

29/05/2008

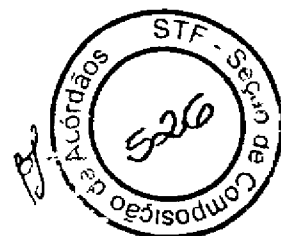

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL
INTDO. (A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO. (A/S) : CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH
ADV. (A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS
INTDO. (A/S) : MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE
ADV. (A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO
INTDO. (A/S) : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS
HUMANOS E GÊNERO
ADV. (A/S) : DONNE PISCO E OUTROS
ADV. (A/S) : JOELSON DIAS
INTDO. (A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO
BRASIL - CNBB
ADV. (A/S) : IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE



ADI 3.510 / DF

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito 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



ADI 3.510 / DF

significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para



ADI 3.510 / DF

se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("*in vitro*" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "*in vitro*". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "*in vitro*" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para



ADI 3.510 / DF

extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa

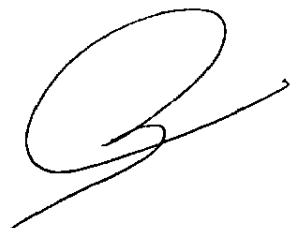


ADI 3.510 / DF

humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidacão no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA



ADI 3.510 / DF

LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se



ADI 3.510 / DF

refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente.

Brasília, 29 de maio de 2008.



AYRES BRITTO

-

RELATOR

05/03/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

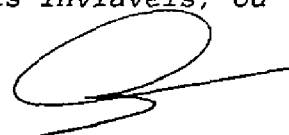
RELATOR : **MIN. AYRES BRITTO**
REQTE. (S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQDO. (A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADV. (A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQDO. (A/S) : CONGRESSO NACIONAL
INTDO. (A/S) : CONECTAS DIREITOS HUMANOS
INTDO. (A/S) : CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH
ADV. (A/S) : ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS
INTDO. (A/S) : MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE
ADV. (A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO
INTDO. (A/S) : ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA DIREITOS
HUMANOS E GÊNERO
ADV. (A/S) : DONNE PISCO E OUTROS
ADV. (A/S) : JOELSON DIAS
INTDO. (A/S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO
BRASIL - CNBB
ADV. (A/S) : IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR)**

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 ("Lei da Biossegurança"), de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

"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



ADI 3.510 / DF

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."

2. O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam "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" (fl.12).

3. Em seqüência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação", desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um "ser humano embrionário"; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe



ADI 3.510 / DF

propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

4. De sua parte, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Para tanto, acata, por inteiro, peça jurídica da autoria do professor e advogado público Rafaelo Abritta. Peça que também mereceu a irrestrita adesão do ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado Geral da União, e da qual extraio o seguinte e conclusivo trecho: *"com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente"* (fl. 115). A mesma conclusão, registre-se, a que chegou o Congresso Nacional em suas informações de fls. 221/245.

5. Não é, todavia, como pensa o atual Chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando de Souza, que, atuando na condição de fiscal do Direito (*custos juris*), concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob a alça de mira da presente ação direta. Assim procedeu mediante aprovação de parecer da lavra do mesmo professor Cláudio Fonteles.



ADI 3.510 / DF

6. Prossigo para anotar que aditi no processo, na posição de "amigos da Corte" (*amici curiae*), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO - ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB. Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.

7. Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, **determinei a realização de audiência pública**, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de



ADI 3.510 / DF

experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal¹. Dando-se que, no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas *agitados* nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar. Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.

8. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substancial audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas:

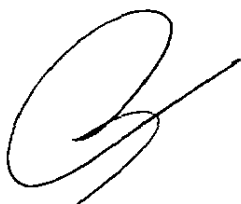
I - uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de

¹ Art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868/99 - "Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria".



ADI 3.510 / DF

auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de *habitat*, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobremais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou u'a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalho de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo



ADI 3.510 / DF

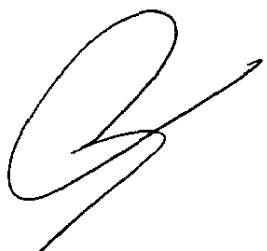
em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão-somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano nativivo). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a idéia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II - a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos



ADI 3.510 / DF

os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explanações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da



ADI 3.510 / DF

gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher - e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo - como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que "Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia" (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V).

9. Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar à luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dr^a **Mayana Zatz**, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dr^a **Lenise Aparecida Martins Garcia**, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista:

"Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante



ADI 3.510 / DF

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 entenda a diferença".

10. Já a Dr^a Lenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras:

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

11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o



ADI 3.510 / DF

tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e **uníssono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios**. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-
●onco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório.

12. É o relatório.



05/03/2008

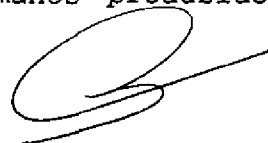
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALV O T O**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator)**

De partida, assento a legitimidade do Procurador Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea **a** do inciso I do art. 102 da Constituição.

14. No mérito, e conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como "Lei de Biossegurança". Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado passar de olhos sobre as suas questionadas inovações. Ei-los:

"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

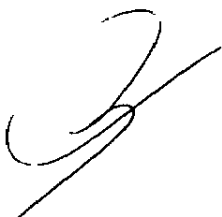
II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 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 ("Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa")."

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos deontológicos, a saber:



I - a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as "células-tronco embrionárias"; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocito, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extracorpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: "O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados,



senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabete melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas"¹;

II - a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes **e cumulativas condições** para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não-aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não-viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, "O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles

¹ Texto de Marco Antonio Zago, inserido na coletânea "Células-tronco, a nova

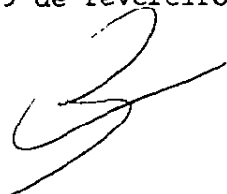


é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica²); c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda - interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido *in vitro*, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;

III - o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente, com

fronteira da medicina", Atheneu editora, p. 110, ano de 2006.

² Em "O STF e as células-tronco", jornal "Correio Braziliense", coluna "Opinião", edição de 29 de fevereiro de 2008).



células-tronco embrionárias, o que redundará na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;

IV - por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano" (art. 15, *caput*, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado "biodireito" (ver, no particular, o livro "Reprodução Assistida - Aspectos do Biodireito e da Bioética", da autoria de Roberto Wider, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

16. Daqui se infere - é a minha leitura - cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da



medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião *in vitro*). Noutra dizer, o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano *in vitro*³.

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme

³ Lê-se em Luís Roberto Barroso que "A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado" (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008).



(a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal "ISTO É" de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94). Por conseguinte, **linhas de pesquisa que não invalidam outras**, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuopatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os "brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves", segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de 10 a 15 milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da "MOVITAE - Movimento em Prol da Vida") aponta como oriundos da seguinte fonte: "Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226".

18. Ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se



vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, "se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano" (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 - ano 41 - n°9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes.

19. Falo "pessoas físicas ou naturais", devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de "personalidade civil", *literis*: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria "natalista", portanto, em oposição às teorias da "personalidade condicional" e da



"concepcionista"). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

*"Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)"*⁴.

20. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível *a olho nu* e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e *nominalizado* sujeito perante o Direito. **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica**. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de



sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de "deveres", propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

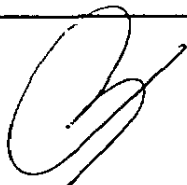
21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu *nominalizado* registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. **Indivíduo-pessoa**, conseqüentemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém *criacionista* ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: **vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.**

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa

⁴ Em "Curso de Direito Constitucional Positivo", 20ª edição, p. 196, Malheiros



humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém.** De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar a referência do seu art. 5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita acepção de "nascidos", conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12).



23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da "criança", como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intra-uterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade". Pelo que somente é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extra-uterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural**. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana **é de um silêncio de morte** (permitem-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do



homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, verbis:

"Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana.

Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a



resumiria eurísticamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida".

(fls. 1.118/1.119)

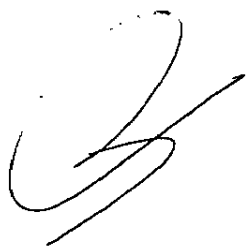
25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano **é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano**, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro "Domínio da Vida" (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de



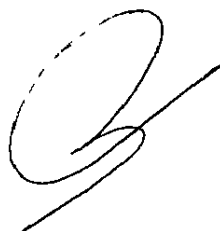
frustração com a falência ou *bancarrota* do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem:

"Como afirmei, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico - a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância - e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém - o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido".

(p. 122)



26. Sucede que - este o *fiat lux* da controvérsia - a dignidade da pessoa humana **é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do nascituro" (do latim "nasciturus"); **que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento**. Se se prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento**. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro". Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (*in* Direito Civil, ano de 2001, p. 36): "Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno".



27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto" (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" (aborto terapêutico); se "a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal" (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo "gestante" para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino**. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercursos sexual para eclodir.

28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal



seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo "em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): "O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo DA FAMÍLIA, com a seguinte preocupação: 'sugere normas de proteção à vida **desde sua concepção**'"⁵. Sugestão de nº 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo

⁵ Refiro-me ao texto, ainda inédito, que Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o

então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego "meta" a significar, aqui, u'a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana,** passando necessariamente por essa entidade a que chamamos "feto". Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa

título de "O CONSTITUINTE, A CONSTITUIÇÃO E A INVIABILIDADE GENÉTICA DO POSITIVISMO LÓGICO", elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembléia Nacional Constituinte, disponível no site do Senado Federal.



humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como "a medida de todas as coisas", na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que "O homem é sozinho a casa da humanidade". E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema "TABACARIA":

"Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

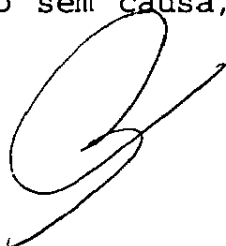
À parte isso, tenho em mim

todos os sonhos do mundo".

30. Por este visual das coisas, **não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóiide masculino.** Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: **um mais um, igual a um,** segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.



31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de "célula-ovo" ou "célula-mãe", em português, e de "célula-madre", em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou *indecidibilidade*), **mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivamente



de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana *intra-uterina* e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades⁶.

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às pp. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de "Células-Tronco, A Nova Fronteira de Medicina" (já o dissemos em nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas⁷. Glossário que reproduz nos seguintes verbetes:

"Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos

⁶ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª edição, págs. 269/273.

⁷ Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de



de um indivíduo adulto) que cresce *in vitro* na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos”;

“Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados”;

“Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral”;

“Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento”.

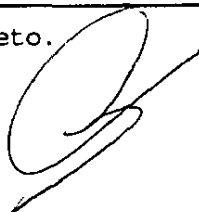
33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual.** Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização *in vitro*”, tanto na expressão vocabular do

pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do



diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana.** A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana.** Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro,** pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece - insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozóide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial - também já foi ressaltado -, **mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia.** Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha "mais ou menos grávida" (a gravidez é



radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma producente trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva.** Impossível de um reprodutivo "desenvolvimento contínuo", ao contrário, *data venia*, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que "uma andorinha só não faz verão". Pois o certo é que, à falta do *húmus* ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria *linha de partida genética*. Não tem como



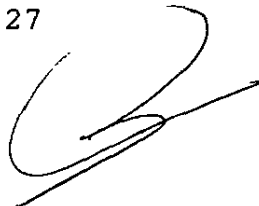
26

alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela "nidação" que já é a *ante-sala* do feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado)⁸:

"Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, vão restringindo sua capacidade de diferenciação".

(ob. cit., pp. 3 e 4, sem destaque no original)

⁸ Lê-se em Cláudio Fonteles (*"A vida humana é dinamismo essencial inesgotável"*, p. 1): "A vida humana é **dinamismo essencial**. Na fecundação - união do espermatozóide com o óvulo - e a partir da fecundação a célula autônoma - zigoto - que assim surge, por movimento de dinamismo próprio, independente de qualquer interferência da mãe, ou do pai, realiza a sua própria constituição, bipartindo-se, quadripartindo-se, no segundo dia, no terceiro dia, e assim por diante.



36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado *in vitro*, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, **o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana**; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Donde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929):

"A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de

embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”;

“Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação”.

37. Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento *externa-corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da “auto-replicação”), poderiam experimentar com o tempo o risco de u’a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido potipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares. Dejetos tanto mais numericamente incontroláveis quanto



inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e seus produtos finais⁹.

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ela: **há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro?** Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

39. Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de "família". Família de pronto qualificada como "base da sociedade" e merecedora da "proteção especial do Estado" (caput do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por

⁹ De se registrar que a presente ação direta não impugna o descarte puro e simples de embriões não aproveitados "no respectivo procedimento". A impugnação é quanto ao emprego de células em pesquisa científica e terapia humana.



forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.ºs. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4.º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de *monoparental*. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do **"planejamento familiar"**. Mais exatamente, planejamento familiar que, **"fruto da livre decisão do casal"**, é **"fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável"** (§ 7.º desse emblemático artigo 226, negritos à parte). Donde a intelecção de que:

I - dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto responsabilmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 5.º);

II - princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, **para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade"** (preâmbulo da Constituição e seu art. 5.º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de



privacidade decisória. De outra banda, **para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva.**

40. Dá-se que essa figura jurídico-constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do artigo 226), que impõe ao Estado o dever de **"propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito"** (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), **"vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas"** (original sem destaque).


41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo certo que:



I - a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da "especial proteção do Estado" (base que é de toda a sociedade);

II - não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: **o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidadação no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?** Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos



eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

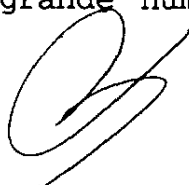
43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (sem negrito e sub-linha, no texto original).

44. Recolocando a idéia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a



projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, **ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais**: o conjunto do artigo 227, impositivo do dever de "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

45. Tudo isto, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável. Modelo concebido diretamente pela Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes ("excedentários") dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidadação de grande número de embriões (a gestante a ter

 35

que aceitar verdadeira ninhada de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, *literis*: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que "o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher" (Charles Fourier).

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões *in vitro* está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto *in natura* ou não-artificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a



poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MackKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

"A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não-eu".

47. É o trecho que se divisa às pp. 77 do mencionado livro "Domínio da Vida". Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que:

"Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente 'dentro' dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo. É 'dela', e é dela mais do que de qualquer outra pessoa" porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e



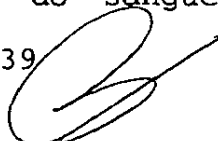
emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está (...)"

48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. **Não sabe o que é solidão**, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, **quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero**. Impossível esquecer-lo! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas o início de uma trajetória intestinal que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária ("o absoluto e terrível colapso da luz", na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, página 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de *animação* ou presença da alma, essa alma junta-se à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas vizinhas de porta, no



interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um *estar ali do lado*, fisicamente, para se tornar *um estar aqui por dentro*, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida **é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana. É ele que verdadeiramente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie.** Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. Monumentaliza por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas veias e a



corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar).

50. São dois fenômenos concomitantes ou *compresentes*, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo *benquerer*. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito *sobrevalora* como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembre-se). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros,



esta nossa Corte Constitucional **uma casa de fazer destino**. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do *homo sapiens*. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo **a natureza mesma da maternidade**. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria inda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermenauta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psico-física e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas "de aluguel", por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvarios, falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

41 

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I - a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II - a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de



Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à ministra Ellen Gracie, presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança "conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade".

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que **um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:**



"A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização".

55. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, **primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida.** Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. **Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras "desta vida de aquém-túmulo",** como certa feita disse Guimarães Rosa. Confira-se o texto legal:

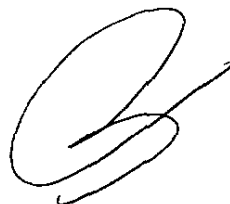
"A retirada 'post mortem' de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte



encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina" (art. 3º, caput).

56. O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação.** Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém.** Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao natívivo.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana,



decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano**¹⁰. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.**

¹⁰ Enquanto Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à existência da alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) afirmava, categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior - quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino" (Dworkin, ob. cit., pp. 55/56). Disse mais Ronald Dworkin sobre o autor da Suma Teológica: "As idéias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão (...)" (pp. 56/57).



58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Onde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.** 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 às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o **advento do constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a 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 art. 3º da nossa Constituição, *verbis*: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: "O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou



pelos dois primeiros anos de vida. É impossível não questionar a vida" (Correio Braziliense, "Revista do Correio", 27 de janeiro de 2008, ano 3, número 141, p. 32).

60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: "A paralisia cerebral é uma anomalia motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai. Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo contra o cérebro". E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a profundidade amorosa: "Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão Vermelho conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar" (revista "Veja", editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

61. Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção



de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, **então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada.** É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.

62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ADIN *sob iudice*, trago à ribalta mais uma invocação de ordem constitucional. É que o referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, **não por acaso**, da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de nº 194. Mais ainda, saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). Com o que se tem o **mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência.** No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas,



diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo "ciência", já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

"Art. 5^º.

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação".

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

64. Acresce que o substantivo "expressão", especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de



tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo *subir à tona ou vir a lume* de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica.

65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de nº IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: "A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências".

66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da Constituição-cidadã para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de *sistema*; ou seja, conjunto



ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

67. Tem-se, neste lance, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos ("Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento", ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como "era do conhecimento".

68. "Era do conhecimento", ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos



homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, parapléica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquiuições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez "o monstro da indiferença" (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico **deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento?** Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham *com pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não-proveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio



embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida estalando de nova (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u'a morte muitas vezes tão iminente quanto não-natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse 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.



05/03/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALE X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhora Presidente, não proferirei, ainda, o meu voto, mas, se Vossa Excelência e o Tribunal me permitirem, desejo fazer um breve registro a propósito do voto do eminente Relator, Ministro CARLOS BRITTO.

O Supremo Tribunal Federal acaba de ouvir um voto antológico, digno de constar dos anais da história desta Corte Suprema, e que honra, profundamente, o seu ilustre prolator, o eminente Ministro CARLOS BRITTO, cuja decisão será certamente lembrada não apenas pelas presentes, mas, também, pelas futuras gerações.

O notável voto que acabamos de ouvir representa, na verdade, a aurora de um novo tempo, impregnado de esperança para aqueles abatidos pela angústia da incerteza. Significa a celebração solidária da vida e da liberdade. Restaura, em todos nós, a certeza de que milhões de pessoas não mais sucumbirão à desesperança e à amarga frustração de não poderem superar os obstáculos gerados por



ADI 3.510 / DF

patologias gravíssimas, irreversíveis e incuráveis até o presente momento.

Em uma palavra, Senhora Presidente, o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO, se acolhido por esta Suprema Corte, permitirá, a esses milhões de brasileiros hoje postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável - o direito à busca da felicidade e o de viver com dignidade - de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

É este o registro, Senhora Presidente, que não poderia deixar de fazer depois de ouvir o magnífico voto proferido pelo Ministro CARLOS BRITTO.



05/03/2008

TRIBUNAL PLENO

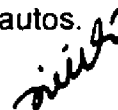
ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

VISTA

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhora Presidente, como disse o Ministro **Celso de Mello**, acabamos de ouvir um precioso voto, substantivo na qualidade e na informação. Também conforme disse Sua Excelência, a matéria é extremamente controvertida, é matéria de alta complexidade. O dever da Suprema Corte de um país, quando tem de julgar temas dessa natureza, é fazer uma reflexão profunda, com tempo, com a análise dos autos, para que possam ser sopesados todos os argumentos apresentados, incluída, no caso, a audiência pública realizada.

São essas as razões pelas quais, insistindo no aplauso que faço ao magnífico voto do Ministro **Carlos Britto**, secundando as palavras do nosso Decano, peço vênias para Sua Excelência para ter vista dos autos.

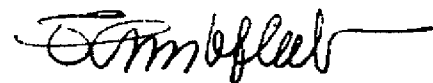


05/03/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL**VOTO**
(Apartes)

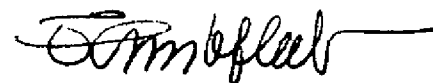
A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Peço licença ao Ministro Carlos Alberto Direito, se o Tribunal assim me permitir, para, desde logo, adiantar o meu voto.



O Senhor Ministro Marco Aurélio - Com alguma tristeza, porque Vossa Excelência acaba de sinalizar que procede o que veiculado pela imprensa no sentido de que talvez nos deixe nos próximos dias.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Não, Ministro Marco Aurélio, em absoluto. O motivo que me leva a adiantar o meu voto – o Ministro Carlos Alberto Direito o compreenderá perfeitamente – é muito pragmático.

Esta ação direta ingressou no Tribunal no dia 30 de maio de 2005. São, portanto, passados quase três anos, independente da gestão que deu ao processo o eminente Relator, o qual fez criteriosamente todas as diligências necessárias, inclusive uma muito divulgada audiência pública, onde tiveram oportunidade de se manifestar cientistas de um lado e de outro. Inobstante tudo isso, o processo hoje em julgamento será trazido por Sua Excelência, tenho certeza, em breve.



O Sr. Ministro Menezes Direito - Se Vossa Excelência me permite, há, inclusive, o aspecto particular de não ter sido deferida medida cautelar. Portanto, não há nenhum óbice quanto ao prosseguimento do processo, independentemente de qualquer pedido de vista à Suprema Corte.

ADI 3.510 / DF

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente) - Inobstante a inexistência de uma medida liminar, é de conhecimento geral que as pesquisas, se não foram paralisadas, sofreram um sensível desestímulo durante esse período. Tenho certeza de que Vossa Excelência, com a sua diligência, trará o processo dentro em breve. No entanto, esta cadeira me traz, infelizmente, a tarefa de rememorar aos Colegas que temos, na fila, para serem chamados a julgamento por este Plenário, nada menos que 565 outros processos.

Desse modo, peço novamente escusas ao Ministro Carlos Alberto Direito e aos Colegas para adiantar o meu voto no sentido de acompanhar o eminente Relator.

Tenho algumas razões do meu convencimento - e as farei juntar posteriormente - que coincidem, em larga medida, com as que foram brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Carlos Britto.

Afirmo, em síntese, nessas linhas, que a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião, que não somos uma academia de ciências. O que nos cabe fazer, e essa é a província a nós atribuída pela Constituição, é contrastar o artigo 5º da Lei nº 11.105 com os princípios e normas da Constituição Federal.

Com todas as vênias ao ilustre proponente da ação, o Procurador-Geral da República – agora com uma outra identidade pessoal – e aos ilustres juristas que secundam a sua posição, não constato vício de inconstitucionalidade na referida norma. Não se lhe pode opor, segundo entendo, a garantia da dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III –, nem a garantia de inviolabilidade da vida, pois, conforme acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento – o útero – não se classifica como pessoa. A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por outro lado, o pré-embrião – ou ao menos aqueles de que aqui tratamos – ou seja, os inviáveis e destinados ao descarte – também não se enquadra na condição de nascituro, pois a esse – a própria denominação o esclarece bem – se pressupõe a

ADI 3.510 / DF

possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.

Faço referência, também, neste voto, à regulamentação da matéria, tal como ela se deu na Grã-Bretanha, após um extenso debate científico. E verifico que a norma brasileira e a sua regulamentação cercam a utilização de células embrionárias das cautelas necessárias a evitar a sua utilização viciosa.

Por essas razões, que estarão bem explicitadas nas palavras que escrevi, concluo pela improcedência da ação, conforme o voto do Relator.



05/03/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Presidente):
Senhores Ministros, é indiscutível o fato de que a propositura da presente ação direta de inconstitucionalidade, pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito não se via, um leque *sui generis* de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal Federal no caso ora posto.

Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa, moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa digna de Sísifo.

Conforme visto, ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato do surgimento da pessoa humana.

Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.

ADI 3.510 / DF

2. Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do artigo 5º da Lei 11.105, de 24.03.2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente.

Para tal intento, foram apontados na presente ação, como parâmetros de verificação mais evidentes, o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art. 6º), o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196) e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, *caput*).

Não há como negar que o legislador brasileiro, representante da vontade popular, deu resposta a uma inquietante realidade que não mereceu maiores considerações na peça inicial da presente ação direta.

A fertilização *in vitro*, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Brown, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural.

Porém, a utilização desse procedimento gera, inevitavelmente, o surgimento de embriões excedentes, muitos deles inviáveis, que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana.

Penso que o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas de células-tronco deveria estar necessariamente precedido do questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade.

Todavia, conforme registrado nas manifestações juntadas aos autos, essa relevantíssima questão sobre os

ADI 3.510 / DF

procedimentos de reprodução assistida, apesar da tramitação de alguns projetos de lei, nunca foi objeto de regulamentação pelo Congresso Nacional, havendo, nessa matéria, tão-somente, uma resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.358, de 11.11.1992). Recorde-se que a primeira brasileira fruto de uma fertilização *in vitro* nasceu em 7 de outubro de 1984.

Portanto, esse era o cenário fático e lacunoso com o qual se deparou o legislador brasileiro em 2005, quando foi chamado a deliberar sobre a utilização desses mesmos embriões humanos, inviáveis ou já há muito tempo criopreservados, nas promissoras pesquisas científicas das células-tronco, já desenvolvidas, em diversas e avançadas linhas, nos mais importantes países do mundo.

3. No Reino Unido, o *Human Fertilisation and Embryology Act*, legislação reguladora dos procedimentos de reprodução assistida e das pesquisas embriológica e genética naquele país, foi aprovada pelo Parlamento britânico em 1990, após amplo debate social, político e científico iniciado em 1982.

O referido Diploma permitiu a manipulação científica dos embriões oriundos da fertilização *in vitro*, desde que não transcorridos 14 dias contados do momento da fecundação.

Conforme demonstrou Leticia da Nóbrega Cesarino no artigo *Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*¹, esse limite temporal presente na lei britânica teve como razão a prevalência do entendimento de que antes do décimo quarto dia haveria uma inadequação no uso da terminologia "embrião", por existir, até o final dessa etapa inicial, apenas uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo.

Segundo essa conceituação, somente após esse estágio pré-embriônico, com duração de 14 dias, é que surge o embrião como uma estrutura propriamente individual, com (1) o aparecimento da linha primitiva, que é a estrutura da qual se

¹ CESARINO, Leticia. *Nas fronteiras do "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*. *Mana* v. 13, n. 2, Rio de Janeiro, out. 2007.

