo regras próprias compete às Supremas Cortes as quais consideram as especificidades de suas respectivas nações, seus respectivos momentos históricos e demais fatores sociais transeuntes, no exercício desta função.

Em qualquer ramo do conhecimento, com maior ênfase na seara do Direito, os conceitos evoluem com os avanços do conhecimento e com as mudanças político-sociais.

Assim, uma interpretação firmada por uma Suprema Corte em determinado momento histórico pode ser alterada em outro contexto social: o que acarreta, indubitavelmente, drásticas modificações jurídicas, e efeitos análogos às renovações legislativas. A tal fenômeno se dá o nome de mutação constitucional.¹⁰¹

Neste raciocínio o contestante exemplifica argumentando e lembrando que no Brasil, o Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do HC nº 82.424,¹⁰² demanda em que se discutia a suposta prática de crime de racismo, o posicionamento de que seria papel da Suprema Corte definir o significado jurídico das palavras da Constituição e que, para tanto, o julgador poderia até se valer de significados firmados em outros ramos do conhecimento, mas, a eles, não estaria vinculado.¹⁰³

O resultado deste julgamento citado e colacionado por *Abritta* se mostra de suma importância para o entendimento deste *hard case* que elegemos trabalhar.

¹⁰⁰ Abritta, ADI – 3.510, fls. 89

¹⁰¹ Abritta, ADI – 3.510, fls. 89-90

¹⁰² O STF teve de decidir neste *habeas corpus* qual era a acepção jurídica constitucional precisa para o vocábulo “raça”, vez que, no caso e para efeito de argumentação, os judeus não constituiriam uma raça, mas sim um povo – O voto fundou-se na suposta autoridade de estudos que pretendiam identificar cientificamente a existência de diversas raças humanas, o que acabou caindo por terra

¹⁰³ Abritta, ADI – 3.510, fls. 90.

Naquele, o STF decidiu que a Constituição brasileira compartilha do sentido de que “o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluindo o anti-semitismo”.¹⁰⁴ Significa dizer que não obstante a Máxima Corte tenha concluído não haver qualquer distinção entre os seres humanos no que se refere à “raça”, o crime de racismo, de matriz constitucional¹⁰⁵, inafiançável e imprescritível diga-se de passagem, há que ser admitido, por valores extravagantes a norma escrita de conteúdo histórico, político e social.

De volta ao cerne da questão, a Presidência da República na defesa de seus interesses e pela constitucionalidade da lei que sancionou, deseja levantar qual o significado operacional para o conceito de “vida”, segundo as regras da hermenêutica com base na argumentação e nos Princípios Gerais de Direito,¹⁰⁶ e argumenta trazendo uma ponderação:

Se faz necessária a definição jurídica do termo “vida” de maneira a permitir, simultaneamente, a segurança e a compatibilidade sistêmica com o ordenamento positivo e com os valores constitucionais.

É de se reconhecer que a dificuldade se encontra justamente na definição jurídica do termo, pois as diversas definições dadas pela Medicina, Biologia, Antropologia, Religião, são bastantes para viabilizar os objetivos e para atender às necessidades de cada uma dessas respectivas áreas.

Assim, o cirurgião que, logo após ter amputado uma perna por algum imperativo médico, deita fora, no lixo hospitalar, o membro decepado certamente não pratica nenhuma conduta antética ou censurável do ponto de vista médico. Ainda assim, jogou fora um conjunto de células humanas e, naquele momento, ainda vivas.

O mesmo ocorrerá em qualquer outra cirurgia, onde a perda de sangue, tecidos vivos, gordura (lipoaspiração) etc.¹⁰⁷

Na esteira desse raciocínio conclui a Presidência, no sentido de que deve-se estabelecer os limites da vida humana de maneira a conferir ao termo um significado operacional, que possa dar efeito prático ao texto constitucional e às diversas normas infraconstitucionais vigentes no ordenamento pátrio.¹⁰⁸ Do mesmo modo, continua a argumentando, que a pessoa vitimada por um acidente, que tenha obliterado suas atividades cerebrais, não está mais viva para fins de

¹⁰⁴ STF, HC - 82.424.

¹⁰⁵ CF, art. 5º, XLII.

¹⁰⁶ Abritta, ADI – 3.510, fls. 96.

¹⁰⁷ Abritta, ADI – 3.510, fls. 96.

¹⁰⁸ Abritta, ADI – 3.510, fls. 97.

tutela jurisdicional da “vida”, ainda que todos os demais órgãos estejam vivos e funcionando, citando ainda que a Lei de Transplante¹⁰⁹ não mais tutela a “vida” daquele corpo e, por isso, autoriza a remoção de seus órgãos.¹¹⁰

Conclui, por fim, *Abritta*, diante destas considerações, que indiscutivelmente a definição do termo “vida” envolve a ponderação de interesses e valores sociais, e que se torna forçoso reconhecer que, ao firmar qualquer conceito, o judiciário exerce sim algum grau de discricionariedade. Mais do que isso, é papel do Judiciário exercer esse mister.¹¹¹

Vale registrar que essa discricionariedade levantada por *Rafaelo*, ao nosso entendimento, se amolda perfeitamente naquilo que chamou *Dworkin* de “discricionariedade em sentido forte”, ou seja, corresponde essa espécie de discricionariedade pela ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados em um sistema. Isto é, refere-se à idéia de que os padrões existentes e pré-determinados não impõem qualquer dever legal sobre a figura do interprete ou julgador para que estes decidam de uma maneira ou de outra. Nesse sentido, podemos concluir que a decisão a ser tomada acerca do significado jurídico de termos legais estariam ligadas às questões da completude ou incompletude do direito, da natureza legal ou meramente moral dos princípios.¹¹²

Ainda no mérito da contestação, *Rafaelo Abritta* mais uma vez se utiliza da nova hermenêutica para fundamentar suas razões. Agora, procura substratos argumentativos nas normas infraconstitucionais, se valendo certamente do postulado de que o conhecimento sistemático de todo o Direito enobrece e confere legitimidade a argumentação e por via direta as decisões a serem processadas. Nesse caminho, assevera que não será a Constituição Federal que fornecerá ao interprete o conceito fechado e delimitado do vocábulo “vida”. Assim, deve-se buscar nos outros campos da ciência jurídica subsídios para a compreensão da amplitude do vocábulo inserto no texto político.¹¹³

Portanto, após citar o trecho da petição de *Fonteles*, em que a norma atacada “por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de

¹⁰⁹ Lei nº 9.434 de 1997.

¹¹⁰ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 98.

¹¹¹ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 98.

¹¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 52 e ss.

¹¹³ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 102.

direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”,¹¹⁴ *Abritta* aduz que a concepção jurídica dada ao vocábulo “vida” pelo Requerente não merece acolhimento, uma vez que carece de razoabilidade e efetividade em face da realidade político-social e constitucional, bem como o entendimento já assente na nossa doutrina.¹¹⁵

Assim, traz à ponderação os conhecimentos do ramo do direito civil, sobretudo no aspecto em que a norma precisa o início da capacidade civil condicionada ao nascimento com vida e a salvaguarda, desde a concepção, dos direitos do nascituro.¹¹⁶ Dessa forma, esclarece o Advogado:

Até o momento anterior ao nascimento com vida, desde a concepção até o nascimento com vida, o feto é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno; mas nem por isso pode ser considerado como pessoa, como de fato ainda não o é.

Desta forma, a lei civil protege os interesses de um ser humano em formação, determinando o respeito pelas expectativas daqueles direitos que esse ser humano poderá vir a adquirir, caso se torne pessoa, o que acontecerá, frise-se, somente após o seu nascimento com vida.

Percebe-se, então, a diferença existente entre o nascituro, que foi gerado e concebido – mas só existe no ventre materno, isto é, só possui existência intra-uterina, e a criança, que já passou pelo nascimento com vida adquirindo o atributo de pessoa. Esta segunda possui, conforme a legislação civilista, personalidade jurídica enquanto o primeiro é apenas um nascituro com expectativa de direitos.¹¹⁷

E continua, ressaltando que resta claro que há muito – desde o Código Civil de 1916 – a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Ressalta ainda que adotam essa teoria os Diplomas Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália dentre outros.

Ora, conclui o peticionário. Nesta linha de raciocínio, as disposições sobre a inalienabilidade do direito a vida não se aplicam, indistintamente, ao nascituro.¹¹⁸ Em outras palavras, se a legislação civilista de longas datas não considera de maneira ampla a intangibilidade do direito a vida – e assim

¹¹⁴ Fonteles, ADI - 3.510, fls. 11-12.

¹¹⁵ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 101-102.

¹¹⁶ CC, art. 2º.

¹¹⁷ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 105.

¹¹⁸ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 108.

demonstra pelas análises extraídas do Código Civil em seu artigo segundo e na Lei que dispõe sobre doação de partes do corpo humano -, não há também de se restringir ao entendimento de que embrião congelado em vias de descarte seja considerado vida humana, sobretudo quando se considera também que nem admitidos legalmente como nascituro são estes embriões.

Insiste *Abritta*, agora trazendo consigo exemplos do Direito Penal, tanto na esfera constitucional quanto na infraconstitucional. Assim, argumenta dizendo que, *contrario sensu*, se se admitisse que as disposições sobre a inalienabilidade do direito à vida fossem aplicadas, indistintamente, ao nascituro, ter-se-ia que declarar o inciso II do art. 128 do Código Penal¹¹⁹ inconstitucional, haja vista que ocorreria afronta ao artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.¹²⁰

Logo, finaliza *Abritta*, verbis:

Isto posto, vistos os tratamentos dados, pela doutrina civilista e penalista, às questões pertinentes a presente temática, faz-se necessário finalizar trazendo a lume que efetivamente existem diferenças entre o embrião armazenado *in vitro* e aquele que se encontra na barriga materna.

(...)

É imperioso frisar que a legislação, ora questionada, autoriza a utilização tão-somente de embriões inviáveis ou que estejam congelados há mais de três anos.

Neste sentido, em termos jurídicos sociais, é absurdo cogitar que um embrião *in vitro*, nestas condições, possa ser igualado, em questões de tutela, aos embriões que efetivamente configuram nascituros, uma vez que alojados no ventre materno.

Não comporta debater, também, se existe ou não vida humana a ser protegida pelo Direito nos embriões, uma vez que a tutela jurídica pátria, como visto, recai sobre a vida da pessoa humana.

Não há, portanto, como se inferir que o embrião *in vitro*, a que se refere o art. 5º da Lei nº 11.105, de 2005, goza da tutela constitucional insculpida no caput do art. 5º da Constituição Federal.¹²¹

Não somente isso, lembra o Advogado da União, há também que se considerar a autorização constitucional da pena capital nos casos de guerra declarada,¹²² bem como nas causas de exclusão da ilicitude, que confrontam a

¹¹⁹ Aborto no caso de gravidez resultante de estupro.

¹²⁰ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 109.

¹²¹ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 112.

¹²² CF, art. 5º, XLVII, “a”.

necessidade da manutenção da vida em desfavor de outra¹²³, tudo confirmando no sentido de que fica claro que o Estado brasileiro não admite intangibilidade irrestrita a direitos fundamentais.¹²⁴

Por fim, manifesta-se a Presidência com relação à aduzida ofensa à dignidade da pessoa humana, importando asseverar que a própria terminologia empregada no princípio afasta, *per si*, a possibilidade do enquadramento almejado, pois o referido princípio protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto pessoa e detentor de direitos da personalidade jurídica. Assim, a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*¹²⁵ Neste sentido, colaciona os ensinamentos do Professor *Alexandre de Moraes*, verbis:

A Dignidade da pessoa Humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar.¹²⁶

Por todas estas razões, protestou a Presidência pela constitucionalidade da lei federal que sancionara, concluindo que estas evidenciam inexistir qualquer plausibilidade para o deferimento do pedido inicial.

Contudo, vale lembrar ainda que não obstante todas essas razões, *Abritta* finaliza levantando um questionamento acerca da posição parcial do Douto Procurador da República *Cláudio Lemos Fonteles*, registrando que as premissas biológicas utilizadas por ele para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento, mas sim sob o aspecto religioso. As teses aduzidas na inicial embasariam a doutrina católica, para qual a vida, a ser juridicamente tutelada, surge com a concepção. Tais razões, portanto, não poderiam servir de parâmetro para a presente análise, sendo necessário lembrar que o Brasil constitui um Estado Laico.¹²⁷

¹²³ CP, art. 23.

¹²⁴ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 110.

¹²⁵ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 113.

¹²⁶ *Abritta*, ADI – 3.510, pp. 113-114, citando Alexandre de Moraes. *Constituição do Brasil interpretada*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

¹²⁷ *Abritta*, ADI – 3.510, fls. 114. Afirma *Rafaelo*: Sem qualquer isenção jurídica operou *Fonteles*. Tal afirmação se fundamenta nas situações de que: os professores Elizabeth K. Cerqueira, Alice Teixeira Ferreira, Dalton Luiz de Paula Ramos, possuem íntima proximidade com entidades religiosas, sendo respectivamente a CNBB, o Núcleo de Fé e Cultura da PUC-SP com iniciativa da Arquidiocese de São Paulo (para os dois últimos), mais a Pontifícia Academia Pró-Vida, criada

4.2.2

As Informações prestadas pelo Congresso Nacional.

Como necessário prosseguimento nos estudos das razões que instrumentalizaram a demanda, passemos agora a análise da resposta do Congresso Nacional (litisconsorte passivo na mesma ADI), materializada nas informações prestadas e subscrita pelo Dr. *Shalom Einstoss Granado*, Advogado-Geral Adjunto do Senado Federal.

Após o necessário relato dos acontecimentos dos fatos e do processo, *Granado* delimita sua resposta inicialmente tratando da natureza do debate, ou seja, marcando que o ponto fulcral da controvérsia não se mostra de natureza jurídico-constitucional, mas sim de natureza científico-biológica. Segundo ele a discussão recai e se mostra relevante na delimitação do momento em que se inicia a vida, sendo que para tal conta-se com cinco correntes distintas.¹²⁸

Notemos, vale registrar antes mesmo de prosseguir, que *Granado* nesse ponto resolve aderir ao mesmo enfoque proposto por *Fonteles* na inicial, qual seja, a relevância da discussão acerca da do marco inicial da vida humana, com fins a sua efetiva proteção constitucional.

Assim, quanto às cinco correntes distintas então mencionadas, tem-se: a) a Posição Religiosa, para quem a vida humana começaria com a fecundação, ou seja, a formação do zigoto, gerado pelo encontro do espermatozóide com o óvulo, defendida pela Igreja Católica; porém não significando unanimidade entre os demais religiosos; b) Posição da Ciência Genética Tradicional, que advoga a tese de que a vida humana começa com a primeira divisão natural do zigoto, que ocorre cerca de uma hora após a fecundação, e que por sua vez ocorre cerca de duas horas após o ato sexual; c) a Posição da Ciência Genética Moderna,

pelo Vaticano. Não somente isso, os cientistas Jérôme Legeune, Gonzalo Herranz, se faz necessário aduzir, que ambos são integrantes da Opus Dei – que é uma prelazia pessoal da Igreja Católica que ajuda os cristãos comuns a procurarem a santidade no seu trabalho e na sua vida diária. Por derradeiro, seis dos nove cientistas brasileiros citados são autores de uma obra coletiva patrocinada pela Pastoral Familiar, da Igreja Católica. Informações baseadas na reportagem “Isso deve ser pecado” In PETRY, André. Veja, Edição 1908, 8/06/2005, p. 46.

¹²⁸ Granado, ADI – 3.510, fls. 224.

defensora do fenômeno da “nidação”; como marco inicial da vida.¹²⁹ d) a Posição da Ciência Biológica, cuja tese defende que o começo da vida ocorre a partir da décima quinta semana de gestação, vez que até então são comuns casos de aborto espontâneo;¹³⁰ por fim, e) Posição da Dependência Temporal, que é a tese que afirma que a vida se inicia a partir de determinado tempo de gestação, por se considerar que, até então, a vida do feto, como um ser dependente, estaria em poder da mãe.¹³¹

Após essa explanação acerca dos diversos entendimentos científicos sobre o marco inicial da vida humana, lembrou também que a nossa constituição não cuidou da definição do momento de início da vida humana, não fazendo qualquer escolha entre as correntes acima mencionadas. Em razão disso, assevera, o tema não teria *habitat* natural no Judiciário em controle concentrado de constitucionalidade, mas sim no Parlamento, sendo este o local específico onde ocorre o embate de forças políticas e sociais definidoras da prática e da opção legislativa, que traduz a representação popular e os destinos da sociedade.¹³²

Portanto, conclui o Advogado, não caberia tratar, em sede de ADI, de um assunto relacionado ao momento de início da vida – pois, repita-se, esse assunto não é posto ou tratado pela Constituição, mas sim pela Ciência.¹³³ E o Congresso já se manifestou com a produção da lei em apreço.

Todavia, não obstante sua colocação sobre esta espécie de conflito de competência, adverte que é que é cediço que nenhum direito é absoluto, ainda que de índole constitucional e ainda que se trate de direito à vida - que é indiscutivelmente o primeiro e o mais relevante dos nossos direitos, sobre o qual se encilham os demais.¹³⁴

Nesse sentido, traz o Advogado do Parlamento um bom exemplo de limitação de norma. Segundo ele, tem-se o art. 5º, LXIX, da CF, que assegura o direito de impetração de mandato de segurança sem sofrer qualquer espécie de

¹²⁹ Entende-se por nidação a fixação do zigoto (embrião) no útero materno, adquirindo a necessária estabilidade e sustentabilidade para o seu desenvolvimento; e ocorre de seis a sete dias após a fecundação.

¹³⁰ Tal fenômeno justifica o fato de que a maioria dos países que admitem legalmente o aborto adotam esse parâmetro temporal para a autorização da interrupção do feto.

¹³¹ Granado, ADI – 3.510, fls. 224-225 – Valendo lembrar que essas informações quanto as Correntes de entendimento foram extraídas da revista *Super Interessante*, nº 04, edição de abril de 2001.

¹³² Granado, ADI – 3.510, fls. 226.

¹³³ Granado, ADI – 3.510, fls. 226.

¹³⁴ Granado, ADI – 3.510, fls. 226.

limitação. Contudo, o artigo 18 da Lei 1.533/51 estipula prazo máximo de cento e vinte dias para a propositura do remédio heróico, sob pena de decadência. Tal norma limitadora seria inconstitucional? Após detida análise, o STF concluiu que não, ou seja, pelo teor da Súmula 632, publicada em 09/10/2003, “É constitucional lei que fixa prazo o de decadência para a impetração de mandato de segurança.”.¹³⁵

Peticiona ainda que, diante de situações onde a norma parece sofrer limitações, devemos atentar para a possibilidade de conformação legislativa em face destes percalços interpretativos, ou seja, da possibilidade de uma nova atividade legislativa no sentido de densificar ou concentrar determinada norma que aparenta sofrer limitação por outra, tudo com a finalidade de se obter maior efetividade do sistema. Assim, de posse desse raciocínio, traz consigo os ensinamentos da Dra. *Suzana de Toledo Barros*, cuja obra “O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, Ed. Brasília Jurídica, 3ª edição, 2003, leciona, verbis:

5. RESTRIÇÃO DE DIREITOS E LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR

(...)

Uma tarefa conformadora para aclarar o âmbito de proteção é bastante útil, porque nem todas as condutas supostamente compreendidas no conteúdo de um direito (abstratamente considerado) previsto na Constituição podem ser consideradas subsumidas no seu domínio (pp. 150-151).

(...)

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como já visto, não afasta por si só a mediação legislativa. Muitos deles, por serem vagos, abstratos ou abertos, precisam de uma densificação normativa que lhes assegure maior grau de efetividade, o que só é possível mediante a edição de normas legais que complementem ou precisem o seu conteúdo. Entende-se, por isso, que ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo despicienda a autorização constitucional para tanto, embora seja também evidente que o impulso inicial para respectiva atualização há de ser colhido já no Texto Constitucional, pois, em matéria de direitos fundamentais, o primeiro grau de concretização jurídica já é dado pelas normas superiores (p. 155).

(...)

(...) há possibilidade de uma intervenção legislativa de caráter restritivo, mesmo quando os direitos fundamentais não estejam direta ou indiretamente limitados por normas constitucionais. Como já se pôde introduzir, esses direitos são posições jurídicas “*prima facie*”, sujeitas a ponderações em face de situações de colisão de bens ou valores no caso concreto (p. 161).¹³⁶

¹³⁵ Granado, ADI – 3.510, fls. 227.

¹³⁶ Granado, ADI – 3.510, fls. 227-228.

Então, prossegue no mérito *Granado*, advertindo que no caso em tela, é bem verdade que se deve agir com extrema cautela ao falar em conformação ou concretização legal ou normativa do direito à vida, pois, como disse, é este o direito primaz que deve merecer a especialíssima proteção do Estado, cujo valor e magnitude constituem razão maior da ordem jurídica.¹³⁷ Entretanto, ilustra o Advogado exemplificando que a legislação brasileira sempre conviveu pacificamente com tal conformação/concretização; tal como significativamente o direito do Estado de retirar a vida de cidadãos nacionais ou estrangeiros em caso de guerra declarada¹³⁸, e o direito da gestante em retirar a vida do feto que se mostra muito além da fase embrionária.¹³⁹

Na esteira desse raciocínio, conclui-se buscando a consideração de que caso se considere o direito à vida como direito absoluto e insuscetível de qualquer densificação legislativa, então necessariamente o Supremo Tribunal Federal deveria também declarar inconstitucional, sob os mesmos argumentos, a possibilidade de pena capital e aborto voluntário ora mencionados.

O legislativo Federal se vale de outros argumentos para o sustento de sua tese de defesa. Busca, assim, fundamentação em normas extravagantes que vigem indiscriminadamente e sem qualquer contestação no universo jurídico pátrio.

Primeiramente, lembra que o Estado brasileiro autoriza o uso de técnicas de eliminação do embrião antes da ocorrência da nidação, pelo modo de atuação do chamado DIU (Dispositivo Intra-Uterino),¹⁴⁰ cujo modo de atuação deste dentro do organismo feminino – cita *Granado* em sua peça - pode ser mais bem esclarecido pelos ensinamentos da Dra. *Raquel Mundim Moraes Oliveira*, que em trabalho monográfico sobre o aborto¹⁴¹, aduz:

Sob o enfoque médico, o DIU não interfere na ovulação, não inibindo, portanto, a concepção, ou seja, a fecundação do óvulo nas trompas de usuárias, mas interfere na nidação, isto é, na implantação do óvulo fertilizado na cavidade uterina, através de reação inflamatória que desencadeia no endométrio, tornando inóspita a manter a sobrevivência do embrião.

O argumento utilizado pelo fabricante desse inibidor é de que não há vida antes da fixação do óvulo na cavidade uterina, tendo em vista que, antes desse processo o óvulo é muito instável para ser considerado humano (...)

¹³⁷ *Granado*, ADI – 3.510, fls. 230.

¹³⁸ CF, art. 5º XLVII, “a”.

¹³⁹ CP, art. 128, II.

¹⁴⁰ *Granado*, ADI – 3.510, fls. 231.

¹⁴¹ Aborto – Aspectos Legais e Jurídicos, estudo monográfico apresentado em 2002, arquivado na Biblioteca do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Não obstante seus inegáveis inconvenientes, o DIU se expandiu pelo mundo, havendo milhões de mulheres atualmente o utilizando. A utilização em grande escala ocorreu no decênio de 1960, quando passou a figurar em programas de planejamento familiar do mundo em desenvolvimento.¹⁴²

Ainda sobre o DIU, lembra ainda que o Ministério da Saúde adota e recomenda a utilização deste dispositivo, inclusive regulamentando este uso mediante a Portaria.¹⁴³

Levanta ainda o Advogado a questão da chamada “Pílula do Dia Seguinte” - como salienta -, anticoncepcional fortíssimo e de emergência, cuja carga hormonal é quase o equivalente a uma cartela mensal da pílula tradicional. Seu método de ação consiste em dificultar o encontro do espermatozóide com o óvulo; se isso já tiver ocorrido, o medicamento provoca uma “descamação” da parede do útero, que impede o embrião de obter nidação (acoplamento). Com isso, este embrião é descartado do organismo pelas vias ordinárias. O Ministério da Saúde também adota e recomenda a pílula do dia seguinte.¹⁴⁴

Não satisfeito com enfoque dado à sua defesa de mérito, o Advogado Geral do Senado sustenta importantíssima argumentação pela constitucionalidade da legislação em contenda. Inicialmente, ainda sob o viés legislativo, pergunta ele - em outras palavras -, porque seria tão insensata a legislação brasileira em não permitir a utilização de células-tronco embrionárias sob a alegação de ferimento de um direito inalienável como o da vida humana, se estes mesmos embriões, objeto do desejo científico, seriam tão somente aqueles condenados a, mais cedo ou mais tarde, serem jogados ao lixo e, portanto, descartados?¹⁴⁵ A resposta na verdade são várias outras considerações, consubstanciadas pelo conhecimento sistemático da legislação brasileira como parte das regras de interpretação, tal como proposto por *Canotilho* no capítulo anterior.

Não obstante, lembra que o trato de embriões encontra-se disciplinado pela Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina – CFM, entidade com status de autarquia federal, conforme o artigo 1º da Lei 3.268 de 1957. Ali são estabelecidas regras técnicas, éticas e procedimentais para a manipulação de embriões originados de tratamento para reprodução assistida. Certamente o ponto

¹⁴² Granado, ADI – 3.510, fls. 231.

¹⁴³ Granado, ADI – 3.510, fls. 231, Portaria DIMED nº 6 de 06 de julho de 1984.

¹⁴⁴ Granado, ADI – 3.510, fls. 231-232, citando o site www.alertamedico.med.br.

¹⁴⁵ Granado, ADI – 3.510, fls. 234.

que gerou maiores debates foi a questão do destino dos embriões que sobram do tratamento, já que, como cediço, a produção de embriões *in vitro* é feita em número elevado, objetivando o sucesso terapêutico.¹⁴⁶

Assim disciplina a regra mencionada¹⁴⁷, cujos termos se confunde com a opção da comunidade médica vigente há mais de treze anos. Senão vejamos:

V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES.

- 1- As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos ou embriões.
- 2- O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.
- 3- No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doa-los. (grifou-se)¹⁴⁸

Ainda segundo o Advogado do Senado, devemos observar que fica a cargo dos cônjuges ou companheiros a livre fixação do destino de embriões criopreservados, não havendo, portanto, destinação pré-estabelecida. Ademais, questiona fortemente:

Na prática pergunta-se: um embrião dessa natureza, congelado há anos, tem chance de ser reutilizado pelo casal? O casal que já tenha tido filhos após tratamento de reprodução assistida quererá, numa futura concepção, utilizar aqueles embriões antigos? Ou preferirá repetir a fertilização *in vitro*, com novas gametas?