ADI 3.510 / DF

originará a coluna vertebral, (2) a perda da capacidade de divisão e de fusão do embrião e (3) a separação do conjunto celular que formará o feto daquele outro que gerará os anexos embrionários, como a placenta e o cordão umbilical. Tais ocorrências coincidem com a nidação, ou seja, o momento no qual o embrião se fixaria na parede do útero.

Essa formulação científica, que diferencia o pré-embrião do embrião, coincide com o pensamento de Edward O. Wilson, que ao discorrer, na aclamada obra *On Human Nature*² sobre o instante imediatamente posterior à fecundação do óvulo humano, assim asseverou, *verbis*:

“The newly fertilized egg, a corpuscle one two-hundredth of an inch in diameter, is not a human being. It is a set of instructions sent floating into the cavity of the womb. Enfolded within its spherical nucleus are an estimated 250 thousand or more pairs of genes, of which fifty thousand will direct the assembly of the proteins and the remainder will regulate their rates of development. After the egg penetrates the blood-engorged wall of the uterus, it divides again and again. The expanding masses of daughter cells fold and crease into ridges, loops, and layers. Then, shifting like some magical kaleidoscope, they self-assemble into the fetus, a precise configuration of blood vessels, nerves, and other complex tissues.”

A professora Leticia Cesarino, acima referida, corroborando pensamento de Michael Mulkay, conclui que a agregação deste conjunto de ‘fatos’ na nova categoria ‘pré-embrião’ permitiu, assim, remover o objeto da experimentação científica do escopo do discurso moral para inseri-lo num universo técnico.

4. No Brasil (após inclusão em projeto que objetivava a urgente regulamentação do processo de liberação dos

² WILSON, Edward Osborne. *On Human Nature*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. Tenth printing, 1998, p. 53.

ADI 3.510 / DF

organismos geneticamente modificados), surge o art. 5º da Lei 11.105/2005, que autoriza o manejo das células-tronco embrionárias de uma maneira restrita, com a precaução sempre recomendada nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e explorados.

A primeira restrição imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades de pesquisa e de terapia.

Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização *in vitro* – técnica de reprodução humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem.

Além de excedentes no procedimento de fertilização *in vitro*, os embriões de uso permitido ainda deverão estar dentre aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improbabilidade de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento.

As restrições não param por aí. É preciso, ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expreso consentimento dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa.

ADI 3.510 / DF

Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido artigo 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26).

5. Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo 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.

Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida.

6. Ante todo o exposto, **julgo improcedente** o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE. (S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO. (A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO. (A/S): CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

ADV. (A/S): ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS

INTDO. (A/S): MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE

ADV. (A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO

INTDO. (A/S): ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E

GÊNERO

ADV. (A/S): DONNE PISCO E OUTROS

ADV. (A/S): JOELSON DIAS

INTDO. (A/S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV. (A/S): IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

VOTO - VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ao pedir vista deste processo para melhor estudar e refletir sobre tema da mais alta relevância para a vida nacional, como é de praxe nesta Suprema Corte, lendo e ouvindo tudo quanto se disse em seguida, na melhor expressão de nossa sociedade plural, lembrei-me de **Arthur Schopenhauer**. Nascido em 1788, no mesmo ano que **Kant** escreveu a sua fundamental *Crítica da Razão Prática*, o filósofo de Dantzig ensinou:

“Pois o que alguém é para si mesmo, o que o acompanha na solidão e ninguém lhe pode dar ou retirar, é manifestamente para ele mais essencial que tudo quanto puder possuir ou ser aos olhos dos outros” (Aforismos para a sabedoria da vida. São Paulo, Martins Fontes, 2002. págs. 8/9).

Tenho certeza de que é esse o sentimento dos Juízes desta Suprema Corte do Brasil neste e em todos os feitos que são submetidos ao seu julgamento.

Trata-se de Ação Direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República apontando a inconstitucionalidade do art. 5º, **caput** e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que tem a redação que se segue:

*“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.*



Supremo Tribunal Federal

ADI 3.510 / DF

§ 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."*

Sustenta que violariam o disposto nos arts. 1º e 5º da Constituição da República, notadamente as garantias da inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, com a redação a seguir transcrita:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)";

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

O núcleo da impugnação é a afirmação de que "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação" (fl. 3) e que, portanto, a utilização do embrião para retirada de células-tronco, com sua conseqüente destruição, importaria na violação do direito à vida.

Questiona, ainda, a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias, diante dos "avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com embrionárias", e solicita a designação de audiência pública para oitiva de especialistas que apresenta.

Manifestaram-se nos autos o Senhor Presidente da República, por meio da Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e a Procuradoria-Geral da

oliveira

ADI 3.510 / DF

República. Também foram recebidas as manifestações das seguintes entidades, todas admitidas como **amici curiae**: CONECTAS – Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – MOVITAE; ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e CNBB – Confederação Nacional dos Bispos do Brasil.

Atendendo à sugestão formulada pela Procuradoria-Geral da República, o eminente Ministro **Carlos Britto**, Relator, convocou uma audiência pública (fls. 448/449), designada para o dia 20/4/2007, que contou com a participação de diversos especialistas no tema tratado nesta ação, indicados pela autora e pelos defensores da lei.

Em sua manifestação (fls. 82 a 115), o Senhor Presidente da República sustenta que o caso requer uma interpretação própria para o termo “vida” na Constituição, destacada de sua conceituação biológica, antropológica, religiosa, física, química ou médica, fazendo alusão ao caso julgado no HC nº 82.424 em que se interpretou o vocábulo “raça” de forma diversa de sua acepção científica.

Em seguida, menciona a situação do nascituro, que, segundo **Washington de Barros Monteiro**, seria mera pessoa em potencial, mas distinto do embrião que não esteja implantado no ventre materno que “*não pode ser tido como um fato futuro e certo*”. Compara também a cessação da vida na morte cerebral com a ausência dessa atividade no embrião, para concluir que “*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*”.

Quanto à dignidade da pessoa humana, afirma que:

“(...) a própria terminologia empregada no princípio afasta, per si, a possibilidade do enquadramento almejado. Veja-se.

O princípio da dignidade da pessoa humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica.”

Cuida, ainda, da natureza do embrião como pessoa em potencial, cujo



ADI 3.510 / DF

estatuto jurídico deve distinguir-se daquele baseado na personalidade, e da potencialidade das pesquisas com células-tronco, pedindo o reconhecimento da constitucionalidade da Lei.

Por sua vez, o Congresso Nacional (fls. 222 a 245) defendeu a constitucionalidade da lei, destacando os seguintes pontos: (i) a possibilidade de que os direitos constitucionais sejam conformados pelo legislador, não sendo diferente o caso do direito à vida, citando o art. 128 do Código Penal; e (ii) a autorização, por parte do Estado, para uso de técnicas de eliminação do embrião antes da ocorrência da nidação, representada nos atos que disciplinam o uso do DIU (Dispositivo Intra-Uterino) e da “Pílula do Dia Seguinte”. Descreveu o que é atualmente feito com embriões e a superioridade das células-tronco embrionárias, para as pesquisas terapêuticas, em relação às células-tronco adultas.

Em sentido contrário, a Procuradoria-Geral da República, reforçando os argumentos da inicial, ofereceu parecer (fls. 357 a 380) com a ementa que se segue:

“Ementa:

- 1. O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil.*
- 2. O direito civil, parte do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de regulação interpessoal no plano familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da pessoa a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam.*
- 3. O direito constitucional, também ocupa-se do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental porque ao exigir sua proteção, como inviolável, expressamente no artigo 5º, caput, considera a vida em si e convoca o Supremo Tribunal a definir o momento do início da vida.*
- 4. A petição inicial dessa ação, calcada exclusivamente em fundamentos de ordem científica, sustenta que a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade.*
- 5. Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em si, para protegê-la desde a fecundação no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja aconteçam as relações interpessoais: considerações outras.*
- 6. Pela procedência do pleito.”*



ADI 3.510 / DF

Incluído em pauta, o julgamento da presente ação foi designado para o dia 5/3/2008. Nessa ocasião, após o relatório, sustentaram oralmente o Senhor Procurador-Geral da República, a CNBB, a Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e os **amici curiae**.

Votou o douto Ministro **Carlos Britto** pela improcedência do pedido. Gostaria de registrar, desde logo, minha maior admiração pelo belo voto proferido, a revelar, por inteiro, sua sensibilidade, humanismo e cultura.

Entendeu o eminente Relator:

(i) sobre o conjunto normativo da Lei nº 11.105/2005:

"16. Daqui se infere – é a minha leitura - cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro)" – grifou-se.

(ii) sobre a argumentação da autora no que se refere ao questionamento da eficiência do tratamento com células-tronco:

"18. (...) Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, 'se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano' (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – nº9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes" – grifou-se.

(iii) sobre a relação entre personalidade e nascimento (ou "vida

divida

ADI 3.510 / DF

biográfica”):

“19. Falo ‘pessoas físicas ou naturais’, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de ‘personalidade civil’, *literis*: ‘A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro’. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria ‘natalista’, portanto, em oposição às teorias da ‘personalidade condicional’ e da ‘concepcionista’). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

‘Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)’.”

(iv) sobre a relação entre “vida biográfica” e a proteção constitucional:

“22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da ‘dignidade da pessoa humana’ (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ (alínea b do inciso VII do art. 34), ‘livre exercício dos direitos (...) individuais’ (inciso III do art. 85) e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém**. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo ‘residentes’ no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em ‘placa

onli

ADI 3.510 / DF

de Petri'), além de complementar a referência do seu art. 5º 'aos brasileiros' para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de 'nascidos', conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o *Magno Texto Republicano* fala da 'criança', como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intra-uterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: 'Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade'. Pelo que somente só é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extra-uterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, **mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião)**".

(v) sobre a existência de graus diversos de proteção do ser humano:

"25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o **próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano**, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro 'Domínio da Vida' (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evolover da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares.

minu

ADI 3.510 / DF

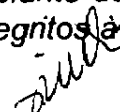
É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice)".

(vi) sobre o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, este sim, base para o reconhecimento de algum grau de proteção ao embrião e ao feto:

*"26. Sucede que – este o fiat lux da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é **princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, 'desde a concepção, os direitos do nascituro' (do latim 'nasciturus'); **que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento**. Se se prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento**. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de 'nascituro'. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (in *Direito Civil*, ano de 2001, p. 36): 'Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno'."*

(vii) sobre, esclarecendo, o reconhecimento de algum grau de proteção ao embrião e ao feto, mas desde que no interior do corpo feminino:

"27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual 'É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto' (negritos à parte). Além, é



ADI 3.510 / DF

claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: 'se não há outro meio de salvar a vida da gestante' (aborto terapêutico); se 'a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal' (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo 'gestante' para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino**. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir."

(viii) sobre a proteção infraconstitucional do feto, confirmando a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e a inaplicabilidade da norma constitucional:

"28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo 'em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX'). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana."

(ix) sobre, mais uma vez confirmando a fonte infraconstitucional da proteção do embrião e do feto, suas distinções com a pessoa humana e o caráter metamórfico da passagem de uma a outra fase:

"29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à**

amh

ADI 3.510 / DF

metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego 'meta' a significar, aqui, u'a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos 'feto'. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita."**

(x) sobre o início da "vida":

"30. Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino (...).

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínideo (por isso que na sua fase de partida é chamado de 'célula-ovo' ou 'célula-mãe', em português, e de 'célula-madre', em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural."

(xi) sobre a distinção entre os embriões referidos na lei e o embrião introduzido no útero feminino:

"33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. 'Fertilização in vitro', tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa fase, concepção**

aut

ADI 3.510 / DF

artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

(...)

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Impossível de um reprodutivo 'desenvolvimento contínuo', ao contrário, data venia, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que 'uma andorinha só não faz verão'. Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela 'nidação' que já é a ante-sala do feto."**

(xii) sobre o caráter utilitário da Lei em razão da totipotencialidade conservada pelos embriões nela referidos, na seqüência do texto anterior:

"Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado):

'Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de

minh

ADI 3.510 / DF

*um óvulo por um espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, **vão restringindo sua capacidade de diferenciação**'."*

(xiii) sobre a constitucionalidade e a legalidade das técnicas de inseminação *in vitro*, para reconhecê-las:

*"38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: **há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.**"*

(xiv) sobre a inexistência de um hipotético dever de introdução dos óvulos fecundados oriundos de processo de fertilização *in vitro*:

*"42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: **o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidacão no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?** Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.*

sim

ADI 3.510 / DF

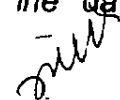
43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira ('ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei', reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do 'planejamento familiar' na citada perspectiva da 'paternidade responsável'. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: 'A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho'" (sem negrito e sublinha, no texto original).

(xv) sobre, mais uma vez, a distinção entre os embriões referidos na lei e o embrião introduzido no útero feminino:

"56. (...) Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação.** Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém.** Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo."

(xvi) ainda sobre o início da "vida humana":

"57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às



ADI 3.510 / DF

complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano.** Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.**

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural."

(xvii) sobre, mais uma vez, a utilidade da solução dada pela Lei ao embrião de que trata, na seqüência do número 58:

"A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, **porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.** 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 às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social **o advento do constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida **em comunidade** (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de

minha

Supremo Tribunal Federal

ADI 3.510 / DF

transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: 'Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária' (...)”.

(xviii) sobre o direito de expressão dos cientistas através das pesquisas e o respectivo incentivo público:

“62. (...) Sendo de todo importante pontuar que o termo ‘ciência’, já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

‘Art. 5º.

(...)

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação’.

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

(...)

65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo supertativamente prezável. É o capítulo de nº IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que ‘O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’ (art. 218, caput). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: ‘A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências’.”

O tema, como sabido, é relevante e pioneiro. Pedi vista para melhor

min

ADI 3.510 / DF

examiná-lo. Impunha-se conhecer o cenário em que se desenvolvem as pesquisas que estão sendo realizadas. Tenha-se ainda presente que em matéria de ciência e tecnologia os avanços são tão significativos que as afirmações feitas em um momento logo em seguida podem estar ultrapassadas.

A questão submetida ao julgamento desta Suprema Corte, sem dúvida, está em um plano de relevância que exige uma prudente reflexão, que cada Juiz, no íntimo de sua consciência, deve realizar. Por outro lado, não se há de diminuir a diversidade que apresenta, apontando soluções e caminhos que bem revelam a essência da sociedade plural que todos devemos respeitar e estimular. Não foi por outra razão que escrevi em trabalho acadêmico que uma compreensão do homem na dimensão de corpo e alma, distante da idéia de ser apenas uma energia que se esgota no seu corpo, deve preceder à resposta da pergunta sobre para que devem servir as descobertas científicas e tecnológicas. E, mais ainda, essa concepção do ser do homem permite que entendamos melhor que cada descoberta científica e tecnológica é o resultado de um longo processo de amadurecimento, composto de passos e passos de evolução, que, muitas vezes, levam a vida inteira, expondo o homem a sacrifícios inúteis, em síntese, desrespeitando aquele valor infinito da vida. Veja-se que as bactérias não foram descobertas por um cientista, mas, sim, por um dono de armário, o holandês Antony Van Leeuwenhoek, no século XVII, e ganhou o mundo porque Regnier de Graaf, seu compatriota, médico e anatomista, que descobriu o ponto gerador de óvulos no ovário, escreveu ao Secretário da Sociedade Real de Londres que Leeuwenhoek havia construído um microscópio que podia enxergar objetos muito pequenos; e dessa descoberta até a primeira observação do médico inglês John Tyndall, com seus tubos de ensaio, sobre a luta entre as bactérias e o mofo, o *Penicillium*, cerca de dois séculos se passaram; e, ainda, daí até Alexander Fleming perceber que os estafilococos não cresciam em torno do mofo, dando origem aos antibióticos, termo criado por Selman Waksman, o descobridor da estreptomicina, mais cerca de trinta anos se foram, passando pelo desastre de Robert Koch, o notável médico alemão descobridor do bacilo da tuberculose, que, em decorrência do apressado anúncio de uma vacina, provocou a morte de centenas de pacientes

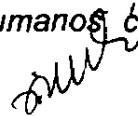
ADI 3.510 / DF

(**Estudos de direito público e privado**. Rio de Janeiro, RENOVAR, 2005. pág. 288). O mesmo se diga com relação à descoberta do código genético a partir do cientista americano Ross Granville Harrison, que descobriu, no início do século XX, que a fibra nervosa procedia da própria célula nervosa, inaugurando a era da cultura dos tecidos (op.cit., pág. 289).

Neste julgamento, penso que deve ficar claro que não se trata aqui de buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, 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. Vale lembrar nesse passo a eterna lição de **Santo Tomás de Aquino** sobre a verdade no intelecto e nas coisas, na ordem em que se relacionam com o intelecto divino (**Summa theologica. Tratado de Deus uno**, tradução do Padre Raimundo Suarez, O.P. BAC, Madrid, 1964. págs. 633 a 651).

A partir dessa visão de mundo que prestigia a diversidade e a pluralidade, as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e dignidade uma regular interação entre os homens. Nunca é demais repetir o magistério do Chief Justice Holmes no caso *Lochner vs New York* (1905), assinalando que a Constituição destina-se a pessoas de pontos de vista fundamentalmente diversos e que a circunstância de considerarmos algumas opiniões naturais e familiares ou inovadoras e mesmo escandalosas não pode influenciar nosso julgamento na questão sobre se a lei que as corporifica conflita com a Constituição.

Francis Fukuyama e **Franco Furger** acentuaram que *"cientistas enquanto cientistas não têm qualquer autoridade especial para fazer julgamentos éticos ou políticos acerca dos limites das pesquisas científicas. Dados são dados: mesmo quando obtidos através de experimentos deliberadamente infecciosos com agentes biológicos fatais em testes clínicos aleatórios, como foi feito por cientistas nazistas, os resultados são sempre significativos (...). Praticamente todos os cientistas americanos defendem a existência de regras para proteger seres humanos como objeto de*



ADI 3.510 / DF

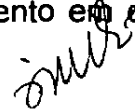
pesquisas. Eles assim fazem, entretanto, não em sua capacidade como cientistas, mas como cidadãos, agentes morais, crentes religiosos, ou simplesmente como seres humanos" (**Beyond bioethics: a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies**. Washington, Paul H. Nitze School, Advanced International Studies, 2006, pág. 42 - tradução livre).

O que há de se determinar é se a Lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. E tudo porque se alega, de um lado, que a simples manipulação de embriões humanos para a pesquisa atentaria contra essa dignidade e, de outro, que, para serem obtidas, as células-tronco embrionárias dependeriam da destruição do embrião.

O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional. A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que crêem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade.

É por essa razão que devemos pôr com toda claridade que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

A beleza do tema está bem posta no diálogo epistolar entre o Cardeal **Carlo Maria Martini** e **Umberto Eco** (*Em que crêem os que não crêem*. Record, 2002). Na correspondência trocada em junho de 1995, Umberto Eco pergunta: "*Quando tem início a vida humana?*" (pág. 31). E responde afirmando que todos "*já consideram como ser humano o recém nascido ainda ligado ao cordão umbilical. De quanto é possível retroceder? Se a vida e a humanidade já estão no sêmen (ou até mesmo no programa genético), podemos considerar que o desperdício do sêmen é um delito comparável ao homicídio?*" (págs. 31/32). Prossegue lembrando as posições de Tertuliano, Santo Agostinho e Santo Tomás em torno do momento em que a alma é



ADI 3.510 / DF

transmitida. E depois de anotar que o não-crente também se coloca o problema, assevera que *“talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade”* (pág. 33). E faz a terrível advertência: *“O senhor sabe que tais questões não implicam somente uma reflexão sobre o aborto, mas uma série dramática de questões novíssimas, como, por exemplo, a engenharia genética e a bioética discutidas hoje por todos, crentes ou não. Como se posiciona o teólogo diante do criacionismo clássico hoje?”* (pág. 33), para terminar: *“Definir o que seja, e onde tem início, a vida é questão que está em jogo a nossa vida. Colocar-me estas questões é um duro peso moral, intelectual e emotivo – creia – para mim também”* (pág. 34). A resposta do Cardeal **Martini** mostra a complexidade do tema: *“O senhor se refere justamente às sutis reflexões de Tomás sobre as diversas fases do desenvolvimento do vivente. Não sou filósofo nem biólogo e não quero adentrar-me em tais questões. Mas todos sabemos que hoje se conhece melhor o dinamismo do desenvolvimento humano e a clareza de suas determinações genéticas a partir de um ponto que, pelo menos teoricamente, pode ser precisado. A partir da concepção nasce, de fato, um ser novo. Novo significa diverso dos dois elementos que, unindo-se, o formaram. Tal ser inicia um processo de desenvolvimento que o levará a tornar-se aquela ‘criança, coisa maravilhosa, milagre natural ao qual se deve aderir’. É este o ser de que se trata, desde o início. Há uma continuidade na identidade”* (págs. 38/39). E aduz: *“O senhor conclui dizendo: ‘definir o que é, e onde tem início a vida é questão em que está em jogo a nossa vida’. Estou de acordo, pelo menos sobre ‘o que é’ e já dei minha resposta. O ‘onde’ pode continuar misterioso, mas está submetido ao valor do ‘o que é’. Quando alguma coisa tem valor supremo, merece supremo respeito. É daí que precisamos partir para qualquer casuística dos casos-limite, que será sempre árdua de enfrentar mas que, partindo desse ponto, jamais será enfrentada com leviandade”* (pág. 40).

STJ

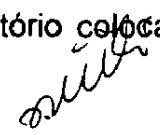
ADI 3.510 / DF

Creio que é importante, pelo menos para o desenvolvimento do meu raciocínio, compreender o processo e as técnicas de fertilização **in vitro**, de seus produtos e subprodutos e das linhas básicas de pesquisa com células-tronco embrionárias.

A chamada fertilização **in vitro** (FIV) é hoje, juntamente com a inseminação artificial, a principal terapia para a infertilidade de casais em virtude de fatores mecânicos, endometriose, subfertilidade masculina e outras causas não detectadas. Em síntese, pode-se dizer que ambas envolvem a substituição da relação sexual. Enquanto a inseminação artificial se limita a reproduzir, em condições otimizadas, porém no próprio corpo da mulher, a ejaculação, a fertilização **in vitro** envolve a substituição de toda a biomecânica relativa à fecundação (ejaculação, migração dos espermatozóides, determinação natural do espermatozóide fecundador e penetração do espermatozóide no óvulo) por uma manipulação físico-química dos gametas em cultura.

O processo pode ser descrito nas seguintes etapas: (i) a mulher é submetida a uma estimulação hormonal dos folículos ovarianos, de modo a produzir uma ovulação múltipla; (ii) os óvulos produzidos pela mulher são aspirados sob monitorização ecográfica via transvaginal; (iii) os óvulos são incubados e mantidos em cultura por cerca de quatro horas; (iv) o esperma do homem é colhido e manipulado para a seleção de espermatozóides; (v) os óvulos são fertilizados com os espermatozóides selecionados; (vi) os óvulos fertilizados (embriões) são observados e selecionados para implantação; (vii) os embriões selecionados são implantados no útero da mulher; (viii) os embriões excedentes e em boas condições são congelados (Disponível em: <http://www.clinicadale.com.br/fertilizacao_in_vitro.htm>; <<http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>> e <http://www.arquivoshellis.com.br/revista/03_030607/03_030607_ahellis_01.pdf>. Acesso em 4abr.2008).

Na verdade, a denominação “fertilização **in vitro**” encobre duas grandes técnicas utilizadas nas clínicas de reprodução assistida: a fertilização **in vitro** convencional e a ICSI (sigla em inglês para **Intracytoplasmic Sperm Injection** - Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide). Na primeira, o laboratório coloca os



ADI 3.510 / DF

espermatozóides selecionados no mesmo meio de cultura dos óvulos e a fecundação ocorre à semelhança do que se dá no corpo da mulher; na segunda, um único espermatozóide é escolhido e então injetado, através de um micromanipulador, diretamente no interior do óvulo.

Com a superestimulação dos folículos ovarianos chega-se a produzir até 15 (quinze) óvulos por ciclo, embora normalmente obtenham-se de 5 a 10. Todos os óvulos produzidos são tratados da forma convencional ou com a ICSI, sendo que 70% deles são fertilizados com sucesso. Considerando que para evitar o risco de gravidez múltipla um máximo de 4 (quatro) embriões é implantado (item 1.6 das Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, baixadas pela Resolução nº 1.358/1992 do CFM – Conselho Federal de Medicina), não é raro haver embriões excedentes (óvulos fertilizados com sucesso e que não podem ser implantados).

Estes embriões excedentes podem ser divididos em três grupos: embriões de boa qualidade, de média qualidade e embriões inviáveis para fins de reprodução. Os de alta qualidade e os de média qualidade, considerados viáveis para fins de reprodução, são em geral congelados para aproveitamento futuro (é comum a paciente não engravidar em um ciclo, vindo a tentar novamente a gravidez com os embriões que foram congelados ou simplesmente desejar um segundo filho se a primeira tentativa foi bem sucedida). Os inviáveis são simplesmente descartados como lixo biológico (BACZKOWSKI et al. **Methods of embryo scoring in *in vitro* fertilization.** in *Reproductive Biology*. v. 4. nº 1. págs. 5 a 22). No Brasil não é diferente, a despeito da proibição constante de norma deontológica (Item V, 2, das Normas Éticas Para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida - Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina).

Daí se vê a importância dos métodos de classificação embrionária na fertilização *in vitro*, porque é através deles que se determina o destino dos embriões produzidos.

O critério mais comum é o morfológico e abrange o exame do aspecto do embrião nas fases de zigoto, de suas primeiras divisões e de blastocisto.

ADI 3.510 / DF

Na fase do zigoto (assim chamado o óvulo imediatamente após a fecundação e antes de suas primeiras divisões), o estudo de **Van Blerkom** encontrou relação entre as taxas de gravidez e a simetria e dimensões do pronúcleo, e também o número e a localização dos nucléolos. **Scott e Tesarik** se dedicaram à formulação de critérios classificatórios baseados nesses dados (cf. SCOTT et al. **Morphology of human pronuclear embryos is positively related to blastocyst development and implantation.** in Human Reproduction v.15, 2000. págs. 2.394 a 2.403; TESARIK et al. **Embryos with high implantation potential after intracytoplasmic sperm injection can be recognized by a simple, non-invasive examination of pronuclear morphology.** in Human Reproduction v. 15, 2000. págs. 1.396 a 1.399).