Obviamente que aqueles embriões congelados não são, na prática, reaproveitados – até porque ainda não se conseguiu, no atual estágio de conhecimento da Física, o alcance do congelamento em zero grau absoluto (= “0 Kelvin”), e por isso aquele material criopreservado continua, ainda que minimamente, sofrendo atividade de natural envelhecimento e decomposição.¹⁴⁹

Ressalta ainda que a Lei 11.105/2005, não autoriza o uso de qualquer embrião em pesquisas. Assevera que o campo normativo legal é específico e excludente; só se admite a utilização de embriões se: a) que sejam inviáveis; ou b) que estejam congelados há mais de 03 (três) anos. Dessa forma conclui:

¹⁴⁶ Granado, ADI – 3.510, fls. 232.

¹⁴⁷ Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina – CFM.

¹⁴⁸ Granado, ADI – 3.510, fls. 233, Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina – CFM, art. 2º, 7, V.

¹⁴⁹ Granado, ADI – 3.510, fls. 233.

Quanto ao item ‘a’, se o embrião já era inviável – ou seja, incapaz de gerar vida – não há que se cogitar de interrupção de vida.

Quanto ao item ‘b’, resta factível – e até aceitável – que casais que deixaram os embriões congelados há tanto tempo não tenham mais interesse no seu aproveitamento – aliás, a lei em tela exige, no §1º do art. 5º, que os genitores manifestem expressamente esse desinteresse.¹⁵⁰

Então, continua a indagação interpretativa por parte do Advogado. Se são os embriões previamente inviáveis, ou seja, congelados por anos e posteriormente descartados pelos genitores; para onde vão? Alguém ou alguma instituição religiosa se dispõe a adotá-los, ou dispõe de equipamentos para preservá-los, mesmo contra a vontade paternal? Conclui o mesmo negativamente, afirmando ainda que o caminho que estes embriões inviáveis ou descartados possuem, fatalmente, é um só: a lata do lixo.¹⁵¹

Sobre essa conclusão, traz consigo *Shalom* diversos posicionamentos da sociedade. De primeiro, *Christian de Paul de Barchifontaine*, autor da obra *Bioética e Início da Vida – Alguns Desafios*, Editora Idéias & Letras, p.183.

O grande problema é que essas células são derivadas de embriões excedentes de processos de fertilização in vitro. Tais embriões, normalmente descartados com consentimento do casal, são destruídos para extrair as células-tronco embrionárias. Para algumas pessoas, isso significa destruir uma vida, o que seria inaceitável.

Essa é uma questão delicada, que envolve aspectos morais, culturais e religiosos. Vale lembrar que estamos falando de um embrião de cinco dias, basicamente um conglomerado amorfo de células, que se fosse gerado no ventre de uma mulher, teria somente 20% de chance de se transformar em um bebê. Uma coisa se pode garantir: aquele embrião excedente terá muito mais benefícios na forma de células-tronco embrionárias do que em uma lata de lixo.¹⁵²

Da mesma forma, traz também *Anne Fagot-Largeault*, professora da Cátedra de Filosofia e Ciências Biológicas do *Collège de France*, pela sua obra *Embriões, Células-Tronco e Terapias Celulares: Questões Filosóficas e Antropológicas*, in *Revista Estudos Avançados*, editada pela Universidade de São Paulo, edição 18 (51), 2004, p. 234.

O recurso existe e não é raro: Os embriões no estágio blastocisto abandonados nos congeladores da fertilização assistida, na condição de seus genitores não tenham mais projeto algum para eles e que aceitem destina-los à pesquisa em vez de destruí-los, podem fornecer as células tronco necessárias.¹⁵³

¹⁵⁰ Granado, ADI – 3.510, fls. 234.

¹⁵¹ Granado, ADI – 3.510, fls. 234.

¹⁵² Granado, ADI – 3.510, fls. 224-235.

¹⁵³ Granado, ADI – 3.510, fls. 234.

Também a imprensa nacional:¹⁵⁴

‘Muita gente não sabe que poderíamos usar os embriões que as clínicas de inseminação artificial jogam no lixo a todo momento, já que os médicos aproveitam só os melhores para implantar no útero de quem quer engravidar’, argumenta Mayana Zatz, geneticista que coordena o Centro de Estudos do Genoma Humano da Universidade de São Paulo (USP).¹⁵⁵

A cientista Mayana Zatz, coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da USP, lidera o Movimento em Prol da Vida e pela liberação das células embrionárias para fins terapêuticos. ‘Usar esses embriões não significa interromper uma vida. Estamos falando de células que serão jogadas fora’, afirma.¹⁵⁶

‘É um desperdício muito grande’, diz Andréa Bezerra de Albuquerque, presidente da ONG Movitae. ‘Depois de congelado, o embrião tem menos de 3% de chance de resultar em gravidez.’ O Brasil está jogando no lixo um tesouro científico.¹⁵⁷

Henry Sobel, presidente do rabinato da Congregação Israelita Paulista: ‘Acho legítimo usar embriões de clínicas de fertilização para curar pessoas com doenças letais. Infinitamente melhor do que jogar no lixo é aproveitar as células para curar doenças graves.’¹⁵⁸

Ultrapassada essa fase de demonstrações persuasivas em sua peça de resistência, *Grando* conclui suas alegações consubstanciadas naquilo que chamou de “A esperança”,¹⁵⁹ “A possibilidade de fiscalização estatal”¹⁶⁰ e nas “Células-tronco embrionárias x células-tronco adultas”¹⁶¹. Isto é, primeiramente na opção legislativa que traduz a vontade do Estado em priorizar a esperança de cura em desfavor de uma pretensa proteção a um bem jurídico de cuja existência não há unanimidade, sobretudo quando este bem jurídico se aloja em determinados corpos celulares que serão legitimamente desprezados ou, em termos diretos, jogados ao lixo. Num segundo momento, na possibilidade de o Estado estar presente no acompanhamento do desenvolvimento da ciência pelo que dispõe a própria legislação atacada por via de ADI e demais normatizações existentes. E,

¹⁵⁴ Granado, ADI – 3.510, fls. 235-236.

¹⁵⁵ Matéria: “Promessa de Vida”, Jornalista Cláudia Pinho, Revista Isto É, nº 1793, edição de 18/02/2004, p. 68.

¹⁵⁶ Matéria: “Curingas em Ação”, Jornalista Lia Buck, Revista Isto É, nº 1767, edição de 13/08/2003, p. 56.

¹⁵⁷ Matéria: “Células da Esperança”, Jornalista Anna Paula Buchalla e Karina Pastore, Revista Veja, ano 37, nº 12, edição de 24/03/2004, p. 90.

¹⁵⁸ Matéria: “A Vida em Ação”, Jornalistas Dolores Orosco, Juliana Vilas e Mônica Tarantino, Revista Isto É, nº 1828, edição de 20/10/2004, p. 91.

¹⁵⁹ Granado, ADI – 3.510, fls. 236.

¹⁶⁰ Granado, ADI – 3.510, fls. 239.

¹⁶¹ Granado, ADI – 3.510, fls. 241.

por derradeiro, a realidade de maiores avanços científicos e de cura com as pesquisas recaindo nas células-tronco embrionárias.

Quanto “A esperança”, adverte ainda que não sabemos ainda se as células-tronco embrionárias vão proporcionar a cura das mais graves doenças e de acidentes que totem sentidos humanos, todavia, que isso não deva ser motivo para se obstar pesquisas.¹⁶²

Citando o Dr. *Dráuzio Varela*, médico de notória autoridade social, acerca de suas críticas quanto ao o risco da aprovação de um projeto de lei que impediria a utilização de células-tronco embrionárias na clonagem terapêutica, verbis:

Seria um crime permitir, sob qualquer pretexto, a clonagem de seres humanos. Da mesma forma, é um crime o que está para acontecer: impedir por lei o uso de células-tronco embrionárias no tratamento de doenças graves.

.....
Começamos pelo primeiro argumento, o único que pode ser discutido com racionalidade. De fato, foram identificado células pluripotentes em tecidos adultos como medida óssea, sistema nervoso e epitélio. Entretanto, todas as evidências sugerem que sua capacidade de diferenciação seja limitada e que a maioria dos tecidos humanos não pode ser obtida a partir delas.

Quanto ao segundo, em nome de princípios religiosos, pessoas que se dizem piedosas julgam mais importante a vida em potencial existente num agrupamento microscópico de células obtidas em um tubo de ensaio do que a vida de uma mãe de família que sofreu um infarto ou a de um adolescente numa cadeira de rodas. Estivessem elas ou tivessem um filho nessa situação, recusariam realmente esse tipo de tratamento?

Finalmente, o terceiro argumento. Dizer que o homem assumiria a função de Deus, só porque é capaz de introduzir o DNA de uma célula adulta no interior de um óvulo, convenhamos, é amesquinhar o papel do Criador do céu e da Terra.

O projeto de lei que proíbe autoritariamente a clonagem terapêutica, já aprovado pelos deputados e que será submetido ao Senado, conta com o repúdio frontal da comunidade científica. Sua aprovação obrigará as pessoas que tiverem dinheiro a buscar fora do Brasil os tratamentos baseados nessa tecnologia. Aos mais pobres, restará o recurso de sempre: pedir a Deus que tenha piedade de nós.¹⁶³¹⁶⁴

Granado afirma ainda que a dicotomia resta bem clara e definida. A escolha feita pelo legislador se deu entre duas idéias nitidamente identificadas: “lixo ou esperança”. Significa dizer que pela opção legislativa, manter a situação atual, de mero descarte do material biológico; ou permitir e regulamentar a sua

¹⁶² Granado, ADI – 3.510, fls. 236.

¹⁶³ “Clonagem Humana”, in Revista Estudos Avançados editada pela Universidade de São Paulo, edição nº 18 (51), 2004, pp.263, 264 e 265.

¹⁶⁴ Granado, ADI – 3.510, fls. 237.

utilização, para a busca de um mundo melhor, prevaleceu a escolha pela esperança.¹⁶⁵

Já quanto “A possibilidade de fiscalização estatal”, o contestante afirma que não há possibilidade de se garrotear, por meio de normas jurídicas ou mesmo de decisões judiciais, o desenvolvimento da Ciência. Ainda que seja esta uma assertiva positiva ou negativa, efetivamente é uma assertiva realista. E desabafa:

Data vênha, o Estado, em qualquer parte do mundo, não tem condições de frear a pesquisa e a evolução tecnológica: consegue no máximo retardá-la, e por curto período. E a existência ou inexistência de normas nesse sentido implica apenas a clandestinidade ou a oficialidade dos atos – nunca a sua restrição.

(...)

O único caminho eficaz do Estado, nesse campo, é a *regulamentação*, com o objetivo de prevenir abusos e arroubos desnecessários, bem como assegurar a observância de normas éticas. A regulamentação é exatamente o que visou a Lei no 11.105/2005.¹⁶⁶

Da mesma forma cita novamente *Christian de Paul de Barchifontaine*, em obra já citada, p. 189.

O ponto crucial, que constitui vértice de todas as variáveis implicadas nas pesquisas biotecnológicas, reside no fato de que os limites a serem estabelecidos para essas investigações não irão advir do grau de evolução em que se encontra o conhecimento científico (visto que não há limites para a ciência), mas dos valores éticos (bioéticos) aceitos pela sociedade internacional. É nesse contexto que se abre o espaço para a fundamental intervenção reguladora do Direito. Faz parte da condição humana superar os limites que a natureza colocou para nós.¹⁶⁷

Com efeito, ainda segundo o Advogado, caso haja a pura e simples proibição da pesquisa e da evolução científica, felizmente ou infelizmente estas fatalmente ocorrerão, e ocorrerão sem qualquer tipo de fiscalização ou justa interferência do Poder Público. Por isso, também sob este ângulo, não seria razoável a procedência desta ação direta de inconstitucionalidade.¹⁶⁸

No que se refere, por fim, a opção entre “Células-tronco embrionárias x células-tronco adultas”, garante que a diferença entre as capacidades de umas ou de outras é bastante simples e direta. Isto é, as células adultas apresentam maior estado de especialização, o que acaba impedindo que se transformem em qualquer tipo de tecido. Destaca que estas afirmações são incontroversas, estando,

¹⁶⁵ Granado, ADI – 3.510, fls. 239.

¹⁶⁶ Granado, ADI – 3.510, fls. 239.

¹⁶⁷ Granado, ADI – 3.510, fls. 240.

¹⁶⁸ Granado, ADI – 3.510, fls. 240.

inclusive, contidas na inicial. No que se refere às células-tronco embrionárias, prossegue nas Informações, estas são consideradas pluripotenciais, ou seja, possuem a capacidade de se transformar em qualquer tecido do organismo. Tal informação, por ser igualmente incontroversa, prescinde de colações técnicas.¹⁶⁹

Para o Legislativo Federal houve um enorme acerto em qualificar o fenômeno da nidação como marco inicial da vida humana. Por tudo que se viu, conclui-se que esta opção de marcação se mostra mais sensata e razoável entre todas as teses colocadas¹⁷⁰. Ora, sem uma estrutura que possibilite a estabilidade e o desenvolvimento do embrião, não existe chance de vida. O embrião, antes da nidação, resume-se, como já dito em diversas transcrições, a um conjunto de células sem auto-determinação, sem sistema nervoso, sem distinção entre si e sem individualidade.¹⁷¹

Então, conclui finalmente o Advogado-Geral do Senado, pouco antes, contudo, de requerer que a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade seja julgada improcedente, verbis:

A questão poderia ser assim resumida: de um lado estão as células amorfas, cujo destino fatalmente será a lata de lixo, sem que esse descarte gere qualquer tipo de questionamento ético, moral ou religioso. Do outro lado estão milhões de pessoas que têm auto-determinação, sistema nervoso, distinção entre si, individualidade e complexidade... indivíduos que passaram pela magnífica formação sob a batuta divina. Indivíduos que têm uma alma, e que esperam que o seu direito de alcançar ou recuperar uma vida melhor seja reconhecido como superior a questões meramente religiosas, formulada mediante sistemas de raciocínio que – mesmo nobres e originados de pessoas probas e competentes – passam ao largo dos laboratórios, do cotidiano e do sofrimento daqueles que, efetivamente vivos, lutam pela superação de seus destinos biológicos e acidentais.

Da mesma forma que a Ciência não se imiscui no campo da Religião, espera-se que a Religião deixe que a Ciência seja limitada apenas pela sua indispensável mãe, a Ética, e não por dogmas adrede imaginados. Outrossim, Deus concedeu aos homens a vida e a inteligência, e é sempre atual o vaticínio bíblico. “*Eis que eu trarei a ela [à cidade] saúde e cura, e os sararei, e lhes manifestarei abundância de paz e de verdade.*” (Jeremias, 33:06).¹⁷²

Granado levantou primeiramente o fenômeno da “mutação constitucional”, que se traduz numa prática de conformação jurídico-social ainda não aprofundada pelos estudiosos do Direito. Tal atividade adquire relevância fundamental, pois o momento histórico brasileiro se caracteriza pela tentativa de

¹⁶⁹ Granado, ADI – 3.510, fls. 241.

¹⁷⁰ Granado, ADI – 3.510, fls. 244.

¹⁷¹ Granado, ADI – 3.510, fls. 244.

¹⁷² Granado, ADI – 3.510, fls. 241

afirmação e concretização das disposições emanadas da nossa Constituição. Nesta seara, marcada pela luta em prol dos direitos fundamentais e dos princípios democráticos, torna-se fundamental e imperioso se recorrer aos processos informais de mudança da Constituição que, sem pretender alteração imediata na sua literalidade, conferem ao respectivo texto novos paradigmas e significados, sentidos e alcances, com vistas à realização efetiva desses valores, e, portanto, concluindo normatividade aos comandos para aquilo que se pretende.

Assim, o Legislativo Federal não se esqueceu também que o direito moderno vai ao encontro da mesma filosofia proposta por *Dworkin*, ou seja, a argumentação, o debate e o encontro de razões de política e de princípio com a finalidade de assim conferir substrato para as decisões judiciais. Não é estranho observar que, preliminarmente, o seu Advogado-Geral chama para a sua Instituição a responsabilidade de se conferir uma solução para a demanda. Em outras palavras, afirma que caberia sim, ao Legislativo, definir por normas o marco inicial da vida humana para fins de proteção, e não ao Judiciário, em especial o STF funcionando numa Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Conquanto esse conflito de competências de função estatal, apenas levantado em sede de Informações, defende que a solução para o caso deve ser dada pelo Judiciário, vez que por expressa determinação constitucional, o mesmo não poderá se afastar desse mister sob qualquer hipótese¹⁷³. Para isso, lembra o subscritor, ser primordial uma interpretação sistemática de todo o ordenamento, manejados pelo fenômeno da mutação constitucional e efetivada pelas ferramentas da razoabilidade e proporcionalidade propostas por *Humberto Ávila* como “postulados normativos”, trazidos no capítulo 4 desta dissertação.

Assim, concentra o seu pedido não precisamente na necessidade da aferição do marco inicial da vida humana, nem se há ou não violação da mesma – pois se trata de um valor incontroverso –, mas sim na tangibilidade de todos e quaisquer dos nossos direitos, o que permitirá a conformação das nossas mazelas e fragilidades na obtenção, em última instância, de uma vida melhor e mais digna em todos os sentidos.

¹⁷³ CF, art. 5º, XXXV

4.3

A decisão na ADI 3.510.

De posse de todas as razões expostas nas peças que instruem a referida ADI, passemos a analisar de maneira sucinta os votos de todos os Ministros que participaram desta histórica Ação Direta de Inconstitucionalidade. Não somente as suas decisões finais, mas também as razões da decisão de cada um deles.

Devemos esclarecer de antemão, que no que se refere à petição inicial, bem como as contestações – leia-se informações – prestadas como resposta nesta Ação, tivemos de fazer uma abordagem bastante ampla, ou seja, sentimos a necessidade de relatar estas peças de maneira exaustiva no que se refere a todas as suas matérias (razões de fato e de direito), por um motivo bastante simples e processualmente elementar. Ora, sabemos que estas razões de pedir (tese) e de defesa (antítese), regra geral, limitam a atividade judicial, no sentido de que não se deve – o Poder Judiciário – desprezar ou inovar naquilo que lhe foi submetido decidir. Por esse motivo, tivemos de abordar de forma ampla os principais argumentos de cada uma das partes envolvidas, pois será dentro deste universo, que irão divagar nada mais nada menos do que onze Ministros da Suprema Corte do nosso Estado. Assim, principalmente porque não sabemos em qual ou quais destas razões irão os Ministros fundamentar seus votos, fez-se mister trazer ao conhecimento o universo de possibilidades à disposição de cada julgador.

Quanto aos votos de cada um destes Ministros, procuraremos nos ater tão somente na essência de cada decisão, procurando ainda encontrar nelas, um necessário liame jurídico-filosófico com as idéias que escolhemos concatenar ao longo deste trabalho.

Vale destacar que não obstante a participação legal de diversos amigos da corte (*amici curiae*), seus argumentos não estão sendo levadas em consideração de maneira direta nas nossas ponderações. Não que estes dispensem merecimento - muito pelo contrário; suas participações foram aclamadas pela Corte e pela sociedade como fundamental para o deslinde deste caso. A exclusão se justifica tão somente porque temos como alvo principal a atividade concentrada do judiciário, em suas atividades interpretativas no sentido de se concentrar princípios constitucionais em decisão definitiva de mérito.

4.3.1

As razões de decidir do Ministro Relator *Carlos Ayres Britto*.

Após relatar todo o limiar desta ADI – o que não poderia se dar de forma diferente, pois o Sr. Ministro foi o relator do caso -, o Eminentíssimo julgador, após enaltecer a necessidade e a presença das inúmeras entidades de classe da nossa sociedade (*amici curiae*), todas de incontestável relevância na solução deste difícil caso concreto, tratou de limitar a questão trazendo ao seu voto as bases da contenda, materializadas em duas citações que merecem reprodução:

Contra a declaração de inconstitucionalidade, cita a *Doutora Mayana Zatz*, professora de genética da Universidade de São Paulo, que, ocupando a tribuna na audiência pública por ele determinada, aduziu que:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se assente essa diferença.¹⁷⁴

Já a *Doutora Lenise Aparecida Martins Garcia*, também citada pelo Relator, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília, também naquela tribuna, porém a favor da inconstitucionalidade, proferiu as seguintes palavras - que inclusive ilustraram a peça inaugural da Procuradoria Geral da República, verbis:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de

¹⁷⁴ Ministro Carlos Ayres Britto - Conjunto documental contendo Relatório e Voto – ADI 3.510, p. 10. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 72 laudas; porém não paginadas por números ou qualquer outra numeração processual, razão pela qual a citação é feita de acordo com a nossa contagem particular folha-a-folha.

Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível.¹⁷⁵

Marcada as bandeiras contrapostas, o Ministro *Carlos Ayres Britto* votou pela total improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, fundamentando o seu voto em diversos dispositivos da Constituição Federal que garantem, em especial, o direito à vida, à dignidade desta vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica, todos ladeados a um novo paradigma universal fundado eminentemente na fraternidade social que deve estar presente na interpretação do Direito, sobretudo no Direito constitucional.

No que tange ao direito à vida, lembrou que a pessoa humana - alvo de toda a nossa legislação - deve ser entendida como pessoa numa dimensão “biográfica”¹⁷⁶, ou seja, não simplesmente “biológica”. Significa dizer que para este Ministro (citando *José Afonso da Silva*), pessoa “biográfica” é aquele sujeito que não precisa mais do que sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica¹⁷⁷. A este sujeito sim lhe deve ser garantido o direito a uma vida digna (CF, art. 1º, III e 5º). Não somente a este, também ao nascituro, vez que sua condição de abrigado em ventre materno e humano – natural e neurologicamente formado - nessas condições, aos já nascidos se igualam¹⁷⁸. Assim, em que pese acreditar o Ministro na existência de alguma espécie de vida em outros corpos celulares, inclusive nos embriões *in vitro*, deve-se privilegiar a vida que seguiu o caminho natural em detrimento daquela que se mostra incapaz de segui-lo, vez que seriam vidas inviáveis e prontas para o descarte.¹⁷⁹

Assim, sustentou a tese de que, para existir vida humana, é preciso que o embrião tenha sido implantado no útero humano. Segundo ele, tem que haver a participação ativa da futura mãe. No seu entender, o zigoto (embrião em estágio inicial) é a primeira fase do embrião humano, a célula-ovo ou célula-mãe, mas representa uma realidade distinta da pessoa natural, porque ainda não tem cérebro formado.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 11.

¹⁷⁶ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 22.

¹⁷⁷ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 23.

¹⁷⁸ Ayres Britto, ADI – 3.510, pp. 22-31.

¹⁷⁹ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 35 e ss.

¹⁸⁰ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 54.

Quanto à saúde, acreditou ser ela um simples desdobramento da vida, e a vida digna uma consequência da saúde. Assim, prestigiar as pesquisas com células-tronco é garantir a saúde de quem tem vida e a vida através de uma boa saúde. Tal entendimento, provou Ayres Britto, encontra farta fundamentação normativo-constitucional, o que não se deixou pecar em suas razões; dentre eles e de forma geral, as materializadas nos artigos 6º e 196 a 200, todos da CF. Ademais, reitera o julgador, o alvo principal das pesquisas com células-tronco é o valor saúde em última instância.¹⁸¹

Interessante foi sua fundamentação baseado no Direito constitucional de proteção geral à família, insculpido no artigo 226 e seguintes da nossa Carta Republicana, alicerçado no livre exercício de planejamento familiar, inclusive com a possibilidade de patrocínio científico por parte do Estado (art. 226 § 7º - Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e paternidade Responsável). Até porque, lembra o Ministro, nada proíbe os pais buscarem amparo científico contra suas impotências reprodutivas (CF art. 5º, III e IX).¹⁸²

O que pretendeu demonstrar, foi a proporcionalidade entre valores envolvidos – entre meios e fins, tal como proposto por *Ávila* no capítulo anterior. Isto é, é perfeitamente legal e saudável aos familiares¹⁸³ ou aos casais, buscarem meios científicos para a fertilização artificial e consequente obtenção de suas proles no sentido de se compensar suas incapacidades biológicas. Como consequência desse tratamento – que resulta vários exemplares de células embrionárias objetos do desejo científico – restam inaproveitados diversos embriões, que não se prestando para ao fim desejado pelo casal, e sob o consentimento deste, cumpridas as formalidades legais, se mostram totalmente aptos a satisfazerem os anseios científicos. Nesse sentido, deve-se prestigiar todos os princípios acima destacados em desfavor de um conjunto de células inviáveis que possuem como destino a perpetuidade de um frio congelamento ou o descarte em qualquer lixo hospitalar.¹⁸⁴

Destacou, também, como fundamento supremo, o espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal (Constituição Fraternal), ao

¹⁸¹ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 64.

¹⁸² Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 45 e ss.

¹⁸³ Devemos entender família no sentido amplo protegido pela constituição - inclusive a monoparental.

¹⁸⁴ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 69 e ss.

defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.

Nesse sentido, assevera a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela lei impugnada não se traduz num desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, menos ainda considerar um frio assassinato, “porém u’a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio¹⁸⁵.” Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica a “liberdade”, a “segurança”, o “bem-estar”, o “desenvolvimento”, a “igualdade” e a “justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar as imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do “constitucionalismo fraternal”, tendo por finalidade específica o valor fundante à integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal; qual seja, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁸⁶

Carlos Ayres Britto qualificou a Lei de Biossegurança como um “perfeito e bem concatenado bloco normativo”¹⁸⁷. Em resumo – na defesa pela constitucionalidade deste mandamento – o Ministro se alinhou às idéias iniciais de *Dworkin*, no sentido de se acatar e acolher a existências de inúmeros outros valores alheios às diversas codificações de toda natureza que abarrotam o nosso ordenamento; valores estes que se traduzem em princípios sem os quais seria impossível decidir uma causa desta envergadura possuidora de controvérsia com órbita universal.

Seus fundamentos se alinham à tese contestatória central de *Rafaelo Abritta*, Advogado da União e subscritor das informações prestadas pela Presidência da República, no sentido de que a análise central da questão constitucional não recai na apreciação do momento ideal para o início da vida, dependendo para tal a medida de sua proteção, mas sim no conceito jurídico de

¹⁸⁵ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 61.

¹⁸⁶ Ayres Britto, ADI – 3.510, pp. 63/64.

¹⁸⁷ Ayres Britto, ADI – 3.510, p. 19.

vida, com a finalidade de se aferir qual ou quais as espécies de vida que o Estado projeta proteção.