Nas primeiras divisões do embrião (24 a 28 horas após a inseminação (FIV ou ICSI), a observação se volta para a simetria, a fragmentação e o número de células. Um embrião considerado de boa qualidade para fins de reprodução deve ter pelo menos 4 células (blastômeros) no segundo dia e 8 no terceiro. Há critérios com quatro e cinco graduações. No Brasil, **Donadio** e outros (**Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando doações para pesquisa de células-tronco.** in Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetria. 2005; 27(11): 665-71) adotam um critério de 4 graduações, A, B, C e D, conforme os embriões sejam, respectivamente, aqueles simétricos e sem fragmentação; assimétricos ou com até 25% de fragmentação; com 25 a 50% do seu volume ocupado por fragmentos; e aqueles com 50% ou mais de fragmentação. A página da Clínica Magarinos Torres mostra critério similar, com fotografias (Disponível em: <<http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>>). Por sua vez, o trabalho de **Veeck** (**Atlas of human gametes and conceptuses**, 1988) é exemplo de critério com 5 graduações, que também se vale do tamanho dos blastômeros.

Por fim, o embrião na fase de blastocisto (cerca de 4 ou 5 dias após a fecundação) apresenta características peculiares, como a formação de uma massa central e uma concentração periférica de células e, em consequência, a sua análise morfológica pode utilizar outras observações, como a dureza do trofotoderma e a compactação. Nesse sentido, **Garner** e outros (**Blastocyst score affects implantation**

ADI 3.510 / DF

and pregnancy outcome: towards a single blastocyst transfer. in *Fertility and Sterility* 73. págs. 1.155 a 1.158) propõem uma classificação que leva em conta a massa central (ICM – inner cell mass), o número de células no trofotoderma e a compactação do blastocisto.

Ainda que esses critérios tenham sido desenvolvidos para serem utilizados de forma autônoma, é praxe das clínicas de fertilização a sua conjugação como forma de obter uma seleção mais rígida.

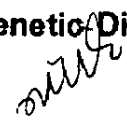
Mais recentemente, os especialistas têm dedicado atenção à velocidade de divisão do zigoto, critério que tem se mostrado bastante promissor para se chegar a uma identificação precisa de viabilidade (VAN MONTFOORT et al. **Early cleavage is a valuable addition to existing embryo selection parameters: a study using single embryo transfers.** in *Human Reproduction*. v. 19, 2004. págs. 2.103 a 2.108; TERRIOU et al. **Relationship between even early cleavage and day 2 embryo score and assessment of their predictive value for pregnancy.** in *Reproductive Biomedicine Online* v.14, 2007. págs. 294 a 299).

E essa identificação precisa da viabilidade é exatamente a meta dos profissionais da reprodução assistida, uma meta que está cada vez mais próxima e que possibilitará que se alcance a gravidez com a transferência de um único embrião, evitando-se os riscos e as inconveniências da gravidez gemelar ou múltipla.

Não é difícil perceber, todavia, que com a maior precisão na identificação da viabilidade e com a possibilidade da transferência de apenas um único embrião para o útero da paciente, um número ainda maior que o atualmente existente de embriões estará fadado ao congelamento, a não ser que os métodos de obtenção de óvulos sejam igualmente otimizados.

Esse prognóstico não é animador porquanto indica aumento futuro do número de embriões em criogenia e, em consequência, do número de embriões desviados de seu destino original.

Em paralelo às próprias técnicas de reprodução assistida, um outro serviço é oferecido rotineiramente pelas clínicas do ramo: o diagnóstico genético pré-implantação. A PGD (da sigla em inglês para **Preimplantation Genetic Diagnosis**) é



ADI 3.510 / DF

uma técnica que permite extrair uma única ou duas células de um embrião gerado *in vitro* de modo a submetê-la a um teste genético que é capaz de identificar algumas anomalias, todas cromossômicas e normalmente relacionadas com a formação dos gametas, isso sem a destruição do embrião.

A técnica é utilizada no embrião que se encontra em suas primeiras divisões, quando suas poucas células são chamadas de blastômeros. Para fins de diagnóstico e quando não submetida a um exame na própria clínica de reprodução, a célula é desidratada e enviada em uma placa para o laboratório de análise.

No padrão atual, é possível identificar vários tipos de anomalias, como monoploidias (23 cromossomos em lugar de 46 cromossomos), pluriplóidias (triploidias – 69 cromossomos em lugar de 46 – e tetraploidias – 92 cromossomos em lugar de 46) e aneuploidias. Estas, ao contrário das demais, e talvez por não envolverem alterações numéricas em todos os pares de cromossomos, não impedem o nascimento com vida e geram indivíduos com síndromes bem identificadas.

As mais comuns, e que podem ser diagnosticadas através da PGD, são a monossomia do cromossomo sexual, e que leva à síndrome de Turner (presente apenas o item X, nascem apenas indivíduos do sexo feminino); e as trissomias. Estas são: (i) a trissomia do cromossomo 13 (síndrome de Edwards); (ii) a trissomia do cromossomo 18 (síndrome de Patau); (iii) a trissomia do cromossomo 21 (síndrome de Down); e (iv) as trissomias do cromossomo sexual: (a) a síndrome de Klinefelter (cromossomo sexual XXY) e (b) a presença de um cromossomo sexual com a composição XXX.

A página da autoridade inglesa responsável pela regulamentação das clínicas de reprodução e da pesquisa com embriões (**Human Fertilisation and Embriology Authority – HFEA**) mostra uma lista de 63 tipos de anomalias genéticas identificáveis através de PGD. Os métodos utilizados para o exame do blastômero são o PCR (do inglês **Polimerase Chain Reaction**), que permite a replicação de uma seqüência de DNA para análise, e o FISH (do inglês **Fluorescence in situ Hybridization**), no qual os cromossomos são marcados com reagentes luminescentes.

É claro que a adoção dessa técnica não deixa margem à ilusão. Se os

ADI 3.510 / DF

embriões cujo diagnóstico é negativo são implantados e nascerão com a certeza de que não sofrerão das anomalias pesquisadas, é certo que aqueles cujo diagnóstico é positivo não serão escolhidos para implantação. Pior, serão, na grande maioria dos casos, simplesmente descartados. É a realidade da seleção genética, um grande fantasma da manipulação de embriões.

As técnicas de manipulação de gametas e embriões desenvolvidas nas clínicas de reprodução assistida permitem atualmente a realização de diversos procedimentos de intervenção no processo de reprodução e desenvolvimento humanos, dos quais a seleção genética possibilitada pelo diagnóstico pré-implantação é apenas um dos mais simples.

É hoje possível, por exemplo, a clonagem por divisão artificialmente provocada de embriões, a clonagem por intermédio da transferência do núcleo de uma célula somática humana para um óvulo humano, a clonagem por meio da transferência do núcleo de uma célula somática humana para um óvulo animal (sendo os dois últimos processos variações do procedimento chamado SCNT (**somatic cell nuclear transfer**), o transplante pronuclear (transferência do pronúcleo de um óvulo fertilizado para um óvulo de terceiro cujo núcleo foi retirado), a partenogênese de um óvulo humano, a criação artificial de quimeras (através da conjugação de blastômeros obtidos de diferentes embriões), a ginogênese (transplante pronuclear utilizando apenas o núcleo da mãe) e a androgênese (transplante pronuclear utilizando apenas o núcleo do pai) (cf. AUSTRALIAN GOVERNMENT NATIONAL HEALTH AND RESEARCH COUNCIL. **Human Embryo – A Biological Definition**, 2005. págs.16 a 19).

O estudo de **Fukuyama e Furger** reporta o caso de um casal que concebeu três filhos com a técnica da co-cultura, pela qual o óvulo fertilizado *in vitro* foi cultivado por vários dias em tecido animal, o que provavelmente terá transferido material genético animal para as crianças. Outro experimento envolveu a produção artificial de uma quimera humana através da fusão de blastômeros de dois embriões, um masculino e outro feminino. O teste, segundo o autor do estudo, visava demonstrar a possibilidade de uma correção genética, mas foi considerado um engodo (**op.cit.**, pág. 87).

analis

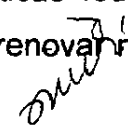
ADI 3.510 / DF

Tudo isso mostra que a experimentação científica parece não se conter em limites auto-impostos. As repercussões do uso prático dessas técnicas transbordam do plano jurídico e das dificuldades de identificação parental para atingir o marco definidor da espécie humana, com conseqüências sequer imaginadas.

É claro que para o cientista, no recôndito de sua curiosidade intelectual, aberto a experiências de toda ordem, o ideal é a ausência de qualquer tipo de limitação para o desenvolvimento de suas pesquisas. Mas é preciso não esquecer que ao lado da ciência biológica e das demais ciências exatas outras ciências interagem no existir do homem. É o que ocorre com a filosofia, a ética, o direito. A interação dessas ciências é que enseja a plenitude da vida humana. Por essa razão é que muitos estudos são dedicados hoje à bioética, considerando-se necessariamente que a descoberta de hoje será ultrapassada no futuro, se nós admitirmos, ao contrário de muitos filósofos, a divisão do tempo fora da existência do tempo presente. Ademais, as limitações éticas ou filosóficas não significam redução da liberdade de pesquisar. Ao reverso, podem significar confiança ilimitada na capacidade dos cientistas de alcançar resultados com menor risco, relevando que a redução do risco é imperativa quando se trata de vida humana a partir da união dos cromossomos ou, se assim preferirmos, a partir da necessidade de assegurar a dignidade humana.

Quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da inviabilidade do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, abre campo minado para a eugenia, que sob nenhum aspecto pode ser tolerada. Admitir que as clínicas de reprodução assistida sejam as responsáveis pela identificação das alterações genéticas e morfológicas para descartar os embriões, equivale a investi-las de poder absoluto sobre o que pode, ou não, desenvolver-se autonomamente até o nascimento com vida. Esse poder, certamente, não nos pertence.

O conceito de células-tronco não é objeto de controvérsias na comunidade científica, podendo ser adotada a definição dada pelo **National Institute of Health**, órgão governamental americano responsável pelas políticas federais de saúde: são células não especializadas, que têm a faculdade de se renovar mediante



ADI 3.510 / DF

um processo autônomo de divisão e se caracterizam pela possibilidade de, sob certas condições fisiológicas ou experimentais, transformarem-se em células de função especializada, como células cardíacas ou produtoras de insulina (**Stem cell basics**. Disponível em: <<http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics1.asp>>. Acesso em 6mar.2008).

O conceito é fundamentalmente o mesmo do Glossário da **International Society for Stem Cell Research – ISSCR**:

“Células que têm a dupla capacidade de se auto-renovar (produzir mais células-tronco por divisão celular) e de se transformarem em células maduras e especializadas” (Disponível em: <<http://www.isscr.org/public/glossary.htm#stem>>. Acesso em 7mar.2008).

E também da **European Molecular Biology Organisation – EMBO**:

“Célula-Tronco – Célula que pode produzir continuamente células-filhas idênticas e tem a capacidade de produzir células-filhas com diferentes e mais específicas propriedades” (cf. SMITH, Austin. **A glossary for stem cell biology**, in *Stem Cell Research – Status, Prospects, Prerequisites*. EMBO, 2006. pág. 75).

Dois são os tipos de células-tronco de acordo com sua origem, ou fonte: as células-tronco embrionárias e as células-tronco adultas. Estas, é importante que se diga, são extraídas de tecidos já desenvolvidos, como a pele, sangue, intestinos e músculos e também do cordão umbilical. Têm sido assim chamadas exatamente para diferenciá-las das células-tronco embrionárias, obtidas de embriões. Quanto às últimas, vale anotar que são obtidas de embriões oriundos de processos de fertilização assistida e não de fertilização natural.

Vale transcrever a definição do NIH no já citado **Stem Cell Basics** mostrando que as células-tronco embrionárias *“são derivadas de embriões. Mais precisamente, células-tronco embrionárias são derivadas de embriões que se desenvolveram de óvulos fertilizados in vitro – em uma clínica de fertilização in vitro – e posteriormente doados para fins de pesquisa com o consentimento informado dos doadores. Elas não são derivadas de óvulos fertilizados no corpo de uma mulher. Os*

oiv

ADI 3.510 / DF

embriões dos quais derivam as células-tronco embrionárias têm, em regra, cinco ou seis dias de existência e são uma microscópica bola de células chamada blastocisto" (Disponível em: < <http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics3.asp>>. Acesso em 7mar.2008). Na Enciclopédia Eletrônica Medline Plus, as células-tronco embrionárias "são obtidas tanto de fetos abortados quanto de óvulos fertilizados decorrentes da fertilização *in vitro* (FIV). Elas são úteis para finalidades médicas e de pesquisa pois são capazes de produzir células para quase todos os tecidos do corpo". As células-tronco adultas, por sua vez, "não são tão versáteis para fins de pesquisa por serem específicas de certos tipos de célula, como as sanguíneas, intestinais, epidérmicas e as musculares (Disponível em: <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/007120.htm>>. Acesso em 7mar.2008). E no Glossário do ISSCR, as células-tronco adultas são "encontradas em diferentes tecidos do organismo adulto desenvolvido e que permanecem em um estado de não especialização. Essas células podem gerar células especializadas do tecido do qual foram obtidas, ou seja, uma célula-tronco cardíaca pode gerar uma célula de função muscular cardíaca, mas ainda não está claro se podem gerar todos os tipos de célula do corpo". As células-tronco embrionárias, segundo o Glossário, "são células derivadas do aglomerado interior de células do blastocisto. Uma célula-tronco embrionária é auto-renovável (pode se auto-replicar), pluripotente (pode formar todos os tipos de célula encontrados no corpo) e, em tese, imortal" (Disponível em: <<http://www.isscr.org/public/glossary.htm#stem>>. Acesso em 7mar. 2008).

A obtenção da primeira linhagem de células-tronco de embrião humano, em 1998, é atribuída a **James Thomson** e sua equipe (THOMSON et al. **Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts**. in *Science*. v. 282, 1998). A fonte das células das quais derivaram as linhagens obtidas é o embrião na fase de blastocisto, quatro ou cinco dias após a fertilização.

O método para obtenção é derivado daquele utilizado em camundongos desde 1981 e é descrito com detalhes no requerimento da patente ao Registro de Patentes dos Estados Unidos da América, envolvendo a extração de parte da massa central celular (ICM – **inner cell mass**) do blastocisto (Claim. Item 9. United States

Orlando

ADI 3.510 / DF

Patents Office, appl. nº 09/106390, 26/6/1998). Com isso, o trofectoderma é removido e o embrião é desagregado, destruído.

Esse é o método comumente utilizado para a obtenção de células-tronco embrionárias. Pode-se dizer que é o método padrão e através dele é que foi obtida a grande maioria das linhagens atualmente disponíveis. Por isso é que a obtenção de células-tronco embrionárias é associada à destruição do embrião.

Como se vê, a principal diferença apontada entre as células-tronco embrionárias e as adultas, no que se refere a sua capacidade terapêutica, reside na flexibilidade ou plasticidade. O art. 3º da Lei nº 11.105/2005, sob exame, indica essa característica ao conceituar as células-tronco embrionárias como "*células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer organismo*"

Sem sombra de dúvida, há praticamente um consenso quanto às expectativas despertadas pelas células-tronco embrionárias, mas é bom deixar claro que a promessa a elas atribuída não tem, pelo menos ainda, garantia de concretização. Nesse sentido, o respeitado cientista Stevens Rehen, em entrevista concedida ao Instituto Virtual de Células-Tronco, acredita "*ser precoce qualquer sugestão de aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias humanas*" (Disponível em: <http://www.ivct.org/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=2>. Acesso em 26mai. 2008).

São pertinentes as palavras do Deputado da Assembléia Nacional francesa, **Pierre-Louis Fagniez**, ao assinalar que as "*células-tronco adultas, as células-tronco embrionárias e a clonagem terapêutica são incontestavelmente os grandes personagens da pesquisa atual. Eles cativam a sociedade e alimentam um imaginário que fascina os homens desde a Antigüidade: o da regeneração, caminho para a imortalidade. Um grande prêmio literário não foi atribuído a um romance que versava justamente sobre o tema da clonagem? As pesquisas nesse domínio bastante sensível suscitam reações passionais, constituídas de esperança e de angústias. Chamadas a revolucionar a medicina regenerativa, elas poderiam levar a terapias de um novo século. Mas predições não são antevisões: ainda que verossimilhantes, é bem difícil de antecipar seus resultados. A razão e a emoção se misturam sempre.*"

omit

ADI 3.510 / DF

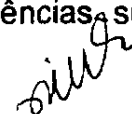
confundindo os argumentos que derivam de verdades científicas ou meras convicções”
(**Cellules souches et choix éthiques - rapport au premier ministre**. pág. 5, grifou-se).

É importante afirmar e reafirmar que a qualidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para a investigação científica não pode ser desconsiderada. Nem nos cabe fazer, sob nenhum ângulo, avaliações científicas sobre o assunto. Isso quer dizer, no meu entender, que a comparação entre as duas fontes de células-tronco não é argumento a ser considerado para o julgamento da presente ação. Muito menos a tentativa de desqualificação da pesquisa com células-tronco embrionárias, considerando que os cientistas trabalham com a perspectiva de melhores resultados com esse tipo celular.

O que se examina, repita-se, é se o método de obtenção dessas células através da destruição do embrião pode ser admitido. A menção comparativa das células-tronco diante do estado atual das pesquisas com cada um de seus tipos releva apenas para o cumprimento do dever de esclarecimento que entendo necessário no desenvolvimento do meu raciocínio.

Um levantamento das últimas notícias publicadas em páginas especializadas da internet, como Publimed, Nature, New Scientist e Bio-Medicine, mostra que algumas pesquisas com células-tronco adultas já resultam em determinadas terapias, enquanto que as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, mesmo que bastante promissoras, ainda se encontram, até mesmo pelo curto tempo de existência, em fase inicial.


No caso de células-tronco adultas, além do transplante de medula óssea, que serve para combater a leucemia e os linfomas, já se noticiam resultados, ainda que modestos, no tratamento de algumas doenças cardíacas, foi o que constatou o Dr. **Richard K. Burt**, da Faculdade Feinberg de Medicina da Northwestern University, ao analisar centenas de estudos realizados entre janeiro de 1997 e dezembro de 2007, dos quais 323 avaliaram viabilidade e toxicidade e 69 avaliaram resultados em pacientes. Em 17 estudos envolvendo 1.002 pacientes que sofreram ataques cardíacos, 16 deles, com 493 pacientes, mostraram evidências sugerindo que o



ADI 3.510 / DF

transplante de células-tronco adultas levou a modestas melhoras na função cardíaca (Disponível em: <<http://www.bio-medicine.org/medicine-news-1/Adult-Stem-Cells-Help-Those-With-Immune-Disorders--Heart-Disease-12798-1/>>; v. tb. **The Journal of American Medical Association**. v. 299. nº 8, de 27 de fevereiro de 2008).

No Brasil, o Dr. Julio César Voltarelli, defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias, avança no tratamento do **diabetes mellitus**, como ele mesmo teve a oportunidade de registrar na audiência pública de 20/4/2007. Além dele, e dentre outros: (a) o Dr. Adalberto Luiz Rosa, na Universidade de São Paulo, unidade de Ribeirão Preto, investiga a utilização de células-tronco derivadas de medula óssea na reparação de tecidos ósseos; (b) o Dr. Alfredo de Miranda Góes, na Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, tenta promover a osteogênese usando células-tronco mesenquimais humanas; (c) no Centro de Pesquisa Gonçalo Muniz, da FIOCRUZ, busca-se a terapia com células-tronco de medula óssea em indivíduos portadores de mielopatia associada à infecção por HTLV-1 e de traumatismo agudo; (d) na Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, o Dr. Clodomiro Alves Júnior tenta a diferenciação, a adesão e a proliferação de células-tronco de cordão umbilical em biomateriais com superfícies modificadas; (e) o Dr. Hans Jurgen Fernando Dohmann pesquisa, no PROCEP (Centro de Ensino e Pesquisa do Pró-Cardíaco), o transplante autólogo de células mononucleares da medula óssea – angiogênese na cardiopatia isquêmica; (f) o Dr. Ibsen Bellini Coimbra tenta a indução de condrogênese a partir de células-tronco de cordão umbilical; (g) na PUC do Rio Grande do Sul, o Dr. Jaderson Costa Dacosta busca o transplante de células-tronco da medula óssea para tratamento do processo neurodegenerativo induzido por epilepsia, enquanto o Dr. Jefferson Luis Braga da Silva tenta a utilização de células-tronco adultas no tratamento de cicatrizes queloidianas e de lesões nervosas periféricas; (h) o Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos, da FIOCRUZ, trabalha com células-tronco adultas do fígado com vistas à reparação de tecidos desse órgão; (i) a Dra. Maria Eugênia Leite Duarte, na Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, tenta utilizar células-tronco mesenquimais no reparo da osteonecrose e reconstrução de perdas ósseas; e (j) também relacionada a cardiopatias, a pesquisa de Renato Abdala Karam Kalil



ADI 3.510 / DF

(transplante autólogo de células-tronco da medula na miocardiopatia dilatada não-isquêmica – Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul/Fundação Universitária de Cardiologia - IC-FUC).

A imprensa noticiou há poucos dias que cientistas da PUC do Paraná, em parceria com a Santa Casa de Misericórdia de Curitiba e a Fundação Oswaldo Cruz, do Rio, conseguiram criar vasos capilares através do uso de células-tronco adultas extraídas do cordão umbilical (O Estado de São Paulo, edição de 14/5/2008, pág. A47).

No que concerne às células-tronco embrionárias, em um dos artigos mais citados pelos estudiosos na área biotécnica, os autores dão conta de que, no período entre 1º/1/1998 e 31/12/2005, 315 (trezentos e quinze) relatos de pesquisas com essas células foram publicados, dos quais 28% diziam respeito à sua diferenciação em células ou tecidos especializados, enquanto outros 27,5% à sua caracterização molecular. Outros 33% relacionavam-se à derivação de linhagens ou ao desenvolvimento de melhores técnicas de cultura (GUHR, Anke et al. **Current state of human embryonic stem cell research: an overview of cell lines and their use in experimental work**. Stem Cells, 2006).

As notícias acerca de pesquisas com células-tronco embrionárias extraídas da página *Bio-Medicine*, em 13/3/2008, confirmam esse quadro, anunciando experimentos em fase de testes que podem levar a terapias para inibir melanomas; curar a diabetes, tendo sido criadas células produtoras de insulina; tratar derrames; reparação do tecido muscular cardíaco; recriar cartilagem; e contra a catarata (exemplos foram retirados da página Bio-Medicine.org. Disponível em: <<http://news.bio-medicine.org/medicine.asp?s=Stem%20Cell%20Research&w=Stem%20Cell&page=1&i=1>>).

No Brasil, atualmente são desenvolvidas as seguintes pesquisas relacionadas com células-tronco embrionárias humanas: (a) no Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras e na Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, o Dr. Antonio Carlos Campos de Carvalho busca mecanismos de diferenciação e uso terapêutico; (b) na Universidade Federal de Goiás, a Dra. Lídia Andreu Guillo testa o

Lidia Andreu Guillo

ADI 3.510 / DF

uso de nanopartículas magnéticas na expansão *in vitro* dessas células; (c) a Dra. Lygia Pereira, no Laboratório de Genética Molecular da Universidade de São Paulo – USP, tenta estabelecer novas linhagens; (d) também na USP, a Dra. Mari Cleide Sogayar testa o uso de células-tronco embrionárias no reparo de lesões em doenças degenerativas (diabetes, hepatopatias, neuropatias, lesões ósseas e lesões renais); e (e) no Rio de Janeiro, o Dr. Stevens Kastrup Rehen, no Laboratório de Neurogênese e Diferenciação Celular da UFRJ, busca o controle da aneuploidia e a diferenciação neural. Aliás, é importante que se registre o empenho e a seriedade dos respeitados pesquisadores que atuam na Universidade Federal do Rio de Janeiro, vencendo dificuldades materiais, como o próprio Dr. Stevens e os Doutores Radovan Borojevic e Cláudia Maria de Castro Batista, Pós-Doutora em Neurociências pela Universidade de Toronto, Canadá, e responsável pelo estudo de células-tronco neurais em modelos pré-clínicos e em doenças neurodegenerativas.

Muito importante é o registro da descoberta de **Shinya Yamanaka**, cientista da Universidade de Kioto, Japão. Ele conseguiu, em novembro de 2007, transformar células-tronco adultas em células de caráter pluripotente, ou seja, equiparáveis às células-tronco embrionárias, através do que se chamou de “*reprogramação celular*”, um método alternativo que vem sendo considerado bastante promissor e capaz de suplantar, como fonte de células-tronco pluripotentes, o método corrente. Algum tempo depois, cientistas americanos igualaram o feito, um deles o próprio Dr. **James Thomson**.

Embora ambos afirmem que ainda levará certo tempo para que essas células possam ser usadas da mesma forma que as células-embrionárias, **James Thomson**, que confessou ter sempre se preocupado com as implicações éticas das pesquisas com embriões, prevê que “*daqui a uma década, isso [a problemática das pesquisas com células-tronco embrionárias] será apenas uma histórica nota de rodapé*”. A propósito das descobertas, o Dr. **Ian Wilmut**, criador da ovelha “Dolly”, acabou declarando que iria abandonar as pesquisas com transferência nuclear para se dedicar à reprogramação celular.

De todos os modos, não é razoável, como ~~já~~ *acentuei*, sob nenhum

Wilmur

ADI 3.510 / DF

ângulo, desqualificar a qualidade das células-tronco embrionárias, reconhecidas cientificamente como de maior espectro para as pesquisas com objetivo terapêutico. A circunstância de oferecerem maior risco carcinogênico do que as células-tronco adultas não quer dizer que estas não sejam suscetíveis de riscos assemelhados. A questão, portanto, está assentada no plano científico, a cargo dos pesquisadores, não nos cabendo analisar ou avaliar.