Não somente isso, empregou esforços racionalizando argumentos tal como demonstrado por *Humberto Ávila*, naquilo que ensinou como “postulado da proporcionalidade”; metanormas de segundo grau que se aplicam apenas em situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis. Um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder a três exames fundamentais: o primeiro, o da “adequação”, ou seja, o questionamento de se o meio seria capaz de promover o fim? O segundo, o da “necessidade”, questionando se dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover determinado fim; não haveria outro meio menos gravoso ou restritivo dos direitos fundamentais afetados? E, por último, o da própria “proporcionalidade em sentido estrito”, questionando, por fim, se as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?¹⁸⁸

Como já dito, preferiu prioridade a vida que melhor imita a natureza, fundamentado numa profunda interpretação sistemática de todo o ordenamento; como ensinou *Canotilho*¹⁸⁹; a indispensável atenção aos princípios que devem reger a atividade do intérprete da constituição, enumerando e aclarando dentre eles: o já mencionado princípio da “unidade da constituição”, cuja direção determina que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições, considerando-a em sua globalidade e harmonizando os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar; o princípio do “efeito integrador”, que informa que na solução de problemas de ordem constitucional, deve se dar prioridade aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social do Estado; o princípio da “máxima efetividade”, que traduz a idéia de que a uma norma constitucional deve ser atribuído um sentido que lhe dê maior eficácia; também o princípio da “justeza” ou da “conformidade funcional”, que consiste no entendimento de que o órgão (ou órgãos) encarregado da interpretação da lei constitucional não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido;

¹⁸⁸ Ávila, tópico 4.5 - Os postulados normativos como ferramenta de condução às finalidades principiológicas.

¹⁸⁹ Capítulo 4.

o princípio da “concordância ou da harmonização”, que impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros; e, por fim, o princípio da “força normativa da constituição”, que assevera que na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental, dando-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo, ao mesmo tempo, a sua eficácia e permanência.

Nesse sentido, em seu voto – que inclusive inspirou os demais Ministros – guardou indiscutível coerência com a essência desta dissertação, ou seja, versou sobre a necessidade de um entendimento acerca de uma nova ordem dentro da Teoria do Direito, baseada nos ideais interpretativos como ferramenta para o alcance de decisões mais justas e adequadas. Nesse caminho, vale repetir as palavras do Ministro, nas suas últimas considerações de voto:

70. É assim, ao influxo deste olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.¹⁹⁰

4.3.2

As razões de decidir da Ministra *Ellen Graice*.

A Ministra e então Presidente do Supremo Tribunal Federal, acompanhou integralmente o voto do relator. Para ela, não há constatação de vício de inconstitucionalidade na Lei de Biossegurança. Acredita não existir qualquer violação à garantia da dignidade da pessoa humana, nem à garantia da inviolabilidade da vida, pois, seguindo as próprias razões do Ministro relator, o

¹⁹⁰ Ayres Britto, ADI – 3.510, pp. 69/70.

pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento - o útero - não se classifica como pessoa. Nesta linha, o pré-embrião também não se enquadra na condição de nascituro, pois a este, a própria denominação o esclarece bem, se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.

Em linhas gerais, afirmou a Ministra que a referida lei impugnada guarda harmonia com a constituição vigente¹⁹¹, sobretudo em referência aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), garantia da inviolabilidade do direito à vida (5º, *caput*), à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), direito à saúde (art. 6º), bem como o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196). Além disso, promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, *caput*).¹⁹²

Após se valer das razões do Ministro Relator, *Graice* assevera que na busca de todos estes direitos, mostra-se inevitável o resultado incomodo de excedentes de óvulos fertilizados, como sendo um custo necessário à superação da infertilidade¹⁹³. Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento dado a matéria exaustivamente debatida, não se vê qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células tronco, que não teriam outro destino que não o descarte.¹⁹⁴

Lembra ainda, que o artigo 5º da Lei 11.105/2005, não obstante guardar legitimidade política com a constituição, faz restrições importantes quanto a estas espécies de pesquisas; em especial à utilização limitada destas células em pesquisas médico-terapêuticas, as limitações temporais para início da manipulação, preservação e descarte, autorização expressa dos genitores, proibição de comercialização, submissão a comitê específico bem como criminalização de práticas que confrontam, de maneira geral, o espírito da referida lei.¹⁹⁵

¹⁹¹ Voto da Ministra Hellen Graice – ADI 3.510, p. 02. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 09 laudas.

¹⁹² Ellen Graice, ADI – 3.510, p. 3.

¹⁹³ Ellen Graice, ADI – 3.510, p. 4.

¹⁹⁴ Ellen Graice, ADI – 3.510, p. 9.

¹⁹⁵ Ellen Graice, ADI – 3.510, pp. 7/9.

Por todo o exposto, conclui pela improcedência da estudada ADI, decisão, sobretudo alicerçada no princípio “utilitarista”, segundo o qual deve ser buscado um resultado de maior alcance com um mínimo de sacrifício possível. Assim, o aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados nos procedimentos de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o simples descarte destas células.¹⁹⁶

Concluindo, principalmente pela aplicação por parte da Ministra do chamado princípio utilitarista, fica facilitado o entendimento de que a mesma se valeu das mesmas razões de decidir utilizadas pelo relator em seu voto, ou seja, os ideais fundantes de *Dworkin*, materializados pela lógica interpretativa traduzida nas lições de *Canotilho* e *Ávila*, ambos expostos anteriormente.

4.3.3

As razões de decidir do Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*.

No momento de seu voto, *Menezes Direito* pediu vista, para melhor examiná-lo, para conhecer melhor o cenário em que se desenvolvem as pesquisas objeto de apreciação judicial. Seus argumentos fundamentam-se no sentido de que, em matéria de ciência e tecnologia, os avanços são tão significativos que as informações feitas em um momento logo em seguida podem estar ultrapassadas.¹⁹⁷

Após colacionar vastas considerações acerca dos votos de outros ministros, bem como longas laudas dispondo sobre critérios técnicos e religiosos – oitenta e seis ao todo -, o Ministro votante lembra que neste julgamento deve ficar patente que, quanto ao objeto, não se deve buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa ou canônica. “Não se pode pôr a questão sob esse ângulo. Trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico o que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Ellen Graice, ADI – 3.510, p. 9.

¹⁹⁷ Voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito – ADI 3.510, p. 16. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos próprios autos, em arquivo PDF contendo 86 laudas.

¹⁹⁸ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 17.

Nesse sentido, lembra que a questão deve ser respondida, em que pese considerações de ordens diversas, pela ordem jurídica posta. Ou, em suas próprias palavras, “que por essa razão que devemos pôr com toda clareza que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana”.¹⁹⁹

De posse desse raciocínio, expõe o magistrado diversas razões antagônicas insertas no processo acerca da demanda, tal como prevaleceu nos demais votos; como por exemplo, as que vão ao encontro da tese quanto à permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias, a saber: 1) o custo da destruição do embrião é coberto pelos benefícios a serem obtidos; 2) o embrião não é apenas um aglomerado de células, mas não tem o mesmo valor que o ser humano vivo ou o feto; 3) considerando que são embriões excedentes de um processo de FIV (Fertilização *in vitro*) e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas só traria benefícios; 4) as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas. No caminho contrário: 1) na pesquisa de que o óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente, e poder gerar um ser humano integral e completo, já é vida humana; 2) na existência de métodos alternativos de pesquisa que dispensariam a destruição do embrião; 3) na existência de insubsistências nas pesquisas com células-tronco embrionárias; 4) na superestimação das potencialidades destas pesquisas.²⁰⁰

Diante de tudo, acredita *Menezes Direito* que se mostra necessário, para enfrentar a questão da constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, adotar posição clara sobre o início da vida, sem o qual seria impossível definir a proteção constitucional que se invoca²⁰¹. Mas, quanto à natureza do embrião, se posicionou claramente o Ministro, o reconhecendo como indivíduo, portanto merecedor de proteção igualitária, senão vejamos:

O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozóide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferença ontológica entre estas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não.²⁰²

¹⁹⁹ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 18.

²⁰⁰ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 35.

²⁰¹ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 48.

²⁰² Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 57.

Destarte, reconhece, que esse posicionamento é produto daquilo que se chama de “estatuto intermediário do embrião”, então conclui:

A constatação é simples. Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. Logo, o estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um “transbordamento”, para o direito à vida não se pede mais que reconhece-lo sobre o que está vivo.

É, pois, a vida que regulará a proteção merecida pelo embrião.

Não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida humana, como se a personalidade é que atribuisse a condição de vida e não que fosse um tributo dela.²⁰³

Contudo, num aspecto decisivo e de ordem constitucional, ainda segundo ele, a solução deve abarcar outras considerações, que não as que ele mesmo acima equacionou. Em suas próprias palavras novamente:

Mas a conclusão pela existência de vida no embrião e o reconhecimento, nele, de uma natureza humana, não pode significar, ainda, a solução para a questão posta a julgamento. Ao contrário do que ocorreria a partir da desqualificação ontológica do embrião, a solução, na minha linha de raciocínio, não extrai **in abstracto**, de forma automática, ou seja, não é porque se reconhece a qualidade de vida humana no embrião que se concluirá necessariamente pela procedência ou improcedência da presente ação.

É que se deve apurar em sede constitucional o alcance da garantia da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana.²⁰⁴

Nesta seara, *Menezes Direito* conclui que os embriões congelados a que se refere o inciso II do artigo 5º da Lei 11.105/2005, são embriões com vida. E mais, que o método de extração de células-tronco embrionária que acarrete a sua destruição violará o direito à vida de que cuida o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal²⁰⁵. Adverte, contudo, que a própria ciência deve apresentar métodos alternativos de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulte necessariamente em sua destruição; conseqüentemente, que não viole direito fundamental à vida.²⁰⁶

Não obstante concluir que pela existência de vida humana nos embriões e que suas utilizações acarretam violação constitucional do direito à vida, tal como ofertada nas razões iniciais da Procuradoria Geral da República e de forma

²⁰³ Menezes Direito, ADI – 3.510, pp. 59-60.

²⁰⁴ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 61.

²⁰⁵ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 64.

²⁰⁶ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 67.

diversa do relator, o Ministro *Menezes Direito* julgou a ação parcialmente procedente, no sentido de dar interpretação conforme ao texto constitucional do artigo questionado sem, no entanto, suprimir qualquer parte do texto da lei atacada (sem redução de texto). Segundo ele, as pesquisas com as células-tronco podem ser mantidas, mas sem prejuízo para os embriões humanos viáveis, ou seja, sem que sejam destruídos ou descartados. Assim, propôs as seguintes limitações na lei impugnada.²⁰⁷

1 - no caput do artigo 5º (que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias), declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa” e “terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos.

2 - Ainda no caput do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, para que a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal já citado.

3 - No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco.

4 – No inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), ou que, já congelados na data da publicação da Lei 11.105/2005, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause suas destruição.

5 – No parágrafo primeiro, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores.

²⁰⁷ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 84 e ss.

6 – No parágrafo segundo, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa com terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter, previamente, seus projetos também à aprovação do órgão federal (Ministério da Saúde), sendo considerado crime (art. 24 da Lei 11.105/2005) a autorização para utilização de embriões em desacordo com o que estabelece esta decisão, incluídos como autores os responsáveis pela autorização e fiscalização.

O Ministro *Menezes Direito* afirmou ainda que a decisão deve ter efeitos a partir da data do julgamento final da ação, a fim de preservar resultados e pesquisas com células-tronco embrionárias já obtidas por pesquisadores brasileiros.²⁰⁸

Num voto bastante complexo, divergiu dos demais quanto ao entendimento acerca da vida dos embriões. Ademais, foi extremamente rigoroso em relação aos limites de sua autorização, razão pela qual tivemos de ser exaustivos em relatá-las finalmente.

Quanto à essência de sua decisão, embora divergente da maioria, fica marcado fortemente o caráter dos princípios constitucionais, ou seja, a ausência de precisão. Contudo, é exatamente esse caráter “aberto” que possuem os princípios que se facilita a atividade do intérprete e a conseqüente concentração da decisão final, tal como nos ensinou *Dworkin* e *Ávila* em suas técnicas já expostas.

4.3.4

As razões de decidir da Ministra *Cármem Lúcia*.

A Ministra acompanhou integralmente o voto do relator. Contudo, implementou interpretação conforme a constituição sem redução de texto. Assim, para ela, as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, muito pelo contrário, contribuem para dignificar a vida humana. Na realidade, seu voto se mostrou farto na defesa da dignidade da pessoa humana sendo esta minimamente necessária para a proteção direta do direito à vida. Uma vez que se preserva a dignidade da vida de uma pessoa, por via direta, se preserva a própria vida. A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à

²⁰⁸ Menezes Direito, ADI – 3.510, p. 85

recuperação da saúde, não agredem a dignidade humana constitucionalmente assegurada.

Ela citou que estudos científicos indicam que as pesquisas com células-tronco embrionárias, que podem gerar qualquer tecido humano, não podem ser substituídas por outras linhas de pesquisas, como as realizadas com células-tronco adultas, e que o descarte dessas células não implantadas no útero somente gera lixo genético. Em suas próprias palavras, “O grão tem que morrer para germinar. Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero da mulher, serão descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo”.²⁰⁹

Em sede de argumentação na defesa da inviolabilidade do direito à vida, a Ministra esclareceu que se a utilização de células-tronco embrionárias fosse uma forma de violação do direito à vida, dever-se-ia, num juízo *a priori*, se desincumbir do significado da palavra “violação”, para depois concluir se há ou não esta prática. Segundo ela:

Violar tem o sentido de infringir com violência, transgredir ou ofender o que posto pelo direito. A inviolabilidade do direito à vida, que o Procurador Geral da República entende estaria sendo descumprido pelo art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005, não pode ser interpretado a partir da idéia de direito absoluto. Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos no sistema. Como acentuado pelo Eminentíssimo Procurador Geral da República em sua petição, dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põe para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. Tanto é assim que o ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a figura lícita do aborto nos casos em que seja necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art. 128, incs. I e II, do código Penal).²¹⁰

Nessa linha de ponderação, continua argumentando que se a constituição considera inviolável o direito à vida, como fundamental que é, igualmente reconhece inviolabilidade dos direitos à liberdade e à saúde, que também se

²⁰⁹ Voto da Ministra Cármen Lúcia – ADI 3.510, p. 26. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 46 laudas.