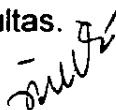
No atual contexto, os avanços e resultados diariamente obtidos nas pesquisas com células-tronco adultas e embrionárias ora aumentam, ora reduzem as diferenças entre um e outro tipo e, por conseguinte, as suas reais possibilidades de aplicação terapêutica. Por isso, segundo boa parte dos cientistas, ainda não seria interessante abandonar uma ou outra linha de pesquisa.

Permanece, então, no presente estado da ciência, uma divisão intransponível, que subjaz a este julgamento: para serem obtidas as células-tronco embrionárias, segundo o método adotado como padrão, o embrião humano é destruído, o que é inaceitável para muitos.

Do debate que vem sendo travado em praticamente todo o mundo ocidental, colhem-se argumentos de diferentes naturezas, favoráveis e contrários às pesquisas com embriões em geral e com células-tronco embrionárias em particular.

Os argumentos favoráveis às pesquisas são geralmente:

- (i) o custo da destruição do embrião é coberto pelos benefícios a serem obtidos;
- (ii) o embrião não é apenas um aglomerado de células, mas não tem o mesmo valor que o ser humano vivo ou mesmo o feto;
- (iii) considerando que são embriões excedentes de um processo de FIV e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas só traria benefícios;
- (iv) as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas.



ADI 3.510 / DF

Por sua vez, os argumentos contrários às pesquisas amparam-se:

- (i) na premissa de que o óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo, já é vida humana;
- (ii) na existência de métodos alternativos de pesquisa que dispensariam a destruição do embrião;
- (iii) na existência de insubsistências nas pesquisas com células-tronco embrionárias;
- (iv) na superestimação das potencialidades dessas pesquisas.

No meu entendimento, a valoração do embrião é crucial para o debate. De fato, a se entender que não tem nenhum valor especial, pelo menos um valor diverso do que aquele de um conjunto de células em cultura, todos os empecilhos éticos desapareceriam. A conclusão não é muito diversa se a medida desse valor supera a de um grupo de células, mas não alcança aquela de um ser humano formado ou mesmo de um feto. Sua destruição, nessa visão, não passaria da eliminação de um material biológico.

É essa, por exemplo, a visão de **Fukuyama e Furger** quando anotam que *“nós não partimos de uma posição pró-vida. Nós acreditamos que os embriões humanos têm um status moral intermediário. Eles não são moralmente equivalentes aos recém-nascidos; a destruição de um embrião para nós não se compara a um homicídio”* (op.cit., págs. 44/45).

O problema ganha corpo e substância quando se entende que o embrião tem um valor idêntico ao de um ser humano já nascido.

Jürgen Habermas, como de hábito, estuda em profundidade esse tema, merecendo destacado o trecho que exhibe a polaridade que o assunto provoca:

“Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um ‘amontoado de células’ e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade

miter

ADI 3.510 / DF

humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de direitos fundamentais” (O Futuro da natureza humana. São Paulo, Martins Fontes, 2004. pág. 44).

Uma alegoria filosófica bem antiga torna-se apropriada neste tema: o **Paradoxo Sorites**, atribuído ao filósofo de Mégara Ebulides de Mileto e popularizado pelos estóicos, talvez inspirado por Zenão de Eléia, também referido por Aristóteles, que autoriza um questionamento sobre a fluidez dos conceitos. Um grão de areia forma um monte de areia? Dois grãos? Três? Um milhão? Talvez sim. Indaga-se, então, em que momento a adição de um único grão de areia origina o monte.

Os problemas que se encaixam nesse paradoxo podem ser geralmente resolvidos adotando-se uma convenção.

E é isso que muitos se propõem a fazer, com base em alguns eventos bem identificados durante o processo de reprodução humana: blastocisto, formação da linha primitiva, nidação, movimento, nascimento etc.

Em *Roe vs Wade*, Justice **Harry Blackmun** adotou uma dessas convenções. Não para determinar o início da vida, mas para estabelecer em que momento passaria a existir um direito do feto à vida, inviolável mesmo em contraste com o direito da mãe.

De certa forma, foi o que fez o douto Ministro **Carlos Britto** ao comparar a vida do embrião preservado em laboratório com a vida do embrião implantado no útero de uma mulher e a vida de um recém-nascido (vida biográfica), para não reconhecer ao primeiro um direito absoluto à sua preservação. Leia-se:

“(…) as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose” (grifos originais).

A idéia da metamorfose, contudo, é desafiada pelos que valorizam o

mulher

ADI 3.510 / DF

embrião. Um dos principais argumentos em contrário é amparado em estudos que indicam haver diversos estágios contínuos no processo de desenvolvimento embrionário e fetal, não sendo possível isolar as etapas e, portanto, considerar algumas mais importantes que outras.

Essa visão não seria, assim, fruto de uma crença ou de um dogma, mas de uma inferência lógica a partir dos dados que informam o processo de reprodução humana.

Nessa linha, fixar um marco por convenção, ao meu sentir, não passaria de uma escolha arbitrária.

A dificuldade do problema fica clara quando são analisadas as decisões tomadas pelos diversos países do mundo sobre o tema, o que mostra sua universalidade e sua desvinculação da dogmática religiosa.

O dissenso em escala global impediu que a Organização das Nações Unidas – ONU regulamentasse as pesquisas com células-tronco embrionárias, limitando-se a divulgar, em 8/3/2005, uma declaração sobre a clonagem humana, que foi rejeitada por diversos países, dentre os quais o Brasil, por conta da alegada ambigüidade do termo “*vida humana*”, que poderia impedir a clonagem terapêutica, método adotado por algumas nações e do qual deriva, segundo muitos, um organismo em nada diferente de um embrião (Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana, 59ª Assembléia Geral; 82ª Reunião, item 150 – Disponível em: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf?OpenElement>).

A União Européia não fugiu ao debate, mas tampouco obteve o consenso de seus membros quanto a uma posição única e, por decisão de 25/4/2007, deixou os estados-membros livres para autorizar ou proibir as pesquisas com células-tronco embrionárias, o que se interpretou como estímulo ao desenvolvimento de pesquisas inovadoras (cf. *Le Monde*, edição de 27/4/2007).

Assim, a Europa se divide exatamente entre os países que proíbem e os que autorizam as pesquisas com células-tronco embrionárias, sendo que estes últimos praticam diferenciados graus de intervenção na respectiva regulamentação.



ADI 3.510 / DF

Alinham-se entre os países que proíbem as pesquisas, a Alemanha, a Itália, a Áustria e a Polônia (**Cellules souches et choix éthiques**, pág.140-3; e **Beyond bioethics – a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies**. Também <<http://www.mbbnet.umn.edu/scmap.html>>).

Na Alemanha, a proibição é a regra, mas, excepcionalmente, é admitida a importação e a utilização de células-tronco embrionárias, desde que: (i) tais células-tronco tenham sido obtidas até determinada data no país de origem, de acordo com a legislação respectiva, e tenham sido preservadas em cultura ou por meio de métodos criogênicos (a data limite prevista originalmente era a de 1º de janeiro de 2002, tendo sido revista recentemente para 1º de maio de 2007 (“Parlamentares Alemães Diminuem Restrições Sobre Células-Tronco”, O Estado de São Paulo, 11/4/2008); (ii) os embriões dos quais se originaram tenham sido obtidos através de fertilização *in vitro* conduzida por médico e com o propósito de induzir a gravidez, não servindo mais a esse fim por razões inerentes ao próprio embrião; (iii) nenhum pagamento ou outra vantagem patrimonial tenha sido prometido em troca da doação desses embriões; (iv) a pesquisa seja aprovada pela agência competente, mediante análise da descrição do projeto e da compatibilidade de suas razões científicas com o objetivo de (a) gerar conhecimento em pesquisa básica ou (b) desenvolver métodos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos a serem aplicados a seres humanos; (v) o objeto da pesquisa já tenha esgotado todos os meios envolvendo células animais ou experimentos com animais; (vi) o conhecimento científico a ser obtido não possa ser alcançado senão através do uso de células-tronco embrionárias; (vii) tais células-tronco sejam aquelas registradas em um registro público, cientificamente reconhecido, mantido por agências governamentais ou agências autorizadas pelo respectivo governo; e (viii) receba a aprovação de um comitê ético (**Stem Cell Act – Stammzellgesetz – StZG**, 28 de junho de 2002). A autorização ainda pode ser concedida por tempo limitado.

De acordo com a Lei de Proteção ao Embrião, de 1º de janeiro de 1991 (Gesetz Zum Schutz Von Embryonem), só é permitida a fertilização de três óvulos por ciclo e também não se permite a implantação de mais de três embriões.

ADI 3.510 / DF

A legislação alemã foi novamente submetida ao Parlamento neste ano, tendo sido elaborados quatro modelos básicos de regulamentação: o que mantinha o modelo atual; o que previa a liberação de todas as pesquisas e formas de manipulação do embrião; o que buscava a proibição integral; e, finalmente, o que foi aprovado, contendo apenas uma extensão do termo final de congelamento dos embriões admitidos para pesquisa (**Germany eases stem cell restrictions. deutsche welle**. Disponível em: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,3259556,00.html?maca=enkalendarblatt_topthema_englisch-347-rdf>. Acesso em: 11abr. 2008).

A França, através de lei de 6 de agosto de 2004 (Lei nº 2004-800 – **Relative à la Bioéthique**), adotou uma interessante posição. Embora mantendo o princípio de proibição de pesquisas com células-tronco embrionárias estabelecido desde a Lei de Saúde Pública de 1994, concedeu uma permissão temporária, uma moratória de 5 (cinco) anos, contada da data de publicação do decreto regulamentar de 7/2/2006, ou seja, até 2011.

Até lá, as pesquisas dependem dos seguintes requisitos: (i) devem se dar a partir de embriões oriundos de FIV para fins de procriação, que não sejam mais objeto de um projeto parental; (ii) devem se destinar a projetos terapêuticos significativos; (iii) não podem ser substituíveis por métodos alternativos de eficácia comparável; e (iv) devem ser autorizadas pela ABM – Agence de la Biomédecine após ouvido o conselho de orientação (**Cellules souches et choix éthiques**. págs. 174/175; Agence de la Biomédecine – página na Internet: <<http://www.agence-biomedecine.fr/fr/index.aspx>>).

Dentre os países que autorizam a pesquisa, destacam-se, na Europa, a Grã-Bretanha, a Bélgica e a Suécia.

A Grã-Bretanha regula as pesquisas com células-tronco embrionárias desde 1990, com a edição do “**Human Fertilisation and Embriology Act**” – HFE (§ 11(1)c e Anexo 2, §3), sobressaindo-se por já não proibir sequer a clonagem terapêutica e a criação de embriões para fins de pesquisa.

Exerce papel fundamental no sistema britânico a autoridade criada pelo HFE (**Human Fertilisation and Embriology Authority – HFEA**). Suas principais

mitte

ADI 3.510 / DF

atribuições são: (i) conceder licenças para fiscalizar as clínicas de reprodução assistida que utilizem de processos de fertilização *in vitro* (FIV); (ii) conceder licenças para funcionamento dos centros de pesquisa com embriões humanos e fiscalizá-los; (iii) conceder licenças e fiscalizar os bancos de estocagem de gametas e embriões; (iv) manter um registro de doadores de gametas, tratamentos de fertilização e crianças nascidas desses tratamentos; e (v) elaborar um código de conduta a ser observado pelas clínicas de reprodução assistida e centros de pesquisa.

Existem rigorosos controles de acompanhamento (relatórios periódicos devem ser enviados às autoridades de seis em seis meses), de necessidade (as pesquisas não serão autorizadas, por exemplo, se podem ser substituídas por aquelas com células-tronco de animais ou adultas) e de objetivos (as pesquisas devem buscar a implementação de técnicas de tratamento de esterilidade ou de diagnóstico de doenças hereditárias, o conhecimento relativo a abortos espontâneos, o desenvolvimento de técnicas de contracepção mais eficazes e de detecção de anomalias cromossômicas hereditárias, o conhecimento do desenvolvimento dos embriões e o tratamento de doenças graves – Anexo 2, §3(2)).

A despeito da liberalidade do legislador, que admite até mesmo a fertilização de óvulo animal com espermatozoides humanos (Anexo 2, §1(1)f e §3(5)), as proibições não deixam de ser enumeradas, demonstrando a preocupação com o sempre real e iminente perigo de utilização indevida do material de pesquisa. Assim, por exemplo: (i) introduzir no útero de uma mulher um embrião que não seja humano ou gametas que não sejam humanos; (ii) guardar ou manipular embriões após o aparecimento da linha primitiva (14 dias); e (iii) substituir o núcleo celular de um embrião com o núcleo de outro embrião ou de outra pessoa (§ 3(3)). Atualmente, está em discussão no Parlamento uma revisão do HFE, apelada de **Human Fertilisation and Embriology Bill**, que pretende ampliar ainda mais as possibilidades de pesquisa com embriões. Uma das mais destacadas envolve a criação de embriões híbridos (DNA humano em citoplasma de vaca) para lidar com a escassez de células-tronco para pesquisa, ensejando a criação de novas linhagens (Disponível em: <<http://services.parliament.uk/bills/2007-08/humanfertilisationandembryology.html>>).

ADI 3.510 / DF

A Suécia também se destaca ao permitir, desde 1991, as pesquisas diretamente com os próprios embriões (também até o seu 14º dia de existência e vedada sua implantação) e a partir de 2005 com as células-tronco embrionárias, desde que autorizadas por um comitê ético que determina, antes de cada pesquisa, um estudo sobre seus benefícios e riscos (**Cellules souches et choix éthiques**. pág.137).

A Espanha, que em 2003 editou uma lei que restringia as pesquisas com embriões que já estivessem congelados até aquele ano, editou, em 26 de maio de 2006, a **Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida**, levantando essas restrições e deixando aos pais biológicos a decisão sobre sua utilização. Esse país foi mais além e se juntou à Grã-Bretanha, Suécia e Bélgica na lista de países que admitem a clonagem terapêutica. Interessante é a preocupação no sentido de que *"el tratamiento deberá evitar la gestación múltiple, la práctica de la reducción embrionaria y la generación de preembriones supernumerarios"*, limitando a implantação a 3 (três) pré-embriões (considerados os óvulos fecundados com até 14 dias de existência). A imposição da lei anterior, que limitava a fecundação a um máximo de 3 (três) ovócitos por ciclo foi retirada.

Na Bélgica, a lei de 11 de maio de 2003 (**loi relative à la recherche sur les embryons in vitro**) admitiu a pesquisa com embriões em cultura, desde que: (i) tenha objetivo terapêutico ou de contribuição para o conhecimento em matéria de fertilidade, de esterilidade ou de formação de órgãos e tecidos; (ii) seja baseada nos conhecimentos científicos mais atualizados e satisfaça as exigências de uma metodologia correta de pesquisa científica; (iii) seja efetuada em um laboratório autorizado, ligado a um programa universitário de medicina reprodutiva; (iv) seja supervisionada por um médico especialista ou um doutor em ciências; (v) os embriões tenham até 14 (quatorze) dias de existência sem congelamento; e (vi) não existam outros métodos de pesquisa alternativos com eficácia comparável. Exige-se, ainda, o consentimento prévio dos doadores. A criação de embriões **in vitro** somente é autorizada se o objetivo da pesquisa não for alcançável com os embriões excedentes (Disponível em: <<http://www.staatsbladclip.be/lois/2003/05/28/loi-2003022592.html>>).

Em Portugal, a Lei nº 32/2006, de 26 de julho, permitiu através de seu



ADI 3.510 / DF

art. 9º, as pesquisas com embriões, sempre que observadas as condições ali estabelecidas, como a proibição da criação de embriões e da investigação científica para fins outros que não a prevenção, o diagnóstico ou a terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida e para a constituição de bancos de células-tronco para transplante ou quaisquer outras finalidades terapêuticas. O uso de embriões para pesquisa somente será admitido se for razoável esperar que resulte em benefício para a humanidade. A pesquisa, de todo modo, deverá ser previamente apreciada e aprovada pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Nos Estados Unidos, como se sabe, os estados federados estão livres para baixar suas próprias políticas, havendo restrição apenas no que se refere ao financiamento público federal.

Nessa linha, proíbem quaisquer pesquisas envolvendo embriões os Estados da Flórida, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, Dakota do Norte, Pensilvânia e Dakota do Sul. Permitem-nas, com exceção da transferência celular, os Estados de Arkansas, Indiana, New Hampshire e Virgínia. Além desses, e permitindo a transferência celular, os Estados da Califórnia, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachussets, Missouri, Nova Jersey e Rhode Island. Financiamentos públicos são expressamente proibidos nos Estados do Arizona, Geórgia, Michigan, Missouri e Nebraska; e permitidos na Califórnia, Connecticut, Illinois, Maryland, Nova Jersey, Ohio e Virgínia (Disponível em: <http://www.hinxtongroup.org/usa_map.html>). Há registro de que a Califórnia tenha aprovado um investimento total de três bilhões de dólares nas pesquisas com células-tronco embrionárias (Disponível em: <<http://www.mbbnet.umn.edu/scmap.html>>).

O Canadá editou, em 29 de março de 2004, um ato (**Assisted Reproduction Act**) que autoriza as pesquisas com embriões e que também impõe alguns requisitos, destacando-se a exigência de consentimento informado (Disponível em: <http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/index_e.html>).

Na Ásia, Japão, China, Coréia do Sul e Cingapura autorizam tanto a pesquisa com embriões quanto a clonagem terapêutica, sendo que, no primeiro, apenas uma instituição (a Universidade de Kioto, através de seu **Stem Cell Research**

smith

ADI 3.510 / DF

Center) está autorizada a produzir linhagens de células-tronco embrionárias.

A Austrália, por fim, adota um critério, chamado por **Fukuyama e Furger** (op. cit.) de “*auto-regulamentação regulamentada*” (pág. 153), que autoriza a pesquisa com embriões, mas restringe uma série de técnicas.

O que se verifica no direito comparado é que há preocupação não apenas quanto à definição do estatuto do embrião, mas também quanto às conseqüências do progresso das técnicas de manipulação genética e celular, especialmente aquelas relacionadas ao uso de gametas e de embriões.

Questões como seleção de sexo, comercialização de gametas e embriões, diagnóstico genético pré-implantação, clonagem reprodutiva, aperfeiçoamento genético, cisão de embriões, criação de embriões para fins de pesquisa e experimentos com quimeras mostram que há um universo de possibilidades e riscos que não pode ser desprezado.

Será possível deixar de enxergar a gravidade do cenário montado, por exemplo, pelas técnicas de diagnóstico genético de embriões, em que se torna possível selecionar geneticamente aqueles que mereçam seguir adiante, descartando os demais porque portadores de defeito genético? Isso quer dizer que é possível descartar aqueles embriões em que se diagnostica a trissomia do cromossomo 21, como se os portadores da Síndrome de Down não tivessem o direito de viver.

A busca da eugenia, da raça pura, do ser humano programado em laboratórios, não é, certamente, um ideal para a humanidade. Ao contrário, a diversidade que torna iguais os desiguais e transplanta a noção de igualdade para o tratamento jurídico dos desiguais como iguais na sua diversidade é um valor ético que não pode ser menosprezado.

Observe, desde logo, que na lei brasileira sob exame não existe nenhum protocolo para orientar os procedimentos, que são hoje integralmente liberados ensejando os grandes riscos da má utilização que os contemporâneos do século XX já viveram, enlouquecidos pela purificação racial, na pior perspectiva para a grandeza infinita do ser do homem.

mit

ADI 3.510 / DF

Não me parece que esse cenário que estamos vendo autorize a simplificação do controle de constitucionalidade que agora examinamos.

Com todo o maior respeito aos que entendem em contrário, na minha compreensão, não é possível declarar-se simplesmente constitucional ou inconstitucional uma lei que desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade. Será razoável acreditar que a ciência tudo pode e que por isso não se há de impor limites, sem falar naqueles limites éticos que são essenciais à convivência social?.

Será que devemos pôr no plano mais geral de absoluta liberdade das pesquisas do poder dito incontrastável da ciência ou da proibição terminante delas, a catalogar os que se alinham na primeira como vanguardistas e os que se encontram na segunda como obscurantistas? Será que devemos fechar nossos olhos para os que na dor, no sofrimento, na angústia, juntam a fé para que um caminho seja descoberto curando os enfermos que estão próximos de nós? Será que devemos, nessa hora, liberar uma paixão sem prover uma razão?.

Respondo, sem o ceticismo de **David Hume**, que não! Ao revés, a impaciência deve ceder à tolerância com o tempo para buscar convergências que nos permitam encontrar iluminados amanheceres.

Estou convencido de que este tema que nos ocupa põe em evidência a necessidade de criar mecanismos adequados de controle, uma limitação, no campo das pesquisas que avancem sobre o genoma humano. Limites não apenas decorrentes do medo do desconhecido, do temor de nossa própria irresponsabilidade. Limites que não se originem somente de uma ponderação de benefícios e riscos, como parece ter ocorrido em grande parte do mundo ocidental, mas que decorram de uma escolha ética, livre e responsável, consciente de nossa imperfeição. Uma consciência que, paradoxalmente, terá vindo à tona apenas em virtude de nosso próprio progresso, de nosso caminhar incessante na busca da perfeição.

Nesse sentido tenho como preciso o magistério de **Hans Jonas** ao afirmar "*que os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível com esses limites, que seja tão nova quanto as situações*

analisar

ADI 3.510 / DF

*com as quais ela tem de lidar (...). O homo faber aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto. Essa culminação de seus poderes, que pode muito bem significar a subjugação do homem, esse mais recente emprego da arte sobre a natureza desafia o último esforço do pensamento ético, que antes nunca precisou visualizar alternativas de escolha para o que se considerava serem as características definitivas da constituição humana” (JONAS, Hans. **O Princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Editora PUC, 2006. pág. 57). E avançou afirmando que “(...) o homem quer tomar em suas mãos a sua própria evolução, a fim de não meramente conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la segundo seu próprio projeto. Saber se temos o direito de fazê-lo, se somos qualificados para esse papel criador, tal é a pergunta mais séria que se pode fazer ao homem que se encontra subitamente de posse de um poder tão grande diante do destino” (op. cit. pág. 61).*

O ponto que se deve relevar agora e sempre é que a biologia, o desenvolvimento das pesquisas que mexem com a vida humana, a dignidade do ser do homem, tudo isso deve necessariamente estar subordinado a valores éticos. Estes valores devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada a busca científica. Não foi outro propósito que levou **Edgar Morin** a advertir que a “*ciência, aventura desinteressada, cai nas malhas dos interesses econômicos; a ciência, aventura apolítica, toma-se refém das forças políticas, em primeiro lugar pelo Estado. (...) Foi muito difícil por muito tempo conceber que a ciência, identificada à razão, ao progresso, ao bem, podia ser profundamente ambivalente em sua natureza. (...) Os espíritos formados por um modo de conhecimento que repudia a complexidade, logo a ambivalência, não conseguem conceber a ambivalência inerente à atividade científica, em que conhecimento e manipulação são as duas faces um mesmo processo. (...) Como a ciência moderna, pela própria natureza, é indiferente a qualquer consideração ética estranha à ética do conhecimento e à ética do respeito às regras do jogo científico, há uma cegueira de muitos cientistas em relação aos problemas éticos postos pela atividade científica. Essa cegueira é criada por um processo de cegamento inerente ao conhecimento*



ADI 3.510 / DF

objetivo. Husserl, numa célebre conferência feita há 70 anos sobre a crise da ciência europeia, mostrou que havia uma mancha cega no objetivismo científico; era a mancha da consciência de si” (**O Método – 6. Ética**. Editora Sulina, 2005. págs. 70 a 72).

É claro que os cientistas não são apenas cientistas. Eles exercem suas atividades a partir de uma condição de cidadãos e cidadãs, pais e mães de família, maridos e esposas, filhos e filhas, muitos com suas próprias convicções morais e até mesmo religiosas. É isso que pode colocá-los em condições éticas de discutir seus próprios limites ou a ausência deles; nunca a sua posição de cientistas.

A questão das relações entre ética e ciência não é nova. Os iluministas **Hume** e **Kant**, no século XVIII, procuraram sentar as bases de uma moral secular livre de conotação religiosa. A idéia central era a de a moral não decorrer da mera experiência, porque esta apenas nos fornece o ser, jamais o dever-ser. **Kant** escreveu no seu clássico **Fundamentação da Metafísica dos Costumes** (1785) que a moral não é um fato, mas uma exigência da vontade humana livre. Isso faz com que a moral seja uma exigência racional, embora sem experiências confirmadoras. Como assinala o Prof. **Júlio Cabrera**, da Universidade de Brasília – UnB, em texto não publicado, mesmo em um cenário onde a totalidade da comunidade concordasse, por exemplo, com práticas segregacionistas baseadas na raça, uma única pessoa que se manifestasse contra poderia estar representando a exigência racional, mesmo se opondo à totalidade da evidência factual. Uma verdade epistêmica ou uma certeza moral não dependem diretamente do clamor unânime das comunidades empíricas por mais insistente que tal clamor possa ser.

Já no século XX, o austríaco **Ludwig Wittgenstein** (*Tractatus Logico-Philosophicus*, aforismo 6.52) resgata esse motivo iluminista e afirma que mesmo que todos os problemas científicos fossem resolvidos, o problema do sentido da vida humana permaneceria o mesmo. Em nossos dias, o alemão **Karl-Otto Apel** retoma o tema kantiano de a impossibilidade moral fundar-se na experiência, para pôr a exigência moral na era da ciência (**Necessidade, dificuldade e possibilidade de uma fundamentação filosófica da ética na época da ciência**, 1980). Para ele, seguindo os passos de **Kant**, a própria idéia de objetividade científica pressupõe um ethos, ou

ADI 3.510 / DF

seja, uma perspectiva filosófica sobre o real que sempre pode ser discutida e não simplesmente aceita como dogma. De fato, o tema central da segunda crítica kantiana deveria ser levado em consideração nessa época quase totalmente dominada pelas éticas utilitaristas, instrumentalistas e de resultados. Assim, toda a atitude diante da finitude, da dor e da morte deveria ser repensada do ponto de vista da criação de valores dos seres humanos em lugar de serem vistas apenas como problemas técnicos, segundo a visão dominante dos especialistas em saúde. Disso resulta que todos os argumentos técnicos em favor da manipulação genética e experimental em geral não são relevantes por si mesmos, sem uma aguda e nada ingênua ponderação pragmática do que os humanos com o poder de experimentar serão capazes de fazer em um mundo onde muitas idéias aceitáveis no plano semântico transformam-se, no plano da pragmática, em oportunidades de manipulação de grandes fontes de renda, espaços de comercialização e de deturpação de valores.

Tratando das relações entre ciência, ética e direito, **Catherine Puigelier** e **Jerry Sainte-Rose** anotaram sobre duas tentações contrárias à natureza do direito: *“Uma incitando a ignorar os dados novos da ciência fundando as respostas apenas sobre o peso da tradição, o que é inútil, inoportuno e mesmo perigoso. A outra tentação, inversa, leva a inclinar-se passivamente diante das façanhas da ciência, confundindo normas científicas e normas jurídicas, tirando estas daquelas pela só leitura de uma realidade constatemente renovada”* (**Juge et progrès scientifique. in Science, Éthique et Droit. Paris: Odile Jacob, 2007. pág. 280**).

É necessário considerar também que a ciência, na área biológica, apresenta inovações em espaços de tempo a cada vez mais curtos. O que é problemático hoje, amanhã já não é mais; o que parece intransponível, torna-se superado rapidamente; o que é complexo, torna-se simples e assim por diante. Os meios disponíveis aos cientistas acarretam uma tal modificação na estrutura dos conceitos que há permanente substituição de uma dúvida por outra. E assim se há de reconhecer que inexistem certezas, salvo aquelas que estão no campo dos valores éticos porque, estes sim, são revestidos da certeza do ser do homem, na projeção de sua natureza, pouco relevando que sejamos materialistas ou crentes. Veja-se, por

ADI 3.510 / DF

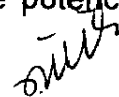
exemplo, as anotações dos padres dominicanos sobre as Questões 118 e 119 de Tomás de Aquino na Suma Teológica, em que se reconhece a evolução da embriologia a partir da antiga embriologia escolástica, a ponto de refutar-se a frase de Aristóteles que afirmava ter o sêmen alma em potência (**Summa theologica, tratado do governo divino do mundo**, versão e introdução do Padre Jesus Valbuena, O.P., BAC, Madrid, 1959. págs. 1.041/1.042).

Por outro lado, é indiscutível que a partir da descoberta do código genético a pesquisa científica alcançou resultados significativos. O avanço da ciência nesse campo traduz a expectativa de aumentar o nível de invasão científica no mistério da vida. E a discussão que pode alcançar tanto representa esperança quanto preocupação. Esperança, porquanto as pessoas humanas buscam expandir o seu tempo de vida com a cura das doenças e a redução do sofrimento, que são, sem dúvida, mananciais de felicidade. Claro que tantas doenças ainda permanecem, embora muitas pesquisas há muitos anos estejam em andamento sem nenhuma solução, desde um simples resfriado até o flagelo da AIDS. Isso está a revelar que a morte é uma certeza da vida, e a ciência, por mais valiosa que seja, não é o absoluto para afastá-la. E a discussão alcança a preocupação porque é necessário estabelecer padrões éticos, os únicos fortes o bastante para impedir riscos severos que toda a humanidade não deseja mais correr. A manipulação genética e a produção da raça pura, no fantasma da geração artificial da vida, são perigosas sombras para o existir do homem.

Esperança e preocupação andam juntas e devem renascer para a promoção do homem todo e de todos os homens, sob a regência de valores éticos, que não se confundem com a fé, ato de vontade, que cada qual, nas sociedades democráticas, deve professar com alegria e convicção.

Parece-me necessário, para enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, adotar posição clara sobre o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca.

A idéia de metamorfose, lembrada pelo culto Ministro **Carlos Britto**, não pode, na minha avaliação, ser colocada em paralelo com a de potencialidade. Não



ADI 3.510 / DF**segundo Aristóteles.**

O que contribui para causar dificuldade quanto a esse termo é que o estagirita costuma usar muitos exemplos, que acabam sendo mal interpretados e usados fora de seu contexto, fazendo com a que a potência seja incorretamente tomada por uma mera possibilidade. Tenha-se presente o comentário de **Julián Marías** mostrando em **Aristóteles** a divisão do ser segundo a potência e o ato, ao dizer que um *“ente pode ser atualmente ou apenas uma possibilidade. Uma árvore pode ser uma árvore atual ou uma árvore em possibilidade, por exemplo uma semente. A semente é uma árvore, mas em potência, como a criança é um homem, ou o pequeno, grande. Mas é preciso ter em mente duas coisas: em primeiro lugar, não existe uma potência em abstrato, uma potência é sempre uma potência para um ato; isto é, a semente tem potência para ser carvalho, mas não para ser cavalo, nem sequer pinheiro, por exemplo; isso quer dizer, como afirma Aristóteles, que o ato é anterior (ontologicamente) à potência; como a potência é potência de um ato determinado, o ato já está presente na própria potencialidade”* (**História da filosofia**. Martins Fontes, 2004. pág. 75).

Além disso, o termo *“δύναμις”* (dínamis) pode ser encontrado em uma dupla conotação. Uma, como fonte de mudança de algo ou de si mesmo, um movimento. Outra, e esta sim a potencialidade, como um fator de atualização, um ato. Essa distinção é bem fixada pela Filosofia. Assim, **José Ferrater Mora** assinala que como é *“típico do Estagirita, acumulam-se os significados e os exemplos (...). Ainda aí, sem prejuízo, são várias as significações de ‘potência’. Sobretudo, existem duas. Segundo uma, a potência é o poder que tem uma coisa de produzir uma mudança em outra coisa. Segundo outra, a potência é a potencialidade residente em uma coisa de passar a outro estado. Esta última significação é a que Aristóteles considera como a mais importante em sua metafísica”* (**Dicionário de filosofia T. II**, Buenos Aires: Ed. Sul Americana, 1971. pág. 459). O mesmo indica **Nicola Abbagnano**, mostrando que o conceito *“implica uma ambigüidade fundamental porque pode ser entendido: A) como possibilidade; B) como preformação e portanto predeterminação ou preexistência do atual”* (**Dicionário de filosofia**. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970. pág. 751). Para a

ADI 3.510 / DF

Stanford Encyclopedia of Philosophy, "a 'dínamis' nesse sentido não é o poder de algo para produzir uma mudança, mas uma capacidade de estar em um estágio diferente e mais completo" (Disponível em: <<http://www.science.uva.nl/~seop/entries/aristotle-metaphysics/#ActPot>>).

O texto de **Anne Fagot-Largeault** (**Embriões, Células-Tronco e Terapias Celulares: Questões Filosóficas e Antropológicas**, in Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. 18ª ed, 2004. pág. 234), mencionado pelo Ministro **Carlos Britto**, na minha avaliação, revela essa dificuldade conceitual entre as duas conotações de "potência". É que não tenho por compatível, na perspectiva aristotélica, a afirmação de que a atualização é promovida por outrem de fora. A atualização, na verdade, está no próprio ente. É ato próprio, independente. Isso quer dizer que o embrião, mesmo *in vitro*, não se reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização *in vitro* não lhe retira a potência, mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar.

Penso que o próprio Aristóteles revelou o alcance dos dois sentidos, deixando clara a diferença. A escolha adequada de um trecho da Metafísica onde os dois sentidos são abordados permite uma fácil distinção entre um e outro:

"7. É necessário, contudo, distinguir quando uma coisa particular existe em potência, e quando não, uma vez que ela não existe a qualquer tempo e em todo tempo. Por exemplo, é a terra potencialmente um homem? Não, exceto quando já se tornou sêmen, e talvez nem mesmo nessa ocasião, tal como nem tudo pode ser curado pela medicina, ou até mesmo pelo acaso; havendo algum tipo definido de coisa que disso é capaz, sendo isso o que é saudável em potência.

A definição daquilo que, como um produto do pensamento, vem a existir em ato, a partir da potência existente, é que quando foi desejado, se não houve o impedimento de qualquer influência externa, instaura-se; e a condição no caso do paciente, isto é, na pessoa que está sendo curada, é que nela nada deve obstar o processo. Assim, também, uma casa existe em potência se nada na coisa que sofre a ação, isto é, na matéria, a impede de vir a ser uma casa, e se não há

anúv

ADI 3.510 / DF

nada que tenha que ser acrescentado ou subtraído, ou alterado: isso é potencialmente uma casa. E analogamente em todos os demais casos nos quais o princípio gerador é externo. E em todos os casos em que o princípio gerador está contido na própria coisa, uma coisa é em potência uma outra quando – se nada externo o impede – tomar-se por si mesma a outra. Por exemplo, o sêmen não é ainda em potência um ser humano, pois necessita adicionalmente sofrer uma alteração em algum outro meio. Mas quando, devido ao seu próprio princípio gerador, chegou a reunir os atributos necessários, nesse estado é então um ser humano em potência, ao passo que no estado anterior necessitava de um outro princípio; tal como a terra não é ainda potencialmente uma estátua, porque precisa sofrer uma mudança antes de tomar-se bronze” (Metafísica. Bauru: EDIPRO, 2006. pág. 236).

Essa perspectiva aristotélica, por exemplo, contraria a afirmação de que o fato de estar o embrião *in vitro*, posto que valioso por si mesmo, se assim permanecer, jamais será alguém. De fato, Aristóteles tem serventia para afastar essa idéia de que o embrião congelado não será alguém fora da recepção uterina. É possível dizer o contrário, ou seja, quando há a fecundação ele já é, e se há interrupção do que é, aí sim, ele não será. Ele já é ser porque foi gerado para ser, não para não ser.

O embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões.

Como bem expõe **Aristóteles**, a atualização somente deixará de se verificar se algo externo se interpuser ao processo. O desenvolvimento do embrião é contínuo e progressivo. Nesse sentido a intervenção do Dr. **Dalton Luiz de Paula Ramos** na audiência pública (fl. 1.063) ao afirmar que o desenvolvimento do embrião “*é progressivo porque, se oferecermos a ele as condições necessárias, o amparo, a acolhida de que precisa, ele sempre passará para o estágio seguinte. Ultrapassada uma etapa de desenvolvimento, passa, em condições normais, à etapa seguinte, sem regressos; evoluções que vão compor uma biografia*”.

O coração e o sistema circulatório existem porque estão presentes no

mitte

ADI 3.510 / DF

embrião em potência; os movimentos somente são possíveis porque os membros já existem na essência do embrião, assim como as propriedades da fala e tudo o mais que forma e caracteriza o ser humano relacional. Da mesma forma, a estrutura neural existe porque há no embrião em potência. Dizer o contrário, na minha avaliação, é contrariar a própria natureza das coisas.

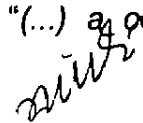
Procura-se achar abrigo com relação ao tema que está em julgamento na legislação sobre a morte cerebral. Mas, embora o nascer e o morrer sejam processos da existência humana, não creio que se deva confundi-los.

De todos os modos, poucos se dão conta da enorme controvérsia em torno do diagnóstico de morte cerebral a partir da introdução do termo "coma dépassé", coma irreversível, introduzido por **Mollaret** e **Goulon** em 1959. Basta ler o estudo oriundo da Clínica Mayo advertindo para erros de diagnóstico de morte cerebral diante de circunstâncias outras que não são reconhecidas, como a hipotermia ou a intoxicação por drogas (WIJDICKS, Eelco F.M. **The diagnosis of brain death**. Department of Neurology, Neurological Intensive Care.).

No Brasil, a Lei nº 9.434, de 1997, atribuiu ao Conselho Federal de Medicina a definição dos critérios para diagnóstico da morte encefálica. E este regulou a matéria com a Resolução nº 1.480, de 1997, estabelecendo que a morte cerebral "*deverá ser consequência de processo irreversível e de causa reconhecida*" (art. 3º), com os parâmetros clínicos assim definidos: "*coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia*" e mencionando exames complementares a serem observados.

Vê-se, portanto, que esses passos adiante no domínio científico da vida e da morte não são dados sem o estabelecimento de regras com a previsão possível, na melhor dimensão da humildade do cientista no trato desse mistério.

Aliás, a utilização da analogia entre vida cerebral e morte cerebral não é mais que a representação de uma posição preconcebida acerca da dualidade do homem no corpo e no pensamento. Essa dualidade, implícita na herança cartesiana, deve, porém, ser superada. O homem é complexo, mas uno. Sua compreensão exige uma visão que não o divida, como assinalou **Edgar Morin**: "(...) a compreensão



ADI 3.510 / DF

complexa do ser humano não aceita reduzir o outro a um único aspecto e o considera na sua multidimensionalidade" (op. cit., pág. 114). Outra coisa é dizer que o homem reúne um complexo de sistemas. Como escrevi em outra oportunidade, sendo indivíduos, "sem dúvida, existe uma massa corporal de células geradas de outros indivíduos da mesma espécie animal. Enquanto células todos são, também energia, e a massa corporal vive e se mantém porque diversos sistemas de células, geradas da reunião de gametas, são produzidos a partir do momento em que ocorre a chamada fecundação e dão origem aos órgãos que mantêm o funcionamento sistêmico do corpo. Antônio Damásio, no livro O Erro de Descartes, tratando de organismos, corpos e cérebros, escreve que 'qualquer que seja a questão que possamos levantar sobre quem somos e por que somos como somos, uma coisa é certa: somos organismos vivos complexos, com um corpo propriamente dito ('corpo', para abreviar) e com um sistema nervoso ('cérebro', para abreviar)', possuindo o organismo uma estrutura e miríades de componentes com numerosos órgãos combinados em sistemas" (Estudos de direito público e privado. págs. 286/287).

A questão em torno da natureza do embrião autoriza desafiar, desde logo, a comparação que se procura fazer entre o embrião gerado em processo de fertilização *in vitro* e o embrião implantado no útero, ao argumento de que, sem este, não há vida possível. Essa interessante visão do problema está bem enunciada com clareza notável pela séria, respeitada e reconhecida pesquisadora **Patrícia Pranke**, Professora da Faculdade de Farmácia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e sócia fundadora do Instituto de Pesquisa com Células (in **O Terceiro Elemento da Vida**, texto ainda não publicado). Neste precioso trabalho acadêmico, ela escreve que a "implantação, e conseqüente gestação, só ocorre graças às moléculas que existem no útero. A gravidez é a sintonia entre o embrião e o próprio útero da mulher. A ovulação prepara o útero para receber o embrião. Tanto que, se o embrião gerado *in vitro*, crescido até o quinto dia, não for introduzido no corpo feminino enquanto organicamente o útero estiver preparado, e for introduzido no organismo da mulher dias mais tarde, a implantação não ocorre. Ou seja, aquele embrião só tem a potencialidade de se transformar em um bebê se for introduzido no útero em condições favoráveis de

minha

ADI 3.510 / DF

implantação, o que, de forma natural, só ocorre em sincronismo com o processo da ovulação, ou se, artificialmente, o endométrio materno for 'preparado'. Isso ocorre apenas durante a janela de implantação, em que todas as condições estão adequadas para receber aquele embrião. Afora essa condição, o embrião, mesmo introduzido no organismo materno, não tem como ser implantado. Então, não basta apenas colocar o embrião no organismo materno. Ele tem que estar lá no momento em que o útero está preparado para recebê-lo. E isso ocorre quando seu endométrio está secretando uma série de fatores que poderão interagir com o embrião para ajudar na sua implantação e transformação. Novamente, reforça-se a idéia de que sem as dezenas de moléculas envolvidas no processo não há como um embrião ter a potencialidade de se tornar 'ser humano'".

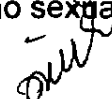
Todavia, com o maior respeito e admiração que tenho pela Professora **Patrícia Pranke**, entendo que essa posição inovadora deixa ainda mais nítida a distinção conceitual entre potência e possibilidade que, como antes procurei mostrar, considero conceitos diversos.

A possibilidade traz em seu âmago o seu próprio opósito, já que uma possibilidade é sempre e ao mesmo tempo uma impossibilidade, o que não se dá com a potência. Esta não encerra em si a sua negação e só não resulta em ato se, como visto, um impedimento externo se interpõe.

Mas mesmo um impedimento externo não é capaz de privar o ser de sua potência e, conseqüentemente, de sua essência. Pode apenas impedir a sua atualização.

E é esse empecilho que se constitui em artifício, contrário à natureza e à essência do ser.

É importante lembrar que a "produção" dos embriões nos processos de fertilização *in vitro* é orientada teleologicamente. Não é lícita a fertilização *in vitro* para fins outros que não os da reprodução. Mesmo gerados através de um procedimento artificial, o destino dos embriões fertilizados *in vitro* é a implantação no útero. Uma vez criados, é essa a sua vocação natural. Sua potência, assim, em nada difere da potência encontrada naqueles embriões engendrados pela reprodução sexuada.



ADI 3.510 / DF

Revela-se, aqui, segundo entendo, um desvio de perspectiva. Diz-se que o normal é que os embriões produzidos na fertilização *in vitro* e não utilizados nunca venham a nascer, como se o curso natural a ser seguido fosse esse. Esquece-se de que, quando gerados, foram gerados para a vida, pelo que a implantação é o seu destino.

Por terem sido criados artificialmente, dependem de que algo seja feito, também artificialmente, para que voltem ao seu destino natural, sem o que não se dará a sua atualização. Isso confere ao destino dos embriões não implantados por escolha médica uma aparência de processo regular: como não há interferência de cientistas após o congelamento desses embriões, fica parecendo que o seu confinamento é o seu destino natural, o que contribui para facilitar a escolha, ao meu sentir apressada, entre essa sina dita inútil e a sua utilidade, com sua destruição, para pesquisa.

Esse ponto de vista turva a visão do fim essencial do embrião: a geração da vida humana seja ela natural seja ela artificial. Isso não é um artifício como alguns parecem sustentar ou um desvio na trajetória do confinamento; é o ato que compensa a geração não-natural do embrião, o resgate de sua natureza. Toda ação que não se volta para esse fim impede a sua atualização. O congelamento, diga-se, não é irreversível, porque não põe termo definitivo à atualização. A destruição do embrião, por seu turno, é impedimento externo, que corta o seu desenvolvimento, tira-lhe a vida. Ele deixa, por isso, de ter um vir a ser.

A vida humana é a vida de um organismo autônomo, com movimento e projeto próprios, que evolui de acordo com um programa contido em si mesmo e que pode ser executado independentemente de impulsos externos.

Chama a atenção o descuido com que se invoca Tomás de Aquino neste tema, no ponto em que se afirma o reconhecimento do ser somente após a animação. O problema não é tão simples quanto parece, o que, de resto, é característico de tudo aquilo que diga respeito ao Doutor Angélico, como já alertava **Chesterton**. Se de fato ele entendia que a animação se dava algum tempo após a fecundação (quarenta ou noventa dias, conforme o sexo), isso dizia respeito à alma racional, ao entendimento. As outras faculdades, vegetativa e sensitiva, vinham anteriormente, decorrentes da

ADI 3.510 / DF

matéria germinal, como bem anota **Jesus Valbuena O.P.**, em seus comentários sobre o “Tratado do Governo Divino do Mundo” (*op. cit.*, págs. 1.042/1.043). Diga-se que em se tratando de embriologia o que foi já não é, daí o cuidado de Padre **Jesus Valbuena** ao encerrar a introdução às Questões 118 e 119 do Tratado com a lembrança da frase de **Agostinho de Hipona**: “*Não sei se poderei chegar a saber quando começa o homem a viver no seio materno*” (*op. cit.*, pág. 1.044).

Tudo isso só demonstra a potência (totipotência) presente no embrião desde o início e sua constante atualização.

Mesmo assim, a se comparar o momento da animação racional e a formação do sistema nervoso, o gênio de São Tomás não impediu que chegasse incrivelmente perto da cronologia moderna do desenvolvimento do embrião. E, como sustenta **Stephen J. Heaney**, Professor de Filosofia da Universidade Saint Paul, Minnesota, se tivesse os conhecimentos hoje disponíveis ele teria revisto seu entendimento para reconhecer a animação desde o momento da fecundação (Disponível em: <<http://studentorgs.vanderbilt.edu/sfl/ThomistFertilization.htm>>. Acesso em: 27mar. 2008).

A embriologia moderna dispõe de conhecimentos extraordinários e um dos mais importantes textos de referência do mundo nessa área, adotado em inúmeras faculdades de medicina, o de **Moore e Persault**, ensina que o desenvolvimento humano se inicia exatamente na fecundação (**Embriologia clínica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 7ª ed., 2004). No mesmo sentido **Jan Langman** (**Medical embryology**. Baltimore: Williams and Wilkins, 3ª ed., 1975. pág. 3) e **Bruce M. Carlson** (**Patten's foundations of embryology**. N. York: McGraw-Hill, 6ª ed., 1996. pág. 3). Assim também sustenta o Doutor **Gerson Cotta-Pereira**, destacado médico patologista, Chefe do Serviço de Imunoquímica e Histoquímica da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, em trabalho ainda não publicado e no qual descreve detalhadamente o processo de reprodução (“*O Exato Momento em que se Inicia a Vida Humana e a Terapia com as Células-Tronco*”).

Não se trata, portanto, de um “problema de regressão infinita”, como foi mencionado na audiência pública. Em alusão à sua conhecida alegoria, o rio de

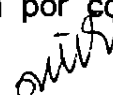
ADI 3.510 / DF

Heráclito é diferente em cada mergulho, mas não deixa de ser o próprio em sua essência.

No seu **Ensaio Sobre o Homem**, Ernst Cassirer já lembrava que “ao tratar do problema da vida orgânica precisamos, antes e acima de tudo, livrar-nos daquilo que Whitehead chamou de preconceito da ‘localização simples’. O organismo nunca está localizado em um único instante. Em sua vida, três modos de tempo – passado, presente e futuro – formam um todo que não pode ser dividido em seus elementos individuais. ‘Le présent est chargé du passé, et gros de l’avenir’, disse Leibniz. Não podemos descrever o estado momentâneo de um organismo sem levar em consideração a sua história e sem referi-lo a um estado futuro para o qual este estado é apenas um ponto de passagem” (Martins Fontes, São Paulo: 2001. pág. 86).

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 a 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 essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não. Como escreveu Vincent Bourget, o “uso do termo ‘zigoto’ (usualmente aplicado da fecundação às primeiras mitoses), o de blástula, gástrula, feto (aplicado quando os principais órgãos já estão constituídos, ou seja, por volta da 7ª semana... ou da 13ª – ‘de acordo com a obra’) tem apenas um valor de baliza para o observador e tampouco tem um alcance ‘ontológico’: não se trata de modo algum de, por meio desses termos, designar a emergência de um novo ser, mas de um simples balizamento ‘fenomenológico’ em um mesmo indivíduo” (**Ser em gestação**, Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: 2002. pág. 54). A individualidade decorre de sua distinção com o meio em que vive e de sua autonomia, principalmente de seu projeto de individuação, de seu desenvolvimento, de sua renovação e atualização, através de uma atividade orientada por um programa, o programa genético, “o que implica conseqüências importantes referentes à maneira de conceber a individualidade e, portanto, também o estatuto do embrião” (*op. cit.*, pág. 27).

E não se diga que a individualidade não se sustenta por conta da



ADI 3.510 / DF

possibilidade de formação de gêmeos univitelinos através de divisão espontânea, porque isso equivale a sustentar que algo que é, não é mais apenas porque pode deixar de sê-lo. Esse argumento apenas reforça a tese que defende a proteção do embrião. Se essa proteção é devida àquele que pode se tornar um sujeito de direitos, o que se dirá daquele que pode se tornar dois.

Há uma dificuldade lógica a desafiar o raciocínio que coloca marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a fecundação. É que se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana.

Com todo respeito, essa engenhosa solução é compartilhada por boa parte do mundo ocidental para justificar a violação do embrião: um estatuto intermediário, fundado em uma dignidade também intermediária, geralmente associada à ausência de capacidade moral ou racional.

Curiosamente, esse fundamento foi adotado a partir da obra de um dos principais defensores da ética relacional, **Kant**. Ao mesmo tempo em que nos legou a famosa segunda formulação do imperativo categórico, à qual se deve uma importante base da bioética (*"age de tal maneira que uses a tua humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio"*), ele não se preocupou em definir o que seria essa "humanidade", ensejando o reconhecimento, por parte de alguns, da racionalidade como fundamento único e exclusivo da condição humana. Veja-se o que escreveu **Susan M. Shell**: *"seres humanos têm dignidade, para Kant, porque eles são capazes de agir moralmente. Mas essa capacidade só pode ser realizada dialeticamente, através de nossas interações pragmáticas com o mundo"* (**Kant's concept of human dignity in human dignity and bioethics – essays commissioned by the president's council on bioethics**. Washington, 2008. pág. 347).

Aliou-se a essa interpretação de Kant a consolidação e a legitimação do critério para constatação da morte a partir da ausência de impulsos elétricos no cérebro

ADI 3.510 / DF

(morte cerebral). Foi essa construção que acabou levando à conclusão do relatório Warnock e à fixação do termo inicial da proteção ao embrião no 15º dia de existência.

Baseando-se na constatação da Embriologia no sentido de que a estrutura neural não se forma antes do 14º dia de existência do embrião, o relatório do Comitê, presidido pela filósofa inglesa **Mary Warnock**, a pedido do Secretário de Saúde britânico, entendeu que até essa data não poderia haver indício de atividade racional. Conseqüentemente, até essa data, o embrião poderia ser objeto de pesquisas (esse foi, na verdade, o segundo relatório Warnock, já que a ilustre acadêmica de Oxford já presidira um grupo que discutiu os rumos da educação na Grã-Bretanha em 1978). O marco do 14º dia, como já se viu, veio a ser adotado por diversas legislações.

Com a morte, hoje reconhecida por convenção ao término da atividade cerebral, o homem perde a vida, mas não a sua dignidade. Essa dignidade seria, contudo, uma dignidade reduzida, que protege o corpo, o nome e outros atributos da pessoa humana, mas não impede sua violação em casos específicos. Analogamente, diz-se, o embrião que ainda não desenvolveu uma mínima capacidade racional (sabe-se lá quando isso se dá) também mereceria uma proteção diminuída (mas ainda uma proteção) fundada exatamente em uma dignidade atinente à sua condição de futuro ser racional.

Esse seria, em suma, com todas as vênias devidas por conta da necessária redução, o discurso filosófico do estatuto intermediário do embrião.

O que talvez não se queira perceber é que essa solução foi idealizada por meio de uma analogia com situações obrigatoriamente relacionadas à morte, ou seja, com situações em que não há mais vida.