²¹⁰ Cármen Lúcia, ADI – 3.510, pp. 14-15.

encontram no rol dos fundamentais; direitos estes sem os quais impossível seria o exercício daquele primeiro.²¹¹

Não somente garante a Constituição o direito à vida, lembra a Ministra, como também assegura a liberdade quanto ao exercício desta vida na busca de sua dignidade.

“Não se há falar apenas em dignidade da vida para as células-tronco embrionária, substância humana que, no caso em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam, precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até mesmo de apenas viver. Possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência digna para a espécie humana”.²¹²

Assim, nesse direito de liberdade e busca de um bem viver, reitera a Ministra - tal como votou *Ayres Britto* -, a própria Constituição garante a busca e a obtenção de auxílio científico em desfavor de nossas enfermidades, pela livre iniciativa pessoal e a fomentação programada pelo próprio texto constitucional. Disposições claras insculpidas na nossa Carta Republicana em seus artigos 5º, IX e 218.²¹³

Nesse sentido, *Cármem Lúcia*, reiterando ausência de violação à vida humana:

Não há violação à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objetos de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar em vida, nem em direito que pudesse ser violado.²¹⁴

Por fim, salientou ainda o dever de observância ao princípio da “solidariedade entre as gerações” (CF, art. 225, § 1º, III), como forma de garantir a dignidade da existência humana, não apenas a dignidade do vivente (agora), mas também a do viver e a possibilidade de tal condição preservar para quem vier depois.²¹⁵

²¹¹ Cármem Lúcia, ADI – 3.510, p. 16.

²¹² Cármem Lúcia, ADI – 3.510, p. 17.

²¹³ Cármem Lúcia, ADI – 3.510, p. 18.

²¹⁴ Cármem Lúcia, ADI – 3.510, p. 18.

²¹⁵ Cármem Lúcia, ADI – 3.510, p. 20.

No mais, reforçou suas argumentações constitucionais em outros ordenamentos de alcance mundial, sobretudo no Pacto de São José da Costa Rica – tratado de direitos humanos firmado pelo Brasil, no seu artigo 4º, que versa igualmente sobre o direito à vida²¹⁶. Não somente, a Declaração dos Direitos sobre o Genoma Humano da UNESCO, precisamente em seus artigos 10 e 11, que versam, sobretudo, acerca dos limites das pesquisas científicas frente à dignidade humana.²¹⁷

Lembra também, como fizeram todos os demais Ministros que acompanharam o voto do relator, que a lei atacada, bem cuidou de estabelecer limites e condições às pesquisas que impedem a desobediência de todos os princípios levantados, de modo a deixar a salvo de qualquer prática condutas que pudessem ultrapassar ou afrontar os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.²¹⁸

Por derradeiro, ao se alinhar inteiramente com as razões do relator, restou chamar a atenção para aplicação de interpretação conforme quanto a palavra “terapia”, incluída no *caput* e no parágrafo 2º do artigo 5º da chamada Lei de Biossegurança, a qual somente poderá se referir a tratamento levado a efeito por procedimentos terapêuticos cuja utilização tenha sido consolidada pelos métodos de pesquisa científica aprovada nos termos da legislação vigente.²¹⁹

Da mesma forma, portanto, se valeu a Ministra das lições interpretativas operadas pelos nossos marcos teóricos, tal como se deu nos votos do relator e da Ministra Presidente, inclusive inovando no sentido de trazer para a decisão, não só tratados de ordem internacional, como também o princípio da “solidariedade entre as gerações”, corroborando, por fim, e em especial, interpretação conforme alinhada aos ditames do pós-positivismo e da nova hermenêutica constitucional.

4.3.5

As razões de decidir do Ministro *Ricardo Lewandowski*.

Em seu voto proferido nesta ADI, o Ministro *Ricardo Lewandowski* proferiu decisão parcialmente procedente, votando de forma favorável às

²¹⁶ Cármen Lúcia, ADI – 3.510, p. 18.

²¹⁷ Cármen Lúcia, ADI – 3.510, p. 31.

²¹⁸ Cármen Lúcia, ADI – 3.510, p. 31.

²¹⁹ Cármen Lúcia, ADI – 3.510, p. 45.

pesquisas com as células-tronco. No entanto, restringiu a realização das pesquisas a diversas condicionantes, conferindo aos dispositivos questionados na lei - tal como a Ministra *Cármen Lúcia* -, interpretação conforme a Constituição Federal.

De início, após inúmeras considerações filosóficas sobre vários aspectos insertos dentro do caso, em outras palavras, chamou atenção para a necessidade da ciência no viver humano; conhecimentos estes aflorados pelos ideais iluministas onde a razão do homem desafiava reinar de forma absoluta. Contudo, alertou que a ciência e a tecnologia, embora tenham, de modo geral, ao longo de sua história, logrado progresso e bem estar para a humanidade, não constituem atividades neutras, nem inócuas quanto aos seus motivos e resultados, nem tampouco detêm o monopólio da verdade, da razão ou da objetividade.²²⁰ Desse entendimento, discorre:

Não é preciso fazer um grande esforço intelectual, nem mergulhar profundamente no passado, para listar os malefícios do uso indevido ou equivocado da ciência e do instrumental técnico por ela desenvolvido. Basta lembrar das atrocidades cometidas em duas Guerras Mundiais, o efeito estufa motivado pela queima de combustíveis fósseis, a contaminação do solo, dos rios e dos oceanos fruto da industrialização desenfreada, o buraco na camada de ozônio, que circunda a Terra, provocado pelo uso descontrolado dos clorofluorcarbonetos (CFCs), empregados em equipamentos de refrigeração, o acidente ocorrido na usina nuclear de Chernobyl, no norte da Ucrânia, resultante do emprego descuidado da energia atômica, das enfermidades causadas em crianças cujas mães tomaram o analgésico e antiinflamatório Talidomida etc.²²¹

Contudo, lembra o Ministro, que após a sedimentação do entendimento quanto à existência de direitos de “primeira”, “segunda” e “terceira” gerações, sendo eles respectivamente: vida, liberdade, propriedade, participação política e etc. (1ª); os do trabalho, previdência social, sindicalização e greve... (2ª); e os da paz, autodeterminação dos povos, desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, patrimônio da humanidade dentre outros (3ª), chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade, cogita-se falar atualmente em direitos de “quarta” geração, decorrentes de novos avanços na tecnologia da informação e da bioengenharia. Esses direitos, com maior projeção no direito internacional, fazem refletir fartos

²²⁰ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski – ADI 3.510, p. 06. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 56 laudas.

²²¹ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 8.

materiais jurídicos que têm a finalidade não só de reger as atividades tecnológicas como também de fiscalizá-las de maneira extremamente rígida.²²²

Assim, os enormes avanços logrados pela ciência e a biotecnologia nas últimas décadas despertam a preocupação da comunidade internacional, que entendeu ser necessário, sem prejuízo da liberdade de pesquisa, estabelecer balizas éticas e jurídicas, de âmbito universal, quanto aos seus fins, resultados e procedimentos.²²³ Dessa forma, cita os diversos ordenamentos internacionais que visam fomentar e proteger os interesses tecnológicos dos homens, dentre tais destacam-se a antiga Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (2003), a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras (1997), a declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial, sobre Princípios Éticos para a Pesquisa Biomédica envolvendo Sujeitos Humanos (1964, e emendada em 1975, 1989, 1993, 1996, 2000 e 2002), a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005), as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (1982, emendadas também em 1993 e 2002), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção sobre Direitos Humanos e Bioética do Conselho da Europa (1997).²²⁴

Numa análise perfunctória de todos esses diplomas, conclui o eminente Ministro na extração de diversos princípios suficientemente capazes de nortear a decisão a ser tomada nesta ADI, dentre eles e em especial, os que visam proteger a dignidade humana e os direitos fundamentais em sua totalidade, consignando ainda, baseado numa ética hipocrática, que os benefícios diretos e indiretos a pacientes, sujeitos de pesquisas e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais indivíduos deve ser minimizado, quando se trate de aplicação e avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e tecnologias associadas.²²⁵

²²² Lewandowski, ADI – 3.510, pp. 11-12.

²²³ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 13.

²²⁴ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 14.

²²⁵ Lewandowski, ADI – 3.510, pp. 16/17.

Lewandowski lembra ainda os termos do artigo 22 “a” Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, que consigna que: “Os Estados devem tomar todas as medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza de modo a implementar os princípios estabelecidos na presente Declaração em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos”.²²⁶

Assim, conclui que “a produção legislativa, a atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional, sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988”.²²⁷

Após toda essa fundamentação internacional acerca dos direitos e deveres no que se refere ao Homem e a Ciência, *Lewandowski* procura tocar num ponto nevrálgico da questão, qual seja: o início da vida humana e sua suposta afronta por parte da lei atacada.

Lembra ele, logo depois de explanar as diversas teorias acerca do início da vida²²⁸, não há como deixar de concluir que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção – tal como as razões do PGR *Cláudio Lemos Fontelles* -, ou seja, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo, isso porque o artigo 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do oócito fecundado em útero materno, estabelece que: “Toda pessoa tem o direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”.²²⁹ Tal norma mereceria prevalência, tal como ocorre em face da precisão legal estampada no artigo 2º Código Civil, que versa sobre o marco inicial de aquisição de direitos, vez que Tratados Internacionais ganharam *status* supralegais, conquanto hierarquicamente inferiores a Constituição Federal.²³⁰

²²⁶ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 17.

²²⁷ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 17.

²²⁸ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 18 e ss.

²²⁹ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 21.

²³⁰ Ver HC 87.585-TO, onde o Ministro Celso de Mello defendeu em seu voto, *status* constitucional para tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e RE 466.343-SP, onde o também Ministro Gilmar Mendes sufragou a tese de que os tratados, nesta seara, teriam estrutura de direito supralegal, ou seja, estariam hierarquicamente acima das leis federais, mas abaixo da Constituição.

Não obstante, conclui o Ministro:

... penso que a discussão travada nestes autos não deve limitar-se a saber se os embriões merecem ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano. Creio que o debate deve centrar-se no **direito à vida** entrevisto como um **bem coletivo**, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano.²³¹

(...)

Assim, cumpre partir do pressuposto de que o **direito à vida** – bem essencial da pessoa humana, sem o qual se quer é possível cogitar de outros direitos – **não pode ser encarado**, ao menos para o efeito da discussão que ora se trava, **sob uma perspectiva meramente individual**, devendo, ao revés, ser pensado como um **direito comum a todos** os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e especialmente, no plano da saúde pública.

De fato, analisar essa magna questão tão-somente sob a perspectiva de um eventual direito à vida dos zigotos produzidos *in vitro*, considerados de per si, pode levar, *data venia*, a posições maniqueístas, conta ou a favor da vida, contra ou a favor das pesquisas científicas, desviando a discussão de seu foco principal, que, segundo penso, deve centrar-se na questão em que se permitirá a manipulação – ainda que revestida das melhores intenções – do patrimônio genético dos seres humanos, tema, a meu ver, de transcendental importância.²³²

Após traçar o panorama internacional acerca do tema e se posicionar sobre o marco inicial da vida que desafia proteção, lembrando ainda prevalecer os valores de uma vida coletiva em detrimento de um entendimento particularizado da mesma, tudo dentro do mais absoluto controle ético-Estatal, no sentido de se evitar qualquer espécie de desvio de conduta que venha a ferir de qualquer forma a dignidade humana, julga parcialmente procedente o pedido inicial, conferindo interpretação conforme e sem redução do texto do artigo 5º da Lei 11.105/2005.

Suas restrições recaem, precisamente, no sentido de que as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão versar sobre embriões humanos inviáveis congelados logo após o início do processo de clivagem celular, advindas de fertilizações *in vitro*, realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para reprodução assistida de mulheres inférteis (*caput*); o conceito de “inviável”, deve compreender apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após o período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos (inciso I); que as pesquisas com embriões humanos congelados sejam admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham seu potencial de

²³¹ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 23.

²³² Lewandowski, ADI – 3.510, p. 24.

desenvolvimento comprometido (inciso II); que a realização destas pesquisas exija o consentimento “livre” e “informado” dos genitores, formalmente exteriorizados (§ 1º); e que os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização (§ 2º).²³³

Pode se notar perfeito alinhamento com todo o conteúdo teórico objeto desta dissertação, sobretudo no aspecto da ponderação de princípios aqui proposta; precisamente quando recai no respeito à vida, a sua dignidade e seus desdobramentos. Numa performance mais filosófica do que legalista, o seu voto demonstrou vasto substrato internacional e ponderações acerca do direito comparado; o Ministro faz referência expressa ao defender a amplitude da dignidade da pessoa humana como norma superior na aplicação das demais que se mostrem necessárias. Verbis:

Humberto D’Ávila, com arrimo nas idéias de Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros, distingue três modalidades de normas jurídicas: As regras, os princípios e os postulados. As primeiras correspondem a comandos que determinam condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas. Já as segundas estabelecem condutas necessárias a consecução de determinados fins. Os **postulados**, por sua vez, **consustanciam verdadeiras metanormas**, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas. A partir desta classificação é possível definir a **dignidade da pessoa humana** como **postulado normativo**, ou seja, **uma metanorma** que confere significados aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, como já assinalado, não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo. E, para que se possa aprender o conteúdo desse postulado é preciso reportasse àquilo que a doutrina alemã denomina de *Menschenbild*, ou seja, a imagem de pessoa que se encontra descrita, de modo amplo, no texto constitucional.²³⁴

4.3.6

As razões de decidir do Ministro *Eros Roberto Grau*.