Existe a dignidade nessas situações porque nelas se reconhece a dignidade que passou a merecer a pessoa em vida. Não se trata de uma dignidade do cadáver ou do nome do morto por si sós. A dignidade é a dignidade do corpo da pessoa que era viva e que morreu. A dignidade é a dignidade do nome da pessoa que era viva e que morreu. Apenas por isso se fala (enganosamente) em "transbordamento". É um transbordamento de efeitos, não de causas.

No caso do embrião, a se seguir essa linha, nenhuma dignidade poderia

ADI 3.510 / DF

ser reconhecida, pois nenhuma dignidade teria sido ainda conquistada, o que afastaria qualquer tipo de escrúpulo quanto ao seu uso.

Na verdade, não há dignidade autônoma, isto é, não há dignidade da pessoa humana desligada da vida humana. Mesmo os defensores do estatuto intermédio do embrião reconhecem essa vinculação, embora lidem com uma vida qualificada de racional, moral. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, repita-se, se a vida racional é que justifica o reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião. A construção do estatuto intermédio do embrião, capitaneada, sobretudo, pelos filósofos dos países da **Common Law**, acaba revelando uma indevida aplicação do belo conceito de dignidade da pessoa humana, a tanto custo desenvolvido pelo direito romano-germânico.

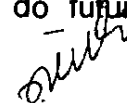
A constatação é simples. Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. Logo, o estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um "transbordamento", para o direito à vida não se pede mais que reconhecê-lo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

A pessoa (do art. 2º do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que a projeta é que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à sua realidade. Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a. O embrião é vida, vida humana. Uma vida que se caracteriza pelo movimento de seu próprio e autônomo desenvolvimento, representado nas suas seguidas divisões, nas suas clivagens.

O embrião já traz em si toda a carga genética do futuro ser que



ADI 3.510 / DF

originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje, pelo que sua destruição é muito mais até que a interrupção de uma vida; é o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie.

Doris Lessing, em *Shikasta*, muito antes do Nobel, descreve uma bela imagem dessa conscientização:

"E essa é a questão, essa é sempre a questão que eles tinham que lembrar: que toda criança tem a capacidade de ser tudo. Uma criança era um milagre, uma maravilha! Uma criança detinha toda a história da raça humana, que se estendia para trás, para trás, muito além do que eles podiam imaginar. Isso mesmo, que esta aqui, a pequena Otilie, tinha na essência de seu corpo e de seu pensamento tudo aquilo que já tinha acontecido com cada pessoa da humanidade. Assim como uma fatia de pão carrega em si a essência de todos os grãos de trigo que o formaram, misturados a todos os grãos da colheita e a essência do solo em que cresceu, também esta criança continua e foi gerada por todas as colheitas da humanidade.(...) Lembrem-se disso, lembrem-se... como se homens descessem daquela pequena estrela logo ali, brilhando acima daquelas árvores escuras, sim, aquela mesmo! E de repente trouxessem para esta pobre aldeia, tão castigada pela privação e pelo sofrimento, coisas boas e esperança. Lembrem-se que esta criança não é o que parece, é mais, é tudo e traz consigo, ou em si, todo o passado e todo o futuro – lembrem-se" (Canopus in argos: archives. Shikasta. v.1. New York: Vintage, 1992. págs. 167/168).

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

A doutrina do Direito Constitucional dá conta de que o direito à vida

ADI 3.510 / DF

comporta duas acepções: o direito de permanecer vivo (v., por exemplo, **José Afonso da Silva**, Comentário Contextual à Constituição, São Paulo: Malheiros 4ª ed., S. Paulo, 2007, pág. 66; **J. Cretella Jr.**, Comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, pág. 183; e **Alexandre de Moraes**, Constituição da República Federativa do Brasil Interpretada, S. Paulo: Atlas, 7ª ed., 2003, págs. 108 a 111); e o direito à subsistência (*idem*, com exceção de José Afonso da Silva).

De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana, a decorrência lógica é que a Constituição o protege.

Não há termos inúteis na Constituição. Estatuída a inviolabilidade do direito à vida, fica claro que o constituinte dos oitenta pretendeu evitar o aviltamento desse direito fundamental.

A essa conclusão chegou mestre **José Afonso da Silva**:

“Vida’, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente, sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida” (Comentário contextual à Constituição, pág. 38).

É preciso assinalar que o Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil aderiu e que tem fundamentado diversas decisões desta Suprema Corte, simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção (artigo 4º, 1).

Uma vez esclarecido que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição, há que se determinar em seguida se todo o texto do art. 5º da Lei nº 11.105/05 encobre uma violação da vida do embrião e, portanto, da norma constitucional que assegura a inviolabilidade do direito à vida. Vale dizer, há que se verificar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentam contra

ADI 3.510 / DF

a vida do embrião.

Do dispositivo atacado decorre que a utilização de células-tronco embrionárias humanas é autorizada, desde que:

(1) venham a ser objeto de pesquisa ou meio de terapia;

(2) sejam obtidas de embriões humanos que:

(2.a) tenham sido produzidos por fertilização **in vitro**; e

(2.b) não tenham sido utilizados no respectivo procedimento; e

(2.c) apresentem qualquer das seguintes condições:

(2.c.i) sejam inviáveis;

(2.c.ii) estejam congelados há três anos ou mais na data da publicação da Lei nº 11.105/05 (28./3/2005); ou

(2.c.iii) estando congelados na data da publicação da Lei nº 11.105/05 (28/3/2005), tenham completado três anos de congelamento; e ainda

(3) haja, em qualquer caso, consentimento dos genitores desses embriões.

Assim, todos os embriões enumerados pela Lei como fonte de células-tronco embrionárias devem ter sido produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento. A partir daí, podem ser, alternativamente: (a) embriões já congelados na data da publicação da Lei há mais de três anos; (b) embriões já congelados na data da publicação da Lei que tenham completado três anos de congelamento; ou (c) embriões inviáveis. Nenhum embrião congelado após a data da entrada em vigor da lei poderá ser fonte de células-tronco.

Os embriões congelados são embriões preteridos para a implantação no útero da paciente. Já foi visto que no procedimento de fertilização **in vitro** somente

mult

ADI 3.510 / DF

pode ser implantado um máximo de 4 (quatro) óvulos fecundados (embriões), sendo normal haver embriões excedentes que, longe de serem inviáveis, podem ser utilizados em uma nova tentativa de implantação ou para a geração de outro filho, como acontece com relativa freqüência (Disponível em: < <http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>>; <http://www.clinicadale.com.br/fertilizacao_in_vitro.htm> e http://www.arquivoshellis.com.br/revista/03_030607/03_030607_ahellis_01.pdf>. Acesso em: 4abr. 2008).

Daí advém que os embriões submetidos a congelamento são embriões com vida e não é o próprio congelamento que lhes retira tal condição, ainda que existam registros de queda nas taxas de nascimento, como mostram **Donadio** e outros, que apontam uma queda média de 10 pontos percentuais no índice de implantação após o congelamento (op.cit.).

Tampouco lhes retira essa condição o fato de estarem congelados há mais de três anos. Há inúmeros registros de nascimentos relacionados a embriões congelados há cinco, oito e até treze anos (Disponível em: Folha de São Paulo, edição de 22/3/2008; <http://veja.abril.com.br/220306/p_114.html>; <http://www.folhape.com.br/fohape/sc-segunda.asp?data_edicao=8/2/2006&mat=15041> e <http://www.ivf.net/ivf/woman_gives_birth_after_embryo_frozen_for_13_years-o1537-en.html>).

Segundo o artigo de **Tummon** e outros (**Frozen-thawed embryo transfer and live birth: long-term follow-up after one oocyte retrieval**), embriões descongelados representaram 39% de nascimentos com vida (249 em 639). A sobrevivência após o descongelamento alcançou um índice de 95% (2.129 de 2.247) (Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6T6K-4K18VWK-5&_user=10&_rdoc=1&_fmt=&_orig=search&_sort=d&view=c&_acct=C000050221&_version=1&_urlVersion=0&_userid=10&md5=362ecb3f0e331380b7f1fff7d008d5c8>).

Sendo assim, conclui-se que os embriões congelados a que se refere o inciso II do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 são embriões com vida. O método de extração de células-tronco embrionárias que acarrete a sua destruição violará, na minha compreensão, o direito à vida de que cuida o **caput** do art. 5º da Constituição da República. No ponto exato em que o autoriza, a lei é inconstitucional.

É preciso considerar que a fertilização **in vitro** é realizada, já se disse,

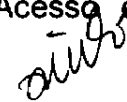
o que

ADI 3.510 / DF

com o objetivo da geração de uma vida. Não foi destinada à pesquisa científica pura ou terapêutica. É claro que o argumento utilitarista valoriza o eventual descarte, o jogar fora dos embriões fertilizados *in vitro* e não utilizados pelos genitores. Assim, se estes não pretendem mais utilizar a fecundação que procuraram, então podem autorizar que sejam usados para a pesquisa.

O argumento é poderoso em duas frentes. A primeira, diz com a mobilização de pessoas portadoras de patologias para as quais se promete a cura. A segunda, com a inutilidade de manter-se o congelamento indefinidamente.

Quanto à primeira frente, não me parece correta. E assim é pelo simples fato de não ser possível prometer cura quando ainda não se tem dados científicos disponíveis que autorizem essa conclusão. O processo é longo e isso deve ser reconhecido, mesmo para as pesquisas com células-tronco adultas. Por outro lado, é preciso compreender e acolher as angústias das pessoas que padecem de patologias alcançadas pelo descortinar das pesquisas tanto com células-tronco embrionárias quanto com células-tronco adultas. A esperança é viva e devemos tudo fazer para torná-la realidade. De fato, essa é a razão pela qual afirmei antes e reafirmo agora que não se está pretendendo enxergar solução que não seja aquela capaz de tornar real a esperança, de trazer para a prática a teoria, de abrir o dom da vida pelo pensar e agir do homem, preservando-se esse mesmo dom para os que vão nascer. É assim o mais belo encontro entre o que é e o que está sendo. E por isso mesmo é que merece destacado que no Brasil, ainda este ano, existe forte possibilidade de o sistema público de saúde oferecer tratamento oriundo dessas células-tronco adultas para portadores de algumas patologias: cardiomiopatia dilatada, cardiopatia chagásica, cardiopatia isquêmica e infarto agudo do miocárdio. Esse objetivo consta do Estudo Multicêntrico Randomizado de Terapia Celular em Cardiopatias – EMRTCC, um dos maiores estudos do mundo envolvendo a avaliação da eficácia do implante autólogo de células-tronco de medula óssea e que já se encontra em sua fase final, previstas para o segundo semestre deste ano a análise e a divulgação dos resultados (Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=13034> e <<http://www.incl.rj.saude.gov.br/incl/celula-tronco/laboratorio.asp>>. Acesso em: 5mai.



ADI 3.510 / DF

2008).

Quanto à segunda frente, não é o fato de existir o congelamento que alivia a questão de modo a simplificá-la ao ponto de afirmar que se o que foi fecundado não for usado para gerar uma vida, então deixe isso para a manipulação dos cientistas. Ora, nenhum de nós pode ter o poder de manipular ao seu talante o que foi fecundado para ser vida. É como se nós déssemos aos cientistas desse ramo uma carta branca para fazer da genética um campo aberto para a sua curiosidade científica. É claro que devemos estimular o conhecimento de como uma célula-tronco embrionária se transforma em um tecido do fígado e outra no pâncreas e outra no pulmão. Mas é imperativo que isso seja feito com apropriado controle sem causar a morte do que é vida. Esse domínio da ciência deve também considerar a ética e a filosofia, ciências que são inerentes à existência do homem e ao equilíbrio da humanidade. Creio que a razão nos autoriza a afirmar, respeitando com a mesma dignidade que todos os contrários devem exigir uns dos outros, que assim deve ser feito. E, ainda, assim é, porque este é um campo em que não há certezas, tantas são as interrogações que nos invadem a cada passo adiante.

Não merecem consideração, portanto, os argumentos utilitaristas que se assentam no aproveitamento de embriões fertilizados *in vitro* e que serão descartados. E desse modo entendo pela simples razão de que não há de se sacrificar o meio para privilegiar o fim. Todas as vezes que a humanidade fica cega na busca de resultados, resvala para a deformidade. Isso precisa ser repellido. O princípio da ponderação entre meio e fim resulta sempre na afirmação de que os fins não justificam os meios. Por isso é que devemos retornar à questão jurídica que estamos examinando. Simplificar a solução pela justificativa utilitarista é criar para a humanidade opções que esmagam a dignidade da pessoa humana. Se pelo bem praticamos o mal, se para salvar uma vida negamos outra, ficará sem salvação o homem, que estará aguardando a sua vez de ser sacrificado. Os cientistas, sejam os da área médica, sejam os da área biológica, sejam os da área jurídica, não podem, diante de seus compromissos com o futuro da humanidade, cair no abismo do utilitarismo. As opções que fazemos no mundo científico não serão exitosas pelos resultados que alcançarmos se esses resultados

minha

ADI 3.510 / DF

ferirem valores éticos que não são contingentes. Para viver com esses valores será necessário muitas vezes morrer por eles. Assim, para sermos dignos da vida, devemos valorizar a vida.

Essa valorização da vida é que nos torna responsáveis para abraçar aqueles que esperam renascer para a plenitude com a cura de suas patologias. E essa responsabilidade é que nos faz encontrar a saúde sem sacrificar a vida. E a ciência em todos os seus níveis deverá construir esse caminho, na melhor expectativa de fazer o bem a partir do bem e não a partir do mal.

Esse caminho já está aberto. A própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não resulta necessariamente em sua destruição. Conseqüentemente, não viola o direito fundamental à vida.

Trata-se da extração de uma única ou no máximo duas células (blastômeros) de um embrião com oito células através de uma punção celular. Essa extração é realizada rotineiramente no processo de fertilização *in vitro* para possibilitar o diagnóstico pré-implantação que investiga, através de uma única célula do embrião, se ele é portador de alguma anomalia genética. Nesse procedimento, se o diagnóstico é negativo, o embrião é implantado e pode nascer, como tem ocorrido ordinariamente, com vida e saúde (tanto as informações colhidas por correio eletrônico do Professor **Luiz Fernando Dale**, Médico Especialista em Reprodução Humana pela Universidade de Paris V, quanto as conclusões da Sociedade Européia para Reprodução Humana e Embriologia – ESHRE dão conta de que o diagnóstico pré-implantação não acarreta mais riscos do que o processo de fertilização *in vitro* por meio de ICSI – HARPER et al. **ESHRE PGD consortium data collection VII: cycles from january to december 2004 with pregnancy follow-up to october 2005**. in *Human Reproduction*. v. 23, 2008. págs. 741 a 755).

Já se levantou grande objeção a essa técnica de extração de células-tronco, baseada na totipotência que geralmente se reconhecia nas primeiras células do embrião. Nesse sentido, por ter a capacidade de gerar um indivíduo completo, o blastômero extraído seria um verdadeiro embrião, pelo que seu uso para gerar uma

ADI 3.510 / DF

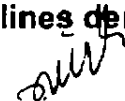
linhagem de células-tronco atentaria contra a sua vida da mesma maneira que o método padrão na fase de blastocisto.

Essa objeção está, contudo, superada. É que a pesquisa realizada pela Doutora **Magdalena Zernicka-Goetz** identificou as duas primeiras células do embrião através de coloração e constatou que cada uma gerava um tipo diverso de tecido, permitindo a conclusão de que, mesmo nessa fase, já há uma nítida especialização das células, não podendo ser reconhecida a totipotência senão no zigoto (PEARSON, Helen. **Developmental biology: your destiny from day one**. in Nature. 418. págs. 14/15.jul. 2002).

Diga-se que a possibilidade de extração de uma única ou duas células-tronco de um embrião sem destruí-lo já constava de estudos de 2005 como informaram **Eric Scott Sills, Tackumi A. Takeuchi, Noriko Tanaka, Quennie V. Neri e Gianpero D. Palermo** (cf. **Identification and isolation of embryonic stem cells in reproductive endocrinology: theoretical protocols for conservation of human embryos derived from in vitro fertilization**):

“Blastômeros obtidos para PGD são geralmente fixados e processados com fluoretos de cromo para a detecção de aneuploidias através de análise parcial do cariótipo, ainda que o processo tenha recentemente evoluído para permitir testes para desordens específicas via PCR e para a amplificação do genoma de uma única célula através de deslocamento múltiplo amplificado. Esse processo altera irreversivelmente o blastômero destinado para PGD – a viabilidade dessa célula é sacrificada em prol da obtenção de informações genéticas essenciais. Todavia, presumindo que dois blastômeros distintos sejam extraídos por uma biópsia para PGD e desde que na ausência de mosaicismo cada blastômero detenha potencial para se tornar um organismo completo, existe a possibilidade de que um dos blastômeros extraídos possa ser mantido em cultura para a produção de células-tronco embrionárias.”

E a geração de células-tronco a partir dessa fonte foi confirmada pelos trabalhos de **Strelchenko** (STRELCHENKO, N. et. al. **Morula-derived human embryonic stem cells reproductive biomedicine online** 9(6), 623-629 2004); **Klimanskaya** (KLIMANSKAYA et. al. **Human embryonic stem cell lines derived from**



ADI 3.510 / DF

single blastomeres. Nature 444:481-485 2006, estes citados no Relatório **Alternative Sources of Human Embryonic Stem Cells. The President's Council on Bioethics**) e **Robert Lanza** (CHUNG et. al. **Human embryonic stem cell lines generated without embryo destruction**, in Nature 2(2): 113-117 2008).

Lanza mostra que a eficiência desse método é comparável àquela do método que envolve a destruição do embrião (20% dos embriões dando origem a linhagens), bem como que as características das linhagens obtidas em nada se diferenciam daquelas obtidas da massa celular interior (ICM – **inner cell mass**) do blastocisto, tendo as três camadas germinais sido identificadas.

Um levantamento feito por iniciativa da autoridade inglesa responsável pela regulamentação das pesquisas com embriões (HFEA – Human Fertilisation and Embryonic Authority) dá conta de que a equipe de **Robert Lanza** obteve 5 (cinco) linhagens de células-tronco embrionárias humanas ao mesmo tempo que os embriões continuaram a se desenvolver, mas concluiu que ainda seriam necessários mais estudos para mostrar o bom desenvolvimento do embrião sujeito à biópsia (RICHERS, Helen. **Alternatives to embryonic stem cells**. HFEA. The Scientific and Clinical Advances Group. Disponível em: <http://www.hfea.gov.uk/docs/2008-02-21_SCAG_paper_-_Alternatives_ES_cells.pdf>).

De fato, o estudo menciona a adoção de um método similar ao do diagnóstico pré-implantação e, portanto, não-idêntico, o que poderia levar à conclusão de que a diferença poderia acarretar mais riscos ao embrião do que aqueles gerados por diagnósticos pré-implantação.

Para esclarecer esse ponto, entramos em contato direto com o Professor **Lanza**. Na resposta, este confirmou que o método de retirada da célula do embrião é o mesmo utilizado nos diagnósticos pré-implantação e, por isso, o risco ao embrião é mínimo. Disse, ainda, não haver diferença de custo ou de eficiência.

Mesmo diante da ressalva de que seriam necessários mais estudos mostrando que os embriões que sofrem essa intervenção se desenvolvem normalmente, e a despeito de ainda não ser adotado como método regular de obtenção de células-tronco humanas, o método de **Lanza** serve para demonstrar que é possível



ADI 3.510 / DF

compatibilizar a Lei com a Constituição, abrindo espaço para a pesquisa sem atentar contra a vida do embrião.

Diante dos nascimentos saudáveis após o diagnóstico pré-implantação, especula-se que os genitores não estariam dispostos a correr riscos autorizando a extração de um blastômero de um embrião sobre o qual não pairasse uma razoável probabilidade de anomalia genética. A Lei, contudo, trata de embriões congelados por pelo menos três anos e de embriões inviáveis. Assim, se a lei presume que os pais autorizariam a destruição mesma desses embriões, por que não autorizar a retirada de uma única célula sem feri-lo?

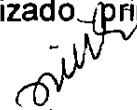
De todo modo, ainda que não haja risco maior para o embrião – e anote-se que qualquer procedimento em matéria médica envolve sempre algum risco, ainda que risco mínimo –, é preciso averiguar eventual ofensa à sua dignidade, que não é reduzida pelo só fato de estar o embrião congelado ou ser inviável. A extração de um blastômero para fins de produção de uma linhagem de células-tronco não deixaria de constituir uma utilização do embrião como meio para o atingimento de um fim, o que faz lembrar a censura de **Kant**.

Há que se ponderar, todavia, se essa não é uma visão equivocada. Não se trata de um embrião produzido apenas para a extração de células-tronco e, ao contrário do método padrão, essa extração não resultará na sua destruição, o que não inviabiliza os fins naturalmente concebidos para ele. Após a extração, que pode ser comparada à doação de uma célula epitelial ou de qualquer outro tecido renovável, e, ainda, à doação de um órgão, como o rim, o embrião poderá cumprir seu destino natural, isto é, a implantação e o nascimento.

De acordo com o padrão que a Lei nº 11.105/2005 pretendeu estabelecer no Brasil, outra fonte de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia é o embrião dito inviável.

A Lei, contudo, não o define, pelo que talvez fosse o caso de deixar tal definição à ciência.

Ocorre que a ciência não encontra, ainda, uma conceituação precisa. Esse termo, em verdade, foi adotado e tem sido utilizado principalmente por



ADI 3.510 / DF

profissionais envolvidos com os processos de reprodução assistida e tem servido para designar o embrião inadequado para fins de reprodução, ou seja, aquele que tem menos chance, não só de nascer, mas de vir à luz como um indivíduo saudável.

Assim é que não há um padrão ou um protocolo rígido para a identificação desse embrião inviável. Diversos critérios são hoje aceitos e costumam ser aplicados em paralelo em uma mesma clínica ou laboratório. São em geral visuais: velocidade da divisão/clivagem, emparelhamento de núcleos, integridade do citoplasma e da membrana envoltória.

Há muitos conceitos utilizados pelo direito que são emprestados da linguagem corrente e também de outras ciências, sem que alterem seu significado preciso. Afinal, são necessários para a formulação de uma regra precisa (hora, animal, rio e aluvião, por exemplo, têm os exatos significados do colóquio e da técnica).

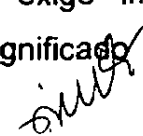
A matemática é essencial. No direito das obrigações, na regra do **concurso partes fiunt**, e no direito das sucessões, quando da sucessão por representação, a aritmética da divisão e as frações são conceitos naturalmente aplicados.

Outros termos, contudo, mesmo sendo idênticos aos utilizados em outras esferas do conhecimento, geram conceitos bem mais restritos e até bem mais distintos.

Esse fenômeno da apreensão de um termo lingüístico pelo direito e sua anexação aos domínios de sua ciência, com uma nada rara emancipação ou independência da filologia, tem grande importância quando se trata de um termo com mais de um significado e que vem a ser apreciado no âmbito constitucional. Um deles pode ser perfeitamente compatível com o conjunto de normas constitucionais enquanto que o outro não.

Embora a Lei não tenha definido o conceito de inviabilidade, o Decreto nº 5.591/2005 o fez no art. 3º.

O termo inviabilidade, portanto, é um termo incorporado pelo direito positivado e, diante de seu confronto com a Constituição, exige investigação hermenêutica para determinar se pode ser utilizado com seu significado original da



ADI 3.510 / DF

origem técnico-científica da medicina reprodutiva ou se requer uma interpretação diversa ou, ainda, se pode ser utilizado com um ou alguns de seus significados originais embora não com outros.

Na linha do Decreto nº 5.591/2005, embriões inviáveis são aqueles que:

- (i) apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde;
- (ii) sofreram ausência espontânea de clivagem após um período superior a vinte e quatro horas; ou
- (iii) apresentam alterações morfológicas que comprometem o seu pleno desenvolvimento.

Cabe determinar, portanto, se a extração de células-tronco desses embriões atenta contra a inviolabilidade do direito à vida.

É bom enfatizar que a inviabilidade de que trata o Decreto não é relacionada à ausência de vida. Como visto, o Poder Executivo parece ter incorporado o conceito extraído da técnica de fertilização *in vitro* que, repita-se, diz respeito à probabilidade de gerar o nascimento de um indivíduo saudável da espécie humana. Esse conceito não reflete uma preocupação com a condição atual de vida do embrião. E, por isso, merece reparo. Vejamos.

Independentemente das normas a serem baixadas pelo Ministério da Saúde, embriões com alterações genéticas não são, por óbvio, embriões sem vida e sem chances de subsistirem por si mesmos. Na rotina das clínicas de reprodução assistida, como visto, são aqueles que, submetidos a um diagnóstico pré-implantação, recebem um resultado positivo quanto à presença de determinada alteração genética, especialmente quanto às trissomias e às anomalias do cromossomo sexual.

Para as clínicas de reprodução assistida não interessa a sua implantação, não interessa o seu nascimento. Seu destino é o descarte ou, nas clínicas que obedecem às regras deontológicas, o congelamento. Não há nenhuma distinção entre esses embriões e aqueles classificados como bons para implantação. Esses embriões são submetidos ao teste genético exatamente porque foram considerados viáveis para a implantação. Uma vez implantados, têm as mesmas chances de

ADI 3.510 / DF

alcançarem gravidez e nascimento. Deve ficar claro que o diagnóstico pré-implantação não inviabiliza o embrião e muito menos lhe retira a vida, tanto é assim que se o diagnóstico é negativo, ele é implantado no útero da paciente e pode vir a nascer, como ocorre com frequência.

Nesse caso, então, também incide a proteção constitucional. A extração de células-tronco desses embriões com a sua destruição atenta contra o direito à vida.

Outra característica da inviabilidade, segundo o Decreto, seria a do embrião que apresenta alterações morfológicas que comprometem seu pleno desenvolvimento.

Como já visto, a observação da morfologia dos embriões permite a sua classificação conforme graus de viabilidade. Aos graus mais elevados está associada uma alta taxa de sucesso na gravidez e aos mais baixos, taxas muitas vezes irrisórias.

Em verdade, há, no que diz respeito a estes, uma baixa ou baixíssima viabilidade de gravidez e nascimento. Pelo critério de **Donadio** e outros (*op.cit.*), os embriões de classe A, B, C e D apresentam índices de implantação de 28%, 25%, 12% e 6%, respectivamente. Uma baixa ou baixíssima viabilidade não é, contudo, o mesmo que nenhuma. Inviabilidade, propriamente, não há.

A inviolabilidade do direito à vida não admite que a possibilidade de alguns embriões tornarem-se inviáveis justifique o sacrifício dos demais. A inviolabilidade do direito à vida não admite nem mesmo que a possibilidade de muitos deles se tornarem inviáveis justifique o sacrifício dos remanescentes.

Aqui também vislumbro inconstitucionalidade.

Por fim, o Decreto regulamentar menciona embriões que espontaneamente deixaram de se dividir após um período superior a vinte e quatro horas.

A clivagem, para o embrião, é o reflexo de seu desenvolvimento, de sua atualização. Deixar de clivar equivale a deixar de se desenvolver.

Os embriões referidos na parte média do inciso XIII do art. 3º do Decreto nº 5.591/2005 são aqueles que perderam a capacidade de se dividir, que não mais apresentam uma potência de atualização, de movimento e desenvolvimento. Perderam,

oiti

ADI 3.510 / DF

portanto, a sua essência. Deixaram de ser. Quanto a estes não se vislumbra haver violação do direito à vida acaso deles se extraíam células-tronco. São, em verdade, embriões sem condições de ir adiante. São insubsistentes por si mesmos. A obtenção, deles, de células-tronco para pesquisa e terapia seria, a título de comparação, como a extração de órgão de alguém já morto.

E não se diga que o embrião imobilizado em termos de divisão não seja fonte de células-tronco, pois a própria legislação o colocou entre elas já em 2005. Desde então, a perspectiva de extração de células-tronco aptas para a constituição de uma linhagem se consolida.

A partir da proposta de **Donald Landry e Howard Zucker**, a comunidade científica passou a considerar essa nova fonte. Diziam os autores:

“Aproximadamente 60% dos embriões gerados da fertilização in vitro deixam de atender aos critérios de viabilidade e são recusados para fins de transferência para o útero. A ‘inviabilidade’, definida como a incapacidade de chegar ao nascimento, difere da morte orgânica; todos os embriões mortos são, é claro, inviáveis, mas muitos embriões inviáveis ainda não estão mortos. O critério morfológico de inviabilidade inclui clivagem anormal, perda de células e do material citoplasmático. Mas é o critério funcional – ausência de clivagem após 24 horas – que, mesmo não contendo em si a prova de irreversibilidade, melhor se adequa. A ausência de clivagem geralmente reflete graves anormalidades genéticas mas – e esse é o ponto crucial – nem todas as células de embriões estagnados precisam estar anormais para que a estagnação ocorra” (**Embryonic death and the creation of human embryonic stem cells. in The Journal of Clinical Investigation. v. 114, n.9. Disponível em: <[http://www.jci.org/114/9/1184?content type=abstract](http://www.jci.org/114/9/1184?content%20type%3Dabstract)>. Acesso em: 13mar. 2008**).

A idéia por detrás do trabalho de **Landry e Zucker** não é complexa para entendimento. O embrião é mais que a soma de suas células. Assim, um embrião sem vida não é somente um embrião cuja totalidade de células esteja sem vida, sendo possível encontrar células ainda vivas (células-tronco). E o critério para identificar essa situação é um critério funcional: a ausência de clivagem.

O estudo foi citado no já referido relatório **Alternative Sources of**

sim

ADI 3.510 / DF

Human Embryonic Stem Cells, de maio de 2005, como uma das fontes alternativas de células-tronco embrionárias. Essa e outras alternativas, como a extração de células-tronco na fase de blastômero sem prejudicar o desenvolvimento do embrião, foram analisadas pelo relatório, que buscou sua aceitação ética e sua factibilidade.

A proposta de **Landry** e **Zucker** foi considerada promissora, mas foram levantadas dúvidas quanto à definição de um marco objetivo para determinar a morte do embrião e a real possibilidade de obtenção de células apropriadas para gerar linhagens, que poderiam apresentar as mesmas dificuldades do método de **Lanza**.

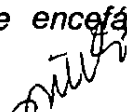
Uma das relatoras, **Janet Rowley**, esclareceu, em palavras que refletem bem o interesse da comunidade científica apenas pela exploração da fonte de células-tronco embrionárias que se mostre mais acessível, que *“seria estranho deixar grande número de embriões indesejados, porém normais, morrerem, e ao mesmo tempo pedir aos cientistas que fizessem enormes esforços para extrair células de embriões potencialmente normais, mas também potencialmente anormais, apenas dentre aqueles descongelados que deixaram espontaneamente de se dividir”* (op. cit., pág. 21).

O relatório, porém, e conforme anotado, é de maio de 2005 e desde então muitos progressos foram feitos no que se refere a essa alternativa.

Já em 2006, **Landry** e **Zucker** realizaram novo estudo, agora com a contribuição de **Mark Sauer**, **Michael Reznik** e **Lauren Wiebw**, buscando encontrar exatamente um critério objetivo para o reconhecimento da interrupção de clivagem. O trabalho envolveu a observação de um total de 142 embriões classificados como inviáveis pelo Centro de Reprodução da Universidade de Columbia e que, no seu 5º (quinto) dia de existência, foram caracterizados como hipocelulares. Nenhum deles se desenvolveu mais.

Concluíram os autores que:

“(…) com base nesses dados, propomos que a hipocelularidade e a falta de compactação no seu 5º dia de existência constituam um conjunto de critérios para diagnóstico de uma interrupção irreversível do desenvolvimento do embrião humano e que, em correspondência direta com o paradigma da morte encefálica, seja



ADI 3.510 / DF

suficiente para diagnosticar a morte. O embrião humano que se enquadre nesse critério morreu como um organismo, ainda que algumas células individualmente continuem vivas” (**Hypocellularity and absence of compaction as criteria for embryonic death. in Regenerative Medicine 1, 3. págs. 367 a 371).**

Também em 2006, um grupo formado por **Xin Zhang, Petra Stojkovic, Stefan Przyborski, Michael Cooke, Iyle Armstrong, Majlinda Lako e Miodrag Stojkovic** demonstrou que embriões com seu desenvolvimento estagnado também são fontes de células-tronco. No estudo, os cientistas relatam:

“Muitas linhagens de células-tronco embrionárias humanas foram obtidas até hoje e muitas delas já foram derivadas de embriões classificados como de baixa qualidade. Até aqui, a maioria derivou de massa celular interna (ICM – inner cell mass) ou de mórulas ou blastócitos de diferentes qualidades, com 4 a 8 dias de existência. Este estudo descreve, pela primeira vez, a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias humanas de mórulas de alta e baixa qualidade, assim como de embriões que pararam de se desenvolver. Nós demonstramos que esses embriões, que nunca alcançaram a fase de mórula ou blastocisto e são normalmente tidos por ‘mortos’ têm um potencial de proliferação e podem ser utilizados para a derivação de células-tronco embrionárias humanas sob condições apropriadas de cultura” (**Derivation of human embryonic stem cells from developing and arrested embryos**, publicado no periódico eletrônico Stem Cells, em 21 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stemcells.com>. Acesso em 18mar. 2008).

Em termos científicos, essa não é, em comparação com o embrião excedente e mesmo com o embrião considerado inviável com 5 dias na forma de blastocisto, a fonte primeira e privilegiada de células-tronco embrionárias. Isso é o que mostra o grupo capitaneado por **Paul Lerou (Akiko Yabuchi, Hongguang Huo, Ayumu Takeuchi, Jéssica Shea, Tina Cimini, Tan Ince, Elizabeth Ginsburg, Catherine Racowski e George Daley)** ao afirmar em seu estudo:

“Em analogia às regras utilizadas para obter órgãos vitais para transplante após a morte cerebral, tem se defendido que embriões organicamente ‘mortos’, definidos por uma estagnação irreversível da divisão celular, são fontes aceitáveis de células-tronco embrionárias.

ou

ADI 3.510 / DF

Alguns dos embriões de baixa qualidade inservíveis para uso clínico no terceiro dia após a fertilização cessaram sua divisão celular; todavia, nossos dados indicam que esses embriões são uma fonte pobre de linhagens de células-tronco embrionárias. Em contraste, embriões de baixa qualidade que chegaram até o estágio de blastocisto são uma robusta fonte de linhagens normais de células-tronco embrionárias” (Human embryonic stem cell derivation from poor quality embryos. in Nature Biotechnology, fevereiro de 2008, v. 26, nº 2).

Curiosamente, nesse estudo, contudo, a única linhagem de células-tronco embrionárias humanas derivadas de um embrião de 3 (três) dias (e inviável para fins da clínica de reprodução assistida) resultou exatamente de um espécime de 6 células com desenvolvimento estagnado. Esse fato foi anotado em contato que fizemos diretamente com o próprio Landry e registrado em seu mais recente estudo, em conjunto com Svetlana Gavrilov, Robert Prossert, Imran Khalid, Joanne MacDonald, Mark Sauer e Virginia Papaioannou. Esse trabalho, ainda não publicado, demonstra, para além de que os embriões com desenvolvimento estagnado no sexto dia (ED6) não tornam a se dividir, que estes são uma rica fonte de células-tronco embrionárias humanas. Foram examinados 227 embriões considerados inviáveis pelo centro de reprodução da Universidade de Columbia, dos quais 79 foram escolhidos aleatoriamente para permanecerem em cultura, de modo a verificar seu eventual desenvolvimento, que não ocorreu. Os outros 148 embriões passaram por uma contagem de células, dos quais 20 se encontravam totalmente desintegrados. Dos 128 restantes, 22 (17%) não tinham células vivas, 103 (80%) apresentaram entre 1 e 32 células vivas, enquanto que 3 (menos de 3%) tinham mais de 32 células vivas, o que permitiu a conclusão:

“Aqui nós mostramos que embriões estagnados não retomam seu desenvolvimento normal durante um período prolongado de cultura, ainda que a maior parte deles contenha um número substancial de células vivas no 6º dia de existência (ED6) (72% têm mais de 1 célula viável, 47% têm mais de 5 células viáveis), indicando que esses embriões inviáveis poderiam ser uma rica fonte de células viáveis para fins de geração de linhagens de células-tronco embrionárias” (Irreversibly arrested, nonviable (organismically dead)

mit

ADI 3.510 / DF

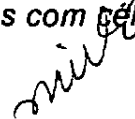
human embryos as a source of viable cells for human embryonic stem cell (hESC) derivation).

Confrontada com estudos como os de **Lanza** e **Landry-Zucker**, a comunidade científica geralmente não valoriza a obtenção das células-tronco assim obtidas, sustentando que não são confiáveis por ainda não terem sido replicados por outros grupos. E depois de não lhes dedicar mais que um relance, volta os olhos para o método **Thomson** e nele persiste. É claro, esse é o método padrão. Mas isso não quer dizer que não seja viável a utilização dos métodos abertos pelas pesquisas de **Lanza** e **Landry-Zucker**. O desenvolvimento das pesquisas nessa área é que vai autorizar a evolução do método e sua prática como meio de obtenção de células-tronco embrionárias.

O que merece relevado é a circunstância de o método possibilitar o avanço da ciência nessa área sem comprometer a vida e sem malferir a dignidade da pessoa humana. Por isso, ao contrário do que se dá com um simples programa de computador, a escolha dos métodos a serem praticados não pode ser deixada a cargo de usuários interessados apenas na eficácia e no custo-benefício. Isso é que compatibiliza o método com a disciplina constitucional. Assim, os métodos **Lanza** e **Landry-Zucker**, tal qual o de **Yamanaka** e qualquer outro que não acarrete a morte do embrião, podem ser admitidos pela Constituição brasileira por cumprirem o objetivo de estimular a pesquisa em área sensível para o desenvolvimento da humanidade sem o sacrifício da vida, valor que deve ser respeitado e preservado.

Nessa direção apontou o Dr. **Rao Mahendra**, renomado pesquisador americano, em recente estudo sobre as fontes alternativas de células-tronco embrionárias ou pluripotentes:

“Concluímos com um pensamento que para alguns pode parecer herético: talvez as restrições impostas pela administração Bush tenham servido a um resultado positivo, intencional ou não, por levar a um desenvolvimento de alternativas inovadoras. Mais ainda, talvez tanto cidadãos quanto cientistas estejam mais preparados para essas inovações. A ciência ofereceu mais de uma possível solução para o dilema ético que envolve as pesquisas com células-tronco. Agora é hora



ADI 3.510 / DF

de incentivar os criativos desenvolvimentos nas pesquisas que se verificaram em diversas frentes e de receber aqueles dentre nossos colegas que conseguiram, sozinhos e com reduzidos recursos, esses avanços (...)”.

Por outro lado, torna-se relevante assinalar que não é possível manter nessa área uma autorização independente de qualquer controle estatal centralizado seja no que diz com a fiscalização das clínicas de reprodução assistida, seja no desenvolvimento das pesquisas com relação às células-tronco. Não foram tomados nem mesmo os mais óbvios cuidados no trato de um procedimento tão delicado, cujos desvios éticos oferecem gravíssimos riscos de manipulação da espécie humana e de utilização indevida do mais importante objeto da pesquisa científica na atualidade. É fácil perceber que o art. 5º foi inserido em lei que originariamente não se destinava a cuidar das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Tudo isso enseja a sua disciplina através da interpretação constitucional em suas diversas modalidades. De nada adianta a existência de comitês éticos nas universidades se não existir um sistema único nacional capaz de concentrar os dados e estabelecer registros apropriados para fiscalização, autorização e controle do que está sendo feito, a exemplo do que ocorre na grande maioria dos países que já estão desenvolvendo essas pesquisas. E isso quer dizer, também, impedir a mercantilização que pode, como em qualquer setor, dominar essa área crítica para o próprio fortalecimento da humanidade. Como todos sabem, a disputa por patentes nesse segmento é assustadora e os recursos financeiros envolvidos são enormes.

Não se pode, na minha compreensão, pôr essa complexa questão em termos tão simplistas como aqueles que opõem radicais de toda posição. E não é fácil reconhecer esse fato. É necessário evitar qualquer tipo de fundamentalismo. Seria, por exemplo, o dizer da Antigüidade em que a garantia do solo fértil ou da colheita abundante exigia a oferta de presentes aos deuses. E o maior deles era o sacrifício de uma vida humana, que abria as portas pelas quais adentraria a abundância (BLAINEY, Geoffrey, **Uma breve história do mundo**, Fundamento, 2ª ed., 2007, pág. 38). Esse simplismo, que a história da humanidade conhece, repete-se exaustivamente de tempos em tempos e serve de alerta para que o crescimento humano do mundo não

ADI 3.510 / DF

se faça com preço que sacrifique a natureza humana.

Em nosso caso, a perspectiva do uso de células-tronco embrionárias a partir dos embriões ditos inviáveis ou daqueles congelados nas clínicas de reprodução assistida não pode, sob nenhum pretexto, resvalar para o absoluto sem a preservação da vida. Impõe-se estabelecer padrão ético que nem deixe de considerar a bem-aventurança da pesquisa, seja para fins puramente científicos, seja para fins terapêuticos, nem deixe de privilegiar a importância do destino desejado pelos genitores ao procurar a continuidade biológica por meio da fertilização *in vitro*. O que se há de buscar é a preservação da vida e da dignidade do homem, assim, a integridade da vida que nascerá se não sofrer interrupção natural ou provocada e a possibilidade de avançar na descoberta do próprio mistério da vida.

De tudo o que foi exposto até aqui, são duas as conclusões a que forçosamente se chega: (i) há uma urgente necessidade de controle da atividade das clínicas de reprodução assistida, especialmente no que se refere aos procedimentos de fertilização *in vitro* em geral e aos diagnósticos pré-implantacionais; e (ii) as pesquisas com células-tronco embrionárias são importantes e não merecem ser obstadas, observados limites e controles e desde que não causem a destruição do embrião, vida humana protegida pela Constituição Federal.

O que causa perplexidade e, mais do que perplexidade, representa fonte de grande preocupação é que a origem das pesquisas com células-tronco embrionárias, nos termos da lei brasileira, está nas clínicas de fertilização *in vitro* que operam, independentemente da seriedade de seus respeitáveis profissionais, sem nenhuma fiscalização ou controle. Veja-se que a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária não fiscaliza nem controla as clínicas, salvo quanto aos aspectos físicos, das instalações. Mas não há nenhum sistema organizado de supervisão do processo, com cadastro de embriões e registros adequados, incluída a identificação genética, assim, por exemplo, nos diversos casos em que são realizados os diagnósticos pré-implantação.

De fato, com a Resolução nº 33, de 2006, da Diretoria Colegiada da ANVISA, os chamados Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG), assim

ADI 3.510 / DF

entendidos como todos os estabelecimentos que possuam em seu poder gametas e embriões, neles incluídas as clínicas que guardam os embriões congelados, devem informar semestralmente dados como (i) quantidades de sêmen, oócitos e embriões congelados; (ii) tempo de congelamento; (iii) taxa de fertilização; (iv) taxa de clivagem; (v) procedimentos adotados; e (vi) processos de classificação de embriões (ou pré-embriões), o que já é alguma coisa. No entanto, segundo informação da própria agência, através de sua Gerência Geral de Sangue, Outros Tecidos, Células e Órgãos – GGSTO, ainda não foi possível, até o dia 10/4/2008, obter informações consolidadas sobre os serviços dessas clínicas, até porque as vigilâncias sanitárias estaduais e municipais ainda estão sendo capacitadas para a fiscalização. Apenas no dia 12 de maio deste ano é que a Agência baixou a Resolução nº 29, pretendendo organizar um banco de dados sobre os embriões em poder dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos a ser alimentado pelos próprios bancos, com obrigatoriedade somente após o prazo de 60 (sessenta) dias. Vê-se, portanto, que atualmente não há nenhum controle.

Tampouco há norma legal que proíba ou impeça a realização de procedimentos inadmitidos em diversos ordenamentos, como a fertilização para fins não reprodutivos, o uso do diagnóstico pré-implantação para seleção de sexo, a destruição de embriões considerados inviáveis, a geração de grande número de zigotos, a redução embrionária etc.

Muito menos se vê algum tipo de controle e reprimenda a procedimentos que põem em risco os limites da própria espécie humana, como a clonagem reprodutiva, a transferência nuclear, o transplante pronuclear, a fabricação de quimeras, a conjugação de tecidos humanos e animais, tudo isso com conseqüências ainda não vislumbradas.

A já citada Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina serve como uma boa orientação ao estabelecer para a comunidade médica "Normas Éticas Para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida". Mas é pouco. A realidade mostra que o Conselho, por suas limitações materiais e por suas próprias atribuições, tem agido reativamente, por meio de sanções de ordem profissional. E o

outro

ADI 3.510 / DF

que é preciso é uma ação preventiva, fiscalizadora.

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 90, de autoria do Senador Lúcio Alcântara. Apensados a ele, estão os Projetos de Lei nºs 2.855/1997; 4.664/2001; 6.296/2002; 120/2003; 2.061/2003; 4.889/2005; 5.624/2005; e 3.067/2008, este último de autoria do Deputado José Aristodemo Pinotti, que também estabelece algumas condições para a pesquisa com células-tronco ao propor a alteração do próprio art. 5º da Lei nº 11.105/2005. O Projeto de Lei nº 90, contudo, é de 1999 e recebeu parecer desfavorável do Relator na Câmara dos Deputados (PL nº 1.184/2003), Deputado Colbert Martins. Aguarda-se sua apreciação na Câmara para que seja novamente submetido ao Senado Federal.

A existência de um grande número de proposições legislativas sobre o tema da reprodução assistida é indicio mais que suficiente para demonstrar a necessidade de regulamentação desse setor da atividade médica. As inúmeras possibilidades propiciadas pela fertilização *in vitro* e os grandes riscos daí decorrentes exigem que o Estado se faça presente. Impõe-se, por isso, fixar limites que, ao mesmo tempo em que ensejem o desenvolvimento científico nesse tema e a manutenção de terapias eficazes para a infertilidade do casal, estabeleçam um nível de segurança adequado para as futuras gerações e um grau mais elevado de respeito ao ser humano, em todas as suas fases.

Entende-se que esse nível e esse grau seriam alcançados através de um procedimento de fertilização *in vitro* que, mesmo não obrigando a transferência de todos os embriões produzidos, observasse as seguintes regras: (i) emprego apenas para fins reprodutivos; (ii) emprego somente na ausência de outras técnicas aptas para solucionar o problema da infertilidade; (iii) proibição de seleção de sexo; (iv) emprego de ICSI apenas quando ineficaz a fertilização através da aproximação dos gametas; (v) limitação do número de óvulos a serem fertilizados; (vi) limitação do uso do diagnóstico pré-implantação, restringindo-o para investigação de determinadas anomalias com vistas à cura; (vii) limitação do número de embriões a serem transferidos; (viii) proibição de redução embrionária; (ix) proibição de descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação; (x) proibição de

anexo

ADI 3.510 / DF

comercialização de embriões; e (xi) proibição de doação de embriões, salvo daqueles estagnados e registrados em registro único constituído para esse fim, com abrangência nacional, e somente para pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos que tenham sido aprovadas por órgão com abrangência nacional, sempre com o consentimento livre e informado dos genitores, de acordo com as normas de deontologia médica adotadas mundialmente, e a supervisão de médico especializado.

Se a autorização para utilização de células-tronco embrionárias deve alcançar apenas aquelas que preservem a vida do embrião, não será admitida a obtenção de células-tronco de embriões congelados, de embriões com alterações genéticas ou de embriões com alterações morfológicas, quer comprometam ou não o seu desenvolvimento, pelo método **Thomson**, ou seja, pela aspiração de células da massa central interna do blastocisto.

Pelo uso desse método, somente poderia ser admitida a obtenção de células-tronco de embriões estagnados, assim entendidos aqueles que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período de observação que permita caracterizar a irreversibilidade da estagnação, de acordo com normas especiais estabelecidas pelo Ministério da Saúde. Neste caso, não se agride a vida do embrião, porque esses embriões são insubsistentes por si mesmos, já não vivem.

Em qualquer hipótese, sempre com o prévio e expresso consentimento informado por escrito dos genitores, poderão ser utilizadas para pesquisa e terapia, nas condições adiante definidas para estas e desde que não ameaçada a sobrevivência do embrião, células-tronco obtidas de blastômeros, assegurada a restituição do embrião ao meio de conservação em que se encontrava anteriormente para fins de reprodução assistida.

O crime previsto no art. 24 da Lei nº 11.105/05 inclui a autorização para utilização de embriões humanos em desacordo com as condições estabelecidas na lei, alcançando, na minha compreensão, os responsáveis pela autorização e pela fiscalização.

minha

ADI 3.510 / DF

As investigações com células-tronco embrionárias, repita-se, devem se limitar à pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e à pesquisa com fins terapêuticos; devem ser autorizadas por órgão federal, integrado por equipe multidisciplinar, composta por membros com larga experiência, inclusive em pesquisa, nos ramos da medicina, da biologia e da química, além de outras áreas do saber, como o direito, a sociologia, a teologia, a ética e a matemática; devem ser supervisionadas por especialistas com comprovada experiência nos métodos de manipulação dessas células; e devem ser devidamente registradas e autorizadas pelo mencionado órgão federal.

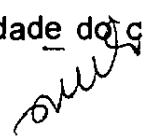
Anote-se que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, por sua composição e competência, foi constituída com vistas à regulação, ao acompanhamento e à autorização das atividades relacionadas a organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, dentre os quais não se incluem os embriões humanos e as células-tronco embrionárias humanas (art. 3º, § 1º, Lei nº 11.105/2005).

Destaco que até a presente data apenas o grupo da Doutora Lygia Pereira, séria, respeitada e destacada professora da Universidade de São Paulo, tentou a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias no Brasil.

Destarte, com as razões acima deduzidas, julgo procedente, em parte, a ação direta de inconstitucionalidade para, nos termos que se seguem:

1. no **caput** do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, 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 pesquisa com fins terapêuticos;

2. ainda no **caput** do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização **in vitro** seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo



ADI 3.510 / DF

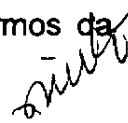
ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde;

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 Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro 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 os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei nº 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição;

5. no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores; e

6. no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei nº 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste



ADI 3.510 / DF

voto.

Por fim, torna-se necessário examinar a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que autoriza a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É que já estão em curso diversas pesquisas com células-tronco já obtidas por pesquisadores brasileiros. Para preservar o andamento dessas pesquisas, entendo necessário modular os efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade a partir da data deste julgamento.

Ortíz

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, uma explicitação apenas quanto ao alcance do voto de Sua Excelência. Pelo que percebi, haveria, no bojo, a própria criação de um tipo penal, pela decisão do Tribunal?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), foi.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Está se estendendo ao artigo 27?

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Não. Talvez tenha me explicitado mal. O que eu estou dizendo é que o artigo 24, que tem essa tipificação, deve considerar também, para os efeitos do que está previsto no próprio artigo 5º, que esses autores da autorização e fiscalização sejam alcançados.

Foi só isso que eu disse.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Na verdade, Sua Excelência está propondo, mediante interpretação - que não é objeto da ação - do artigo 27, uma modalidade de controle da interpretação

ADI 3.510 / DF

de constitucionalidade do artigo 5º. Noutras palavras, ele está recorrendo à interpretação de outro artigo para assegurar uma limitação inerente ao alcance da declaração de inconstitucionalidade que reconhece. Não está julgando o artigo 27, mas o artigo 5º!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Mas com conseqüências penais? Porque, pelo que percebi, o artigo 5º somente contempla um tipo penal, se houver a comercialização. Quer dizer, passaríamos a ter o tipo penal pelo não-respeito à decisão do Tribunal quanto à interpretação conforme. Poderíamos chegar a esse ponto?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e não é uma cláusula em branco.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - E o artigo 25 também, porque apenas a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano. Aqui sim.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, eu ponderaria à Corte - e não apenas porque o voto de Sua Excelência foi, além de erudito e brilhante, alentado - que deixássemos todas essas considerações para depois de todos terminarem os votos,

ADI 3.510 / DF

porque, se avançarmos intervenções e pedidos de esclarecimentos a cada voto, não vamos sair daqui antes de uma semana.

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALCONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, a lei agora impugnada autoriza o uso de células-tronco embrionárias produzidas **in vitro**, ou seja, em vidro, para fins de pesquisa científica e tratamento médico. Relembro, ela porta as seguintes condições para as pesquisas:

Primeira: o não aproveitamento para fim reprodutivo do embrião congelado **in vitro** (não aproveitamento por livre decisão do casal).