Eros Roberto Grau, proferindo seu voto proferido na nesta ADI, no sentido de equacionar o mérito da questão sob julgamento, parte do raciocínio

²³³ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 56.

²³⁴ Lewandowski, ADI – 3.510, p. 31.

central lecionado por *Humberto Ávila*²³⁵, fielmente no que se refere à construção normativa a partir dos textos e dos fatos.²³⁶ Nesse sentido, passando por *Lassale*²³⁷, assevera:

Tenho reiteradamente insistido em que o interprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da *dimensão textual* para a *dimensão normativa*.²³⁸

Após esta importante marcação, assevera que o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei 11.105, não opõe ciência e religião, mas sim religião e religião, como comprovam os diversos discursos que acabam fugindo do foco controvertido, ou acobertando desejos futuros moralmente reprováveis.²³⁹

Se a questão central é a inviolabilidade ou não do direito à vida, pondera o Ministro, lembrando o artigo 1º da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, que estabelece que “as pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. Na mesma linha, o novel diploma Civil, no seu artigo 2º, quando a lei lhe resguarda, quando “...põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.²⁴⁰

Ora, em que pese tais fundamentos, lembra ainda que a proteção do nascituro já era assegurada pelo direito justinianeu. Prevista nas Ordenações Filipinas e Afonsinas, foi definitiva e expressamente consagrada no artigo 4º do Código Civil de 1916. “*Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege*

²³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª ed., Malheiros, 2009, p. 30.

²³⁶ Vale lembrar que o Ministro Eros Grau foi quem subscreveu o prefácio da obra *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª edição, 2009, do Professor Humberto Ávila, onde teceu imperativa indispensabilidade de leitura.

²³⁷ LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Lumen Júris, 2001.

²³⁸ Voto do Ministro Roberto Eros Grau – ADI 3.510, pp. 1-2. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos próprios autos, em arquivo PDF contendo 12 laudas.

²³⁹ Grau, ADI - 3.510, p. 2

²⁴⁰ Grau, ADI - 3.510, p. 4.

cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça caráter de pessoa”.²⁴¹

Ademais, prossegue *Eros Grau*, o nascituro não deve ser protegido somente pela ordem jurídica, a sua dignidade humana, preexistindo ao fato do nascimento, deve lhe conferir também titularidade de direitos adquiridos. No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja.²⁴² Podem receber doações (Código Civil, art. 542); figurar em disposições testamentárias (art. 1.799) e serem adotados (art. 1.621).²⁴³

Portanto, conclui-se que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento, afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Contudo, adverte, o nome “embrião”, poderá, em diversos contextos, estar a conotar outros significados, pois as palavras são potencialmente ambíguas e imprecisas.²⁴⁴

Ora, o vocábulo “embrião” aponta, em estado de dicionário, “ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intra-uterino”. No contexto do artigo 5º da Lei 11.105/2005, “embrião” é óvulo fecundado fora de um útero – fertilizados *in vitro* – de onde são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito legal²⁴⁵. Então, conclui finalmente:

Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, *embrião* não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. *Embrião* é aí, no texto legal, *óvulo fecundado* congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se que a vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.

Nos *embriões* [tomo o vocábulo em sentido corrente] sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é porque abrigado em um útero.

(...)

Não há vida no *óvulo* fecundado fora do útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/05 chama de *embrião*. A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado.

²⁴¹ Grau, ADI - 3.510, p. 4, Clóvis Beviláqua, citado por CARVALHO SANTOS, in *Código Civil brasileiro interpretado*, cit., p. 246.

²⁴² Grau, ADI - 3.510, p. 5, citando Pontes de Miranda, *Código Civil – Esboço*, Ministério da Justiça, Brasília, 1983, p. 9.

²⁴³ Grau, ADI - 3.510, p. 5.

²⁴⁴ Grau, ADI - 3.510, p. 6.

²⁴⁵ Grau, ADI - 3.510, p. 7.

Por isso não tem sentido cogitarmos, em relação a esses “embriões” do texto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana.²⁴⁶

Não obstante essa conclusão, ressalta a indispensável atenção a severos limites legais que devem ser impostos na esteira desta autorização judicial²⁴⁷. Nesse sentido, na linha dos ministros *Menezes Direito* e *Ricardo Lewandowski*, o Ministro *Eros Grau* votou pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, com três ressalvas. Primeiro, que se crie um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas. Segundo, que sejam fertilizados apenas quatro óvulos por ciclo e, finalmente, que a obtenção de células-tronco embrionárias seja realizada a partir de óvulos fecundados inviáveis, ou sem danificar os viáveis²⁴⁸.

Há de se notar que as razões de decidir do Ministro *Eros Roberto Grau* guardam inegável consonância com os preceitos doutrinários de *Humberto Ávila*, sobretudo na lógica interpretativa de que hoje se desfia a atividade judicial. A construção de uma norma individual do caso concreto certamente passa pelo texto normativo, mas se agiganta de maneira notável na racionalidade da argumentação e na interpretação sistematizada de todo o ordenamento, principalmente no que se refere aos princípios constitucionais.

4.3.7

As razões de decidir do Ministro *Joaquim Barbosa*.

Ao acompanhar integralmente o voto do relator pela improcedência da ação, o Ministro *Joaquim Barbosa* ressaltou que a permissão para a pesquisa com células embrionárias prevista na Lei de Biossegurança não recai em inconstitucionalidade.

No início de seu voto, o Ministro rapidamente tratou de assentar seu posicionamento quanto à questão posta nos autos, entendendo não haver que se indagar ou decidir, a Corte, acerca do momento em que se inicia a vida humana. Para ele, ficou claramente demonstrado nos diversos debates que nem mesmo a

²⁴⁶ Grau, ADI - 3.510, pp. 7-8.

²⁴⁷ Grau, ADI - 3.510, p. 9 e ss.

²⁴⁸ Grau, ADI - 3.510, pp. 11-12.

ciência seria capaz de afirmar, com precisão, o momento exato em que se inicia a vida, ou, ainda, que há vida²⁴⁹.

Com efeito, continua o Ministro, “o ponto nodal da presente ação direta, a meu sentir, consiste em verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela nossa Constituição Federal de 1988 é legítima”²⁵⁰. Em outras palavras, se a opção do legislador ordinário, materializada no artigo 5º da Lei 11.105/2005, está ou não de acordo com a vontade da constituição? E a resposta é positiva, como se demonstra adiante:

Conforme acentuei em outra oportunidade, “a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio” (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental²⁵¹.

Em resumo, *Joaquim Barbosa* opera verdadeira ponderação de valores diante de um mesmo caso envolvendo diversos atores, tal como vimos em *Dworkin* e *Ávila*. Nesse sentido:

Em outros termos, temos, de um lado, a tutela dos direitos ao embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresses dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. Nessa ponderação de valores referente ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida –, o legislador brasileiro deu primazia a vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.²⁵²

Lembra ainda que a lei sob ataque traz apenas uma “permissão”, e não uma “imposição” aos casais de se submeter processo de fertilização; faculdade individual submetida a diversas condições expressas nos demais incisos e parágrafos²⁵³. Assim, acredita que a lei respeita os três primados fundamentais da

²⁴⁹ Voto do Ministro Joaquim Barbosa – ADI 3.510, p. 01. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 14 laudas.

²⁵⁰ Joaquim Barbosa, ADI – 3.510, p. 1.

²⁵¹ Joaquim Barbosa, ADI – 3.510, p. 2.

²⁵² Joaquim Barbosa, ADI – 3.510, p. 4.

²⁵³ Joaquim Barbosa, ADI – 3.510, pp. 4-5.

República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: 1) a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), com o completo afastamento do Estado no professamento religioso, traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), que demonstra a completa liberdade de crença e suas práticas, no sentido de o cidadão se posicionar religiosamente acerca das dúvidas que circundam a vida e a morte; 2) o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º caput), ou seja, a livre e consciente vontade do cidadão de dirigir sua vida como melhor lhe aprouver, sem violar direitos alheios, consubstanciando verdadeira prática da dignidade humana e; 3) o respeito a liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX), o que permite à sociedade, de um modo geral, buscar seu desenvolvimento dentro, certamente, de práticas lícitas²⁵⁴.

Por todo o exposto, e após se valer do direito comparado para justificar a necessária autorização para as pesquisas biológicas, o Ministro *Joaquim Barbosa* acompanha integralmente o voto do relator e daqueles que o acompanharam, sem, contudo, deixar de lembrar do papel da Constituição Federal como guardião dos direitos e garantias fundamentais, cujo dever é de proteger a democracia, a liberdade de crença religiosa e a liberdade de investigação científica²⁵⁵.

4.3.8

As razões de decidir do Ministro *Cezar Peluso*.

Em resumo, o Ministro *Cezar Peluso* proferiu voto favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias. Para ele, essas pesquisas não ofendem o direito à vida, porque os embriões congelados não se equivalem a pessoas. Ele chamou atenção para a importância de que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas e ressaltou a necessidade de o Congresso Nacional aprovar instrumentos legais para tanto.

De antemão, critica certos aspectos tratados dentro da ADI, inclusive pelos próprios colegas de colegiado, no sentido de se discutir a existência ou não de vida humana concebida *in vitro*, sob argumentos articulados em normas infraconstitucionais. Segundo ele, não há como considerar recursos hermenêuticos

²⁵⁴ Joaquim Barbosa, ADI – 3.510, pp. 5-7.

²⁵⁵ Joaquim Barbosa, ADI – 3.510, pp. 13-14.

tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de normas subalternas. Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituem *quaesito iuris* da causa, devem ser reconstruídos, senão construídos, nos supremos limites materiais do ordenamento constitucional²⁵⁶, vez que tais conceitos – vida e morte –, tratados ou concluídos em legislações extravagantes, baseiam-se em técnica normativo-operacional, sendo, tão somente, uma “ficção jurídica”.²⁵⁷

Contudo, centra a questão afirmando que a pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela Constitucional da vida se aplica, na integridade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados²⁵⁸. Nesse sentido, ele mesmo conclui afirmando que o vocábulo “vida”, constante no art. 5º da CF, não pode dissociar-se do pressuposto de sua “condição humana”. Quando se refere a “todos”, brasileiros e estrangeiros aqui residentes - que são iguais perante a lei - a Constituição cuida, a toda a evidência, de seres humanos “videntes”²⁵⁹.

Destarte, se há de ser “vidente” o destinatário de direitos fundamentais, como ficaria resolvida a tese inicial da totipotência dos embriões como vida humana – também videntes - e passíveis, portanto de se desenvolverem? Responde o Ministro:

Em suma, a potência ou potencialidade que, deveras, existe no zigoto, enquanto capacidade para se modificar de tal forma que possa perfazer todas as determinações do programa de um ciclo vital que ainda se mantêm apenas virtuais, deve entendida em sentido mais restrito, que não basta para a identificar ou definir como vida pré-natal, nem para reivindicar-lhe à substancia, por equivalência ou analogia, o estatuto ético e jurídico de pessoa²⁶⁰.

Peluso então assenta o entendimento de que “vida”, num sentido agasalhado pela Constituição, detentora de direitos fundamentais, não deve ser entendida enquanto apartada de uma “pessoa”; figura esta igualmente concluída em texto constitucional. Ademais, tal junção há de ser traduzir num “processo” ocorrido eminentemente em abrigo materno, sem o qual não se teria como medir ou ponderar os limites de determinada proteção. Nesse sentido:

²⁵⁶ Voto do Ministro Cezar Peluso – ADI 3.510, p. 5. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos próprios autos, em arquivo PDF contendo 50 laudas.

²⁵⁷ Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 3.

²⁵⁸ Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 10.

²⁵⁹ Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 11.

²⁶⁰ Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 21.

Nenhum dos muitos e ilustres cientistas ouvidos de um modo ou noutro nesta causa, favoráveis ou contrários à promoção de pesquisas com células-tronco de embriões, negou que o fenômeno *vida* se apresenta e define, em substância, tipicamente como *processo*. Dos debates relevo, sobretudo dentre os ferrenhos opositores das investigações, que **LENISE MARTINS GARCIA**, para descrever a idéia básica de vida, aludiu à existência de “*diferentes fase*” do “*ciclo da vida*”, reconhecendo-lhe caráter cinético e concordando em que, “*para o embrião humano ir à frente, ele precisa estar no útero, precisa ser implantado*”. **CLÁUDIA DE CASTRO BATISTA** asseverou, textualmente, que “*a vida humana é um processo contínuo, coordenado e progressivo. A partir da fecundação, do óvulo com o espermatozóide, acontece, logo em seguida, a primeira divisão e assim consecutivamente (...). Portanto, é a fecundação que permite que o desenvolvimento seja disparado e prossiga por si mesmo*”. **ANTÔNIO JOSÉ EÇA**, também adversário das pesquisas, acentuou que “a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no memento da concepção.” Foi ainda mais incisiva **ELIZABETH KIPMAN CERQUEIRA**, ao advertir que ser vivo é “*aquele que tem um início, segue processos (...) até sua morte. (...) É aquele ser que tem um início, a partir de seu próprio potencial, da sua ipseidade, da sua imanência, daquilo que lhe é próprio, desenvolve-se num programa recebido através de um material genético*”. E, logo mais adiante, referiu-se à vida como “*processo de autoconstrução e autodesenvolvimento, (...), ontogênese*.” E, por não alongar escólios em vão, **ANTONIO CAMPOS DE CARVALHO** condensa as opiniões de igual conteúdo, notando: “*não pretendo discutir a questão sobre a origem da vida. Conforme dito por vários colegas que me precederam, tanto a favor quanto contra as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, entendo que a vida é um contínuo*”.²⁶¹

Assim, definindo os parâmetros de seu voto, *Peluso* precisa três fatores determinantes para o deslinde de seu entendimento acerca da possibilidade das pesquisas. A um, que não se verifica a fluência necessária para caracterização da vida como movimento autógeno. A dois, que a origem da matéria-prima genética considerada tem sua concepção *in vitro*. E a três, por fim, que tampouco se dá interrupção do curso da vida, porque, antes de este começar no ventre materno, lhe adveio a suspensão do processo pelo congelamento.²⁶²

Assenta, por fim, no mesmo ato de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade, a imperiosa necessidade de controle rigoroso das pesquisas científicas, agora, às margens da autorização. Limitações estas manejada por interpretação conforme a Constituição²⁶³. Sua decisão, contudo, não deixa de reconhecer o postulado da dignidade humana aos embriões excedentes, conquanto não sejam pessoas. Senão vejamos, verbis:

²⁶¹ Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 23.

²⁶² Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 39.

²⁶³ Cezar Peluso, ADI – 3.510, p. 45 e ss.

Prefiro confrontar a lei impugnada com a Constituição, porque, já antecipei, entendo provenha diretamente dela, ainda que em grau o predicamento mais reduzido em comparação com os das pessoas, o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada a sua dignidade própria de matriz da vida humana. Noutras palavras, estou em que os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de retilínea imposição constitucional. E o fundamento intuitivo dessa convicção é a dimensão constitucional é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), enquanto supremo valor ético e jurídico, de que, posto não cheguem a constituir equivalente moral de pessoa, compartilham os embriões na medida e na condição privilegiada de única matéria-prima capaz de, como prolongamento, reproduzir e multiplicar os seres humanos, perpetuando-lhes a espécie.²⁶⁴

Seu voto, vale a pena registrar, apesar de criticar e apontar critérios hermenêuticos dos quais diverge, ou seja, àqueles que escapam do âmbito constitucional, sem no entanto deste afastar, guarda consonância naquilo que referimos em *Canotilho* e *Linares Quintana* no capítulo 4 desta dissertação, sobretudo no ponto que se refere a interpretação constitucional.

4.3.9

As razões de decidir do Ministro *Marco Aurélio de Mello*.

O Ministro *Marco Aurélio de Mello* acompanhou integralmente o voto do relator – o Ministro *Carlos Ayres Britto*. Considerou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança, impugnado na ADI 3.510, encontra-se em perfeita harmonia com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º, bem como o que informa e induz o “princípio da razoabilidade”. O artigo 1º estabelece, em seu inciso III, o direito fundamental da dignidade da pessoa humana e o artigo 5º, *caput*, prevê a inviolabilidade do direito à vida.

Ele também advertiu para o risco de o STF assumir o papel legiferante, ao propor restrições a uma lei que, segundo ele, foi aprovada com apoio de 96% dos senadores e 85% dos deputados federais e 95% da opinião pública, o que sinaliza, *a priori*, a sua legitimidade, futura eficácia e “razoabilidade”²⁶⁵

O Ministro observou que não há, quanto ao início da vida, baliza que não seja simplesmente opinativa, historiando conceitos, sempre discordantes, desde a

²⁶⁴ Cezar Peluso, ADI – 3.510, pp. 40-41.

²⁶⁵ Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello – ADI 3.510, p. 4. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 16 laudas.

Antiguidade até os dias de hoje.²⁶⁶ Para ele, num enfoque biológico, “o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade antes referida, e essa inexistente sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, gestação humana”²⁶⁷. Em outras palavras, que, o início da vida não pressupõe só a fecundação, mas a viabilidade da gravidez e consequentemente a gestação humana.

Chegou a observar ainda que, dizer que a Constituição protege a vida uterina, já é discutível, quando se considera o aborto terapêutico ou o aborto de filho gerado com violência.²⁶⁸ E concluiu que a possibilidade jurídica depende do nascimento com vida. Por fim, disse que jogar no lixo embriões descartados para a reprodução humana seria um gesto de egoísmo e uma grande cegueira, quando eles podem ser usados para curar doenças.²⁶⁹

Como fundamento maior de suas razões, *Marco Aurélio* ressalta, além do princípio da “razoabilidade”, também o da “solidariedade”, lembrando que é fundamento da República a dignidade da pessoa humana, e, pelo que se encontra previsto no artigo 5º da Lei 11.105/2005, objetiva-se, acima de tudo, avançar no campo científico visando a preservar esse fundamento; devolvendo às pessoas acometidas de enfermidades ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória.²⁷⁰

Dessa maneira, finaliza o raciocínio questionando:

A óptica dos contrários às pesquisas não merece prosperar, distanciando-se de noção humanístico-racional. Sob o ângulo prático, sob o ângulo do tratamento igualitário, tão próprio a sociedade que se diga democrática, a conclusão sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º em análise prejudicará, justamente, aqueles que não tem condições de buscar, em outro centro no qual verificado o sucesso de pesquisas com células-tronco, o tratamento necessário. Será que tudo isso interessa à sociedade brasileira?²⁷¹

Por seguir integralmente o voto do relator, sem qualquer ressalva, *Marco Aurélio* se valeu das mesmas razões e comparações daquele voto. Contudo, trouxe finalmente ainda do direito comparado um extenso rol de outros Estados²⁷²

²⁶⁶ Marco Aurélio, ADI – 3.510, p. 5.

²⁶⁷ Marco Aurélio, ADI – 3.510, p. 9.

²⁶⁸ Marco Aurélio, ADI – 3.510, pp. 9/10.

²⁶⁹ Marco Aurélio, ADI – 3.510, p. 10-12.

²⁷⁰ Marco Aurélio, ADI – 3.510, p. 11.

²⁷¹ Marco Aurélio, ADI – 3.510, pp. 12/13.

²⁷² África, Alemanha, Austrália, China, Cingapura, Coreia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Índia, Israel, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Suíça e Turquia

que, com legislações próprias, lograram o mesmo entendimento quanto à autorização para pesquisas.

Assim, julgou improcedente o pedido formulado na inicial, assentando a harmonia do artigo 5º da lei atacada com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º e com o princípio da razoabilidade.²⁷³

4.3.10

As razões de decidir do Ministro *Celso de Mello*.

O Ministro acompanhou o relator pela improcedência da ação. O Estado não pode ser influenciado pela religião. Segundo ele, “O luminoso voto proferido pelo eminente ministro Carlos Britto permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado”.²⁷⁴

Seu voto foi marcado fortemente em considerações quanto à questão religiosa que afeta o entendimento da matéria sob julgamento.

Num juízo *a priori*, o eminente Ministro não questiona a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. Reconhece, ainda, para além da adesão a quaisquer artigo de fé, que o direito à vida reveste-se em uma significação mais profunda; de um sentido de inegável fundamentalidade, não importando modelos políticos, sociais ou jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, pois, qualquer que seja o momento histórico, o valor incomparável da “pessoa humana” representará sempre o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais. Nesse mesmo sentido, ressalta por irrecusável, a essencialidade que assume, em nosso sistema jurídico e como fator estruturante do nosso sistema estatal, a dignidade da pessoa humana²⁷⁵. Quanto a esta, tal como asseverou

²⁷³ Marco Aurélio, ADI – 3.510, p. 16.

²⁷⁴ Voto do Ministro Celso de Mello – ADI 3.510, p. 38. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos próprios autos, em arquivo PDF contendo 38 laudas.

²⁷⁵ Celso de Mello, ADI – 3.510, p. 4.

Ávila²⁷⁶, a revela como verdadeira ferramenta na conformação de todos os demais direitos que da vida decorre. Assim:

Com efeito, o postulado da dignidade da pessoa humana – considerada a essencialidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – representa significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.²⁷⁷

Prosseguindo na fundamentação do Ministro, torna-se correto assinalar que vários podem ser os inícios da vida humana, tal seja a opção que se faça por qualquer das formulações teórico-científicas ou teses que buscam estabelecer conceitos bioéticos sobre o início da vida individual. Nesse sentido, seriam as teses da genética, da embriologia, da neurologia, etc²⁷⁸. Não somente isso, várias são as visões religiosas acerca do mesmo tema; como exemplos, a posição do catolicismo, do islamismo, do budismo, do judaísmo²⁷⁹. Contudo, se não há um conceito geral socialmente sedimentado, nem tampouco o ordenamento jurídico desse se desincumbiu pelas mãos do legislativo, resta para o Direito a ponderação de interesses de diversas dessas orientações colidentes. Em suas palavras:

Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude de liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura e a recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) e ao respeito à dignidade da pessoa humana – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais...²⁸⁰

Então finaliza quanto ao cerne da questão:

Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecida tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que põe em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por milhões de pessoas

²⁷⁶ Capítulo 4.

²⁷⁷ Celso de Mello, ADI – 3.510, p. 4.

²⁷⁸ Celso de Mello, ADI – 3.510, p. 20 e ss.

²⁷⁹ Celso de Mello, ADI – 3.510, pp. 25-26.

²⁸⁰ Celso de Mello, ADI – 3.510, pp. 32/33.

afetadas por patologias graves e irreversíveis, cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico – das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.²⁸¹

Depois de se fundamentar em inúmeros tratados de ordem internacional²⁸², pedindo *venia*, julga a ação improcedente, seguindo inteiramente o voto do Ministro *Ayres Britto*, sem qualquer restrição, confirmando a plena validade constitucional do art. 5º da Lei de Biossegurança.

4.3.11

As razões de decidir do Ministro *Gilmar Mendes*.

Gilmar Mendes julgou improcedente a presente ADI, conferindo, também, interpretação conforme a constituição sem contudo alterar qualquer dispositivo da lei atacada. Para o Ministro, o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional. Todavia, defendeu que a Corte deixasse expresso em sua decisão a ressalva da necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde. Sua decisão, em síntese, se baseou nos princípios da “proporcionalidade” e da “responsabilidade”.

Seus argumentos fundamentais também encontram todo o substrato de *Dworkin*²⁸³ e *Ávila*²⁸⁴. De primeiro, no seu sentir, a delimitação do âmbito de proteção do Direito fundamental à vida e à dignidade humana, bem como as decisões afetas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião; temas estes objetos de discussões seculares sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta²⁸⁵. Assim, de notar que o debate democrático acerca do objeto desta ação (utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia – Lei 11.105/2005), especificamente do seu artigo 5º, não se encerrou nessa casa parlamentar; tal discussão sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se na Corte com grande intensidade,

²⁸¹ Celso de Mello, ADI – 3.510, p. 34.

²⁸² Celso de Mello, ADI – 3.510, p. 35 e ss.

²⁸³ Capítulo 3.

²⁸⁴ Capítulo 4.

²⁸⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes – ADI 3.510, p. 02. Necessário registrar que este material que nos serve de fonte, se trata de reprodução do original obtido nos meios eletrônicos (internet), em arquivo PDF contendo 36 laudas.

tendo como marco fundamental a racionalidade argumentativa e procedimental indispensáveis a uma Jurisdição Constitucional²⁸⁶.

Adentrando no campo da discussão central quanto à violação do direito à vida, *Gilmar Mendes* assevera que para a decisão, não há necessidade de se adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. Seriam questões transcendentais que pairam pelo imaginário humano sem qualquer posicionamento preciso definido por qualquer campo do nosso conhecimento. Não seria possível, portanto, vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular.²⁸⁷

Partindo dessa premissa, assenta o Ministro, que “a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever”²⁸⁸. Para tanto, ressalta o princípio da “responsabilidade”, que, segundo ele, nas lições de *Hans Jonas*²⁸⁹, contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder²⁹⁰. Não somente isso, ressalta ainda o necessário exercício da “proporcionalidade”, tal como expressamos nos ensinamentos do professor *Humberto Ávila*²⁹¹.

De forma contundente se insurgiu o Ministro quanto à vaguidão da lei atacada, bem como a pobreza de seus preceitos, razão pela qual se desafia aplicação dos princípios acima mencionados, sobretudo o último deles²⁹². Assevera, portanto, que numa análise comparativa do artigo 5º da referida Lei de Biossegurança com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto, pode se demonstrar que, de fato, a nossa legislação é deficiente no tratamento normativo

²⁸⁶ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 5.

²⁸⁷ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 6.

²⁸⁸ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 7.

²⁸⁹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006, p. 57

²⁹⁰ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, pp. 7-8.

²⁹¹ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 10.

²⁹² Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 12.

das pesquisas com células-tronco, e, portanto, não guarda consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente.²⁹³

Após demonstrar exaustivamente todo o arcabouço normativo do direito comparado, precisamente as codificações da Alemanha, da Austrália, da França, da Espanha e do México, constata-se não somente a diferença quanto à exaustão da matéria, mas sobretudo que tais legislações são extremamente mais rigorosas e, portanto, mais responsáveis na regulação do tema quanto as pesquisas.²⁹⁴

Por todas estas razões, julgou improcedente o pedido inicial, declarando a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005, em sua totalidade, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos e produzidas por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Dworkin e *Ávila* fundamentaram fortemente as razões de *Gilmar Mendes*; principalmente no tocante a questões de ordem moral e política, e na estrutura lógica da argumentação de diversos valores envolvidos. Não prevaleceu qualquer análise no tocante à vida humana, sua dignidade e seus marcos temporais. O eminente Ministro se ateve tão somente na responsabilidade Estatal no que tange aos seus mistérios enquanto guardião dos direitos fundamentais²⁹⁵, e na proporcionalidade (razoabilidade) entre meios e fins, como justificativa e ponderação na busca das soluções para os anseios da nossa sociedade.

²⁹³ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 16.

²⁹⁴ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 26.

²⁹⁵ Gilmar Mendes, ADI – 3.510, p. 13.