Segunda: que o embrião se caracterize pela sua inviabilidade reprodutiva, ou seja, ele já não detenha a capacidade de clivagem ou de reprodução celular numa progressão verdadeiramente geométrica.

Terceira: que esteja congelado o embrião há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelado nessa data, venha a completar três anos. No particular, a lei é de eficácia exaurida, porque os três anos de congelamento já decorreram em qualquer das duas situações do inciso II.



ADI 3.510 / DF

E, finalmente, quarta condição: o consentimento do casal-doador do material genético, biológico (é preciso o consentimento expresso do casal-doador).

Além disso, a lei estabelece a obrigatoriedade de encaminhamento de todos os projetos de pesquisas com células-tronco aos comitês de ética e pesquisa respectivos, que funcionam basicamente nas universidades federais; e veda, tipificando como crime, a comercialização do material biológico.

No art. 6º, a lei toma outras cautelas ou sobrecautelas, como, por exemplo, proibir a prática de engenharia genética em organismo vivo ou o manejo **in vitro** de ADN/ARN natural ou recombinante.

A engenharia genética é proibida, também, no inciso III do art. 6º, com célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano.

Vai além a lei. A lei proíbe, no inciso IV do art. 6º, a clonagem humana.

Senhor Presidente, eu disse em meu voto e repito, a Constituição Federal não faz de qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, a vida de alguém, de um indivíduo já adornado da personalidade civil. Vale dizer, nessa perspectiva que tenho como rigorosamente constitucional, a vida humana ou a pessoa humana se



ADI 3.510 / DF

define como o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.

Fui muito criticado por essa definição, mas as pessoas que criticavam invariavelmente mutilavam o meu conceito. Em todas as críticas a esse conceito, eu pude verificar isso. A pessoa humana, o indivíduo biográfico, o ser humano adornado de personalidade civil é o fenômeno que transcorre do nascimento com vida à morte cerebral.

Muito bem, eu disse isso porque eu tentei fugir de uma perspectiva analítica teológica ou filosófica, ou mesmo científica mais aprofundada, uma vez que esse terreno nos leva a uma discussão interminável. Nós vamos nos perder no infinito, dado que há correntes ponderáveis, consistentes de opinião em um sentido e de opinião em outro sentido.

Eu, também, tentei evitar dizer que as células-tronco embrionárias são mais promissoras para a Medicina do que as células-tronco adultas, porque também há opiniões ponderáveis nos dois sentidos.

Recentemente, um dos vencedores do prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia, aqui, no Brasil, Oliver Smithies, prestou depoimentos dizendo que o debate sobre o uso de células-tronco embrionárias humanas, em pesquisa, tomou o rumo errado. Ou seja, uma coisa não inviabiliza a outra. As duas são pesquisas válidas e podem



ADI 3.510 / DF

caminhar **pari passu**. Falou sobre o Supremo Tribunal Federal, dizendo o seguinte:

"Gostaria que o Supremo Tribunal Federal pensasse em células-tronco de modo diferente. Imagine que eu seja um jovem morto num acidente de carro. Há partes do meu corpo que ainda são úteis e podem ser dadas a outras pessoas para manter suas vidas. Então, parte de mim vive em outra pessoa. Se uma célula-tronco embrionária é feita para terapia, aquele embrião não é morto," - vale dizer, não há destruição - "aquele embrião dá vida a outra pessoa."

Quer dizer, é um prêmio Nobel de Medicina e Fisiologia deixando claro que o que se chama de destruição do embrião não é senão, em verdade, o resgate de uma perspectiva de vida em uma terceira pessoa, dentro de uma filosofia rigorosamente fraternal ou solidária. Se aquele embrião não tem a menor chance de entrar no útero feminino - não é redundante dizer isso -, que ele seja aproveitado para outros fins de terapia e assim servir à humanidade.

O que se extrai dessas iniciais considerações é o seguinte: a Constituição, no art. 1º, inciso III, fala, sim, de dignidade da pessoa humana, mas ela já se autoexplica: dignidade da pessoa ou de um ser dotado de personalidade, porque só a pessoa humana detém personalidade. A personalidade é um atributo da pessoa humana.

Quando a Constituição, no art. 5º, fala "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", inclusive da vida, diz que assegura tais direitos "aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País".



ADI 3.510 / DF

Ora, a toda evidência, um embrião não é um brasileiro. Ele não tem nacionalidade. E, enquanto permanecer ali **in vitro**, fora do útero materno, sem possibilidade de nidação, ele jamais vai ganhar uma nacionalidade. Também não é um estrangeiro. Esta categoria de brasileiro e de estrangeiro como condição para gozo "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", essa condição, para o embrião, é um indiferente jurídico. O embrião jamais vai alcançar o **status** de brasileiro ou de estrangeiro. Para que o embrião tenha direito à vida, nos termos da Constituição, é preciso reconhecer a ele o direito a um útero. E o embrião tem direito a um útero? Claro que não! Eu estou falando do embrião **in vitro**, daquele embrião produzido sem ato sexual, sem acasalamento, sem conúbio, que não é produzido pela natureza, mas produzido pelo homem. Não é só a natureza que produz o homem; o homem produz cientificamente o homem. Quer dizer, é um embrião que não saiu de nenhuma mulher. O que saiu do corpo da mulher foi um singelo óvulo desfecundado até então. Não saiu de nenhum homem também. O que saiu do homem foi um jato, um jorro de espermatozóides. Esse embrião **in vitro** jamais entrará - nos termos da lei - no corpo de uma mulher. Nem saiu do corpo feminino, nem vai entrar. Não há nidação; não há gravidez; não há maternidade no sentido que eu expus; não há cérebro.

É isso o que está causando perplexidade aos juristas de uma maneira geral. É que nós estamos lidando com uma realidade



ADI 3.510 / DF

absolutamente insimilar. É um embrião que não corresponde jamais ao conceito de nascituro. Não há nascituro, muito menos alma. É de se supor que a alma vem ao mundo para cumprir uma função e ela é inteligente o suficiente para não ficar confinada em um vidrinho, sob a forma de embrião.

De maneira que, à luz da Constituição, a vida não pode começar senão por um embrião e que o embrião humano é, portanto, o início de toda a vida. Daí não se pode derivar, extrair o raciocínio de que embrião é pessoa humana. Ele é um bem a proteger juridicamente. É um interesse juridicamente protegido, mas, à luz da Constituição, não é uma pessoa. Até porque, Senhor Presidente, nos trabalhos constituintes, houve três propostas para se proteger o embrião, para se proteger o ser humano desde a concepção: uma proposta da então Deputada Rita Camata; do então Deputado Carlos Virgílio; e da então Deputada Sandra Cavalcanti, nos capítulos "Da Saúde" e "Da Família". Todas as três propostas foram rejeitadas. A Comissão de Constituição e Justiça remeteu o tema para a lei ordinária.

O Código Civil diz, efetivamente, que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro" (art. 2º do Código Civil). Ora, sem o ímã do útero, sem a **vis** atrativa do útero,



ADI 3.510 / DF

sem o húmus do útero, não há nascituro. Não há como alguém nascer do lado de fora dessa entidade mágica que é o útero humano. Feminino.

Então, derivar do raciocínio de que não há vida humana que não comece pelo embrião a afirmativa de que o embrião já é uma pessoa não procede. Não é correto. Não se pode confundir embrião de pessoa com pessoa embrionária. Não existe pessoa embrionária, mas simples embrião de pessoa humana. Não incorramos na falácia indutiva de que falava David Hume, ou seja, as premissas não autorizam a conclusão.

Depois, a Constitui o, no art. 6 , faz da saúde um direito fundamental. E nós sabemos quantos cadeirantes estão à espera das pesquisas com células-tronco embrionárias e sabemos o que significa o Supremo Tribunal Federal cortar toda essa expectativa, esse alento, ainda que a eficácia do tratamento s  ocorra daqui a cinco, seis, sete, oito anos, não interessa. É preciso recomeçar o processo que foi estancado há três anos. E a saúde é um direito fundamental que está no art. 6  da Constitui o. Não pode esperar.

Mas não   só. A Constitui o também, no art. 5 , inciso IX, diz:

"  livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunica o"(...)

Ou seja, a inviolabilidade não é para o embrião **in vitro**, mas para a atividade científica em si. Aliás, a Constitui o



ADI 3.510 / DF

prestigia tanto a liberdade acadêmica, a liberdade de cátedra, a liberdade de pesquisa, a liberdade científica, enfim, que abriu todo um capítulo com o nome de "Da Ciência e Tecnologia".

Como se não bastasse isso, Senhor Presidente. Olha, não estou falando de filosofia nem teologia, nem de ciência pura, nem de pesquisa básica, estou falando da Constituição brasileira. Estou desfilando pela passarela da Constituição, de ponta a ponta, para, na Constituição, buscar os fundamentos de meu voto, porque, como disse a ministra Ellen Gracie, no seu luminoso voto na primeira assentada, o que nos cabe é dar uma resposta jurídica constitucional para a questão que nos é posta. Porque, no plano do direito, não devemos nos perder no infinito das discussões. Há um ponto de partida e há um ponto de chegada. A Constituição diz no art. 226, § 7º, com todas as letras, em alto e bom som:

"Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana".

Agora, sim, a Constituição diz dignidade da pessoa humana. Não é por ilação; não é por abstração; não é por uma construção cerebrina; estou lendo o texto:

"e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal".



ADI 3.510 / DF

Ou seja, a dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisório-familiar. Planejar o número de filhos, a quantidade de filhos, a possibilidade de assisti-los afetiva e materialmente, tudo isso é matéria regrada pela Constituição com este emblemático nome de "paternidade responsável". O planejamento familiar responsável é liberdade, direito fundamental do casal. Como se fosse pouco, a Constituição arremata o seu discurso por esta forma:

"competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos".

Daí a reprodução assistida; daí a produção do embrião **in vitro**, em placa de Petri. Enfim, diz a Constituição:


"para o exercício desse direito".

E vai além. Não fica nisso não.

"vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas."

Então, quando uma sentença "aditiva" é proposta, fico preocupado porque me remeto para essa parte final do dispositivo constitucional:

"vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas."



ADI 3.510 / DF

Essa liberdade científica, signo de evolução ou de **status** civilizatório avançado e de consolidação do processo democrático, está numa pesquisa recentemente feita pela ANIS dando conta de que - Vossas Excelências devem ter recebido o memorial - dos vinte e cinco Estados com nível de desenvolvimento tecnológico comparado ao Brasil, vinte e quatro fazem pesquisas com células-tronco embrionárias.

O estudo desenvolvido sob os auspícios do Ministério da Saúde abrangeu vinte e cinco países, nos quais se concentram - isso é muito importante - mais da metade da população do planeta. Noventa por cento das publicações científicas e onde se encontram presentes todas as principais religiões praticadas no mundo: cristianismo, judaísmo, islamismo, budismo e hinduísmo. Nele se constatou que um único país, a Itália, proíbe as pesquisas; outros dois apresentam restrições que não impedem sua realização: os Estados Unidos, onde se limita o financiamento por parte do governo federal, mas não dos Estados, que têm investido maciçamente, e a Alemanha, que proíbe a utilização de embriões produzidos em seu território, mas não a importação; ou seja, não a importação de linhagens embrionárias.

Fiz uma pesquisa sobre essa lei italiana e constateei que ela, de tão detalhista, praticamente engessa a ciência. Impõe metodologias rigorosas e especificação de procedimentos e definições



ADI 3.510 / DF

técnico-científicas nela própria, na lei, e o fato é que tudo isso foi objeto de declaração de inconstitucionalidade por três tribunais italianos; quer dizer, é uma lei que peca por excesso. Estamos a falar de uma lei brasileira supostamente defeituosa por insuficiência regratória, e temos, na Itália, um caso absolutamente inverso em que a lei – exatamente por engessar a ciência e trabalhar com conceitos que a própria ciência vai produzindo à medida que as novas tecnologias e o redimensionamento de novos quadros mentais vão surgindo – sofreu um contraponto por parte de três tribunais, o de Cagliari, o de Firenze e o de Lazio, na Sentença 398, datada de 31 de outubro de 2007 e depositada em 21 de janeiro de 2008. Essas decisões suspenderam dispositivos da lei que vedavam a verificação de má formação genética do embrião antes do implante e a limitação em três do número de embriões fecundados com a obrigatoriedade de implante imediato deles; ou seja, obrigando as mulheres a engravidarem. Tudo isso os tribunais decidiram com base na Constituição italiana, que se aproxima muito da nossa.

Diz a Carta italiana: "Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social" e "são iguais perante a lei". Diz mais: "a saúde é direito fundamental do indivíduo". Logo, a lei não pode, em nenhum caso, atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Por isso que, diante do risco ou do perigo de excesso do poder do legislador, consignaram os tribunais: não há um direito



ADI 3.510 / DF

absoluto do embrião frente ao da "dona" ou mulher que o abrigue. É que os italianos vivenciaram recentemente o que estamos experimentando aqui nesta sessão. Está-se a propor, aqui, uma sentença de caráter aditivo, mesclada com interpretação conforme, para dotar a lei brasileira de uma exuberância regratória que, em matéria científica e de saúde, já foi considerada inconstitucional pela Corte italiana; depois, a proposta de interpretação conforme pressupõe - todos nós sabemos - uma polissemia, uma plurissignificatividade do texto legal sob exame que não me parece própria do artigo sob análise. Pelo que não tenho como cabível para o caso a técnica de interpretação "conforme a Constituição".

Senhor Presidente, concluo dizendo que nossa Constituição, legitimadora da Lei de Biossegurança, só merece elogios. A lei, em si, não é de *bioinsegurança*, vamos atentar bem para as coisas. Ao contrário, a lei é de biossegurança. Conforme disse o ministro Celso Lafer, chanceler tão respeitado por todos nós, que é um jusfilósofo de reconhecido peso científico no Brasil e no mundo, a lei fez adequadamente a ponderação de interesses e de valores pelo seu art. 5º, que estamos examinando, e está ancorada numa Constituição da mais enxuta contemporaneidade.

Tenho para mim que, em matéria de saúde, em matéria de ciência, em matéria de dignidade da pessoa humana e liberdade do casal para procriar a seu modo e tempo, a nossa Constituição



ADI 3.510 / DF

homenageou dois luminares do pensamento ocidental. O primeiro foi Goethe, que morreu dizendo "luz, mais luz ainda"; e o segundo foi Victor Hugo, dizendo o seguinte: "nada é tão irresistível quanto a força de uma ideia cujo tempo chegou". E a Medicina Celular ou Regenerativa encontrou, nas palavras precisas de Dráuzio Varella, também acatado médico brasileiro, a seguinte emissão de juízo, com a qual termino minha intervenção.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, só queria registrar, com todo respeito, que eu não vou redargüir as observações feitas pelo meu eminente querido amigo **Carlos Britto**, incluída a questão técnica que nós todos, o Ministro **Carlos Britto** sabe que, se estamos sentados aqui, a conhecemos razoavelmente bem, em respeito ao tempo dos Colegas e ao adiantado da hora, mas presto também as minhas homenagens ao Ministro **Carlos Britto**.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Senhor Presidente, renovo meu juízo de louvor ao voto proferido pelo ministro Carlos Alberto Menezes.

É que o ordenamento jurídico é assim mesmo. Ele se vaza numa estrutura de linguagem. Estamos aqui dissentindo no plano das ideias, mas sem nenhum confronto de ordem pessoal.

Finalmente, Dráuzio Varella disse o seguinte:



ADI 3.510 / DF

"Ninguém se engane, a Medicina celular ou regenerativa vai cumprir no século XXI a mesma função revolucionária que o antibiótico cumpriu no século XX".

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'S' followed by a few horizontal strokes.

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -
Senhores Ministros, terminamos mais uma vez uma parte desta sessão,
mais uma assentada memorável.

Gostaria, ao encerrar esta parte da sessão, de registrar a importância deste debate, e a importância, inclusive, do pedido de vista previsto regimentalmente e, também, no Código de Processo Civil.

Não podemos olvidar que a jurisdição constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das normas e procedimentos que conduzem os julgamentos.

Trago à tona as lições de Robert Alexy, para afirmar que "*o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente*".

É o que nós estamos a fazer aqui. A sociedade brasileira só tem a ganhar com a produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o julgamento rigoroso por parte desta Corte.



28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, sejam de cumprimento as minhas primeiras palavras ao eminente Ministro-Relator que, na assentada inicial - e hoje ainda -, ao concluir pela total improcedência da presente ação, apresentou um primoroso pronunciamento.

Hoje, na seqüência do julgamento, o insigne Ministro Menezes Direito igualmente apresentou um voto elaborado, profundo, e, tal como o Ministro-Relator, debruça-se sobre as questões aqui trazidas com percuciência e rigor, e demonstra, inclusive, a necessidade desses estudos que se fazem após a apresentação de dados tão sérios como os que foram feitos na assentada inicial pelo eminente Ministro-Relator. Por isso, inicio cumprimentando esses votos pronunciados pelos nobres Pares que já apresentaram as suas manifestações.

Gostaria de pedir licença a Vossa Excelência, antes de adentrar os fundamentos do voto que proferirei, para, muito breve, fazer algumas observações preliminares para pontuar - muito breve, como disse - alguns itens importantes que não se referem apenas a uma postura relativa a este julgamento, mas a um dado institucional que se torna, penso, relevante acentuar em face de todo o grande, necessário, positivo e muito democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação.

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALV O T O

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA: Senhor Presidente, como observações preliminares e antes de adentrar nos fundamentos do voto que proferirei em seguida, gostaria de pontuar, brevemente, alguns itens importantes, e que não se referem apenas a uma postura relativa a este julgamento, mas a um dado institucional que se torna, penso, relevante acentuar em face de todo o grande, necessário, positivo e democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação.

Tais observações preambulares, Senhor Presidente, faço-as para realçar notas que, no trânsito democrático das idéias amplamente divulgadas sobre a matéria objeto da presente ação, devem ser perfeitamente interpretadas e acreditadas segundo as balizas que conduzem os julgamentos por este Supremo Tribunal.

A matéria de que aqui se cuida tem traços que a distinguem daquelas que comumente são trazidas a este Supremo Tribunal, donde a enorme gama de opinamentos - legítimos, seja realçado - de todos e que poderiam, eventualmente, fazer supor que a condução das idéias e definições desta Casa seguiriam opções forjadas segundo fatores momentâneos externos.

Por isso é que enfatizo que as manifestações sobre as idéias relativas à questão do uso das células tronco embrionárias em pesquisa são legítimas e desejáveis. Afinal, pesquisa científica diz com a vida, com a dignidade da vida, com a saúde, com a liberdade de pesquisar, de se informar, de ser informado, de consentir, ou não, com os procedimentos a partir dos resultados obtidos com as pesquisas. Logo, diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático interesse e direito de se manifestar.

ADI 3.510 / DF

Entretanto, as manifestações, dotadas - repito - de profunda, legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não desviam - nem poderiam - o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer.

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.

Também manifesto nestas ponderações iniciais, Senhor Presidente, a minha preocupação com as expectativas que parece ter sido suscitadas na sociedade quanto aos efeitos práticos e imediatos deste julgamento. A esperança é um direito natural que as pessoas têm e que não podem perder, para continuar a ter força para lutar pelo que cada um e todos mais precisam. Mas não se há confundir a esperança de cura com a ilusão de uma imediata cura. Nem está no Direito, nem neste Tribunal, nem no resultado desta ação o bálsamo curador de quem mais precisa dos efeitos de novas terapias, que têm grande chance de poderem surgir em algum tempo (ainda não precisado pela ciência) se as pesquisas, liberadas, chegarem aos resultados hoje esperados pela comunidade científica dedicada ao tema. Mas que nem se use desta ação para impedir as pesquisas, nem para falsear ilusões que não podem ser garantidas agora a quem quer que seja, conforme a unânime opinião das pessoas sérias e responsáveis que trabalham com a matéria versada neste processo.

Faço questão de realçar este ponto, Senhor Presidente, porque temo que a palavra pela qual se afirma e faz realizar o Direito possa vir a ser utilizada para iludir legítimas esperanças dos que dependem de soluções

ADI 3.510 / DF

sérias e que se quer benéficas aos que mais diretamente dependem do êxito das pesquisas para sofrimentos que a só natureza (sem a mão do homem) não pode curar.

Teço tais observações, Senhor Presidente, porque assisti a divulgações das mais diversas fontes e dos mais diferentes matizes, que poderiam ser lidos, ouvidos e até vistos como se a solução desta causa fosse o passaporte faltante para a salvação imediata daqueles que padecem de males que poderão vir a ser sanados ou diminuídos em seus efeitos pelo êxito de pesquisas científicas da medicina regenerativa. Entretanto, isso é uma promessa, mas é certo que não ocorrerá amanhã, qualquer que seja o resultado deste julgamento. Poderá, é certo, haver um amanhã para aqueles que padecem de males dependentes do êxito que se espera a partir das pesquisas com células tronco embrionárias. Ilusão não é esperança. E como enfatiza Sophia de Mello Breyner, *"com fúria e raiva acuso o demagogo, que se promove à sombra da palavra, e da palavra faz poder e jogo..."*. São demagogos, Senhor Presidente, todos os que se valem da palavra para enganar os que querem, mais ainda os que precisam acreditar para persistir em suas lutas para viver ou para não morrer. Por isso tanto mais inaceitável a oferta fácil de falsas ilusões, que não podem ser honradas e que não ajuda a que se mantenham as esperanças, necessárias, reitero, para que as pessoas não desanimem e persistam a acreditar que haverá de haver soluções para os seus dilemas.

Finalmente, Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na inicial desse julgamento. Segundo o que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o Poder Judiciário

ADI 3.510 / DF

para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a comunidade científica apóia?

No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma "firula legal"? Anotava Hamilton, em *O Federalista*, que a "*independência dos juizes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que - embora o povo rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor - tendem, entretantes, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. ... é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juizes para cumprirem seus deveres como guardiões da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade*" (HAMILTON, MADISON E JAY - *O Federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1984, p. 580).

É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado.

Passo, então, Senhor Presidente, aos fundamentos do meu voto.

No mérito

ADI 3.510 / DF

1. Nesta ação direta de inconstitucionalidade, põe-se em questão a validade constitucional do art. 5º e seus parágrafos da Lei n. 11.105, de 24.5.2005, que dispõe:

"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."

2. O Procurador-Geral da República, autor da ação, afirma que seriam inconstitucionais aqueles dispositivos e que "a tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação."

A partir de marco assim exposto, segundo o qual o óvulo fecundado - o embrião em seus primeiros momentos - seria vida humana, cujo uso para pesquisa e terapia (nos termos dos dispositivos legais questionados) configuraria agressão ao direito à vida, nos termos constitucionalmente postos no art. 5º, da Constituição brasileira, o Procurador-Geral da

ADI 3.510 / DF

República afirma ser o zigoto - constituído por uma única célula - "*biologicamente um indivíduo único e irrepetível*" (fl.). Sem mais, conclui ele que, ao permitir o uso dos embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, nos termos dos incs. I e II do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005, com o consentimento dos genitores e sem fins comerciais (o que é constitucional e legalmente proibido), as normas em foco ofenderiam o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição) e a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º).

3. A indagação posta ao exame deste Supremo Tribunal marcou-se por densa manifestação da comunidade científica, de comunidade acadêmicas e religiosas, e da opinião pública, nesta preponderando a legítima presença daqueles que se vêem como potencialmente beneficiários de resultados das pesquisas que se poderão levar a efeito se o dispositivo legal se mantiver íntegro nos termos positivados.

Cogitou-se e divulgou-se que a ação teria o condão de transferir a este Supremo Tribunal a obrigação de afirmar "*quando começa a vida*"...

Para o específico fim de se ter a resposta à questão de saber se são, ou não, constitucionalmente válidas as normas enfocadas na presente ação, tenho que se há de afirmarem os princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso, sem que se tenha, necessariamente, de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião ou ao feto.

Não que essa não seja uma questão que não tenha de vir a ser enfrentada por este Supremo Tribunal. Apenas para o desate da indagação feita na presente ação, tenho como mister ponderarem-se os princípios constitucionais que haveriam de ter sido respeitados pelo legislador e verificar se o foram - caso em que a norma jurídica é constitucionalmente válida -, ou não.

A lei de biossegurança e a ética constitucional vigente

ADI 3.510 / DF

4. A lei n. 11.105/2005 cuida de múltiplas matérias. O único dispositivo argüido como inválido constitucionalmente pelo Procurador-Geral da República, como antes transcrito, foi o art. 5º e seus parágrafos, que cuidam, especificamente, da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e que, "não utilizados no respectivo procedimento", a dizer, não tendo sido implantados no útero materno, podem servir àqueles objetivos mediante o consentimento dos genitores e desde que não se voltem à comercialização do material biológico.

Os embriões a que se referem os dispositivos são apenas aqueles tidos pela lei como inviáveis (art. 5º, inc. I) ou "congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação ... (da) Lei, ou que, já congelados na data da publicação (da) Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento".

5. Tem-se, pois, nas normas havidas no art. 5º e seus parágrafos da Lei n. 11.105/2005, que:

- a) Objeto do procedimento legalmente permitido há de ser
 - a.1) embriões produzidos *in vitro* (art. 5º, *caput*);
 - a.2) embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei ou que, já congelados naquela data, venham a completar três anos, contados a partir da data do congelamento (art. 5º, incs. I e II);
- b) São fins únicos da utilização de células-tronco embrionárias a pesquisa e a terapia (art. 5º, *caput*);
- c) São condições para a utilização legalmente permitida:
 - c.1) o consentimento dos genitores (art. 5º, § 1º);
 - c.2) a aprovação prévia do comitê de ética da entidade pesquisadora (art. 5º, § 2º);

ADI 3.510 / DF

d) São vedações legais expressas (não apenas no art. 5º, questionado, mas também no art. 6º, daquele mesmo diploma legal):

d.1) a comercialização de embriões, células ou tecidos (art. 5º, § 3º);

d.2) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto e embrião (art. 6º, inc. III)

d.3) a clonagem humana (art. 6º, inc. IV).

6. O caput do art. 5º da Lei n. 11.105 dispõe ser permitida a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizadas no respectivo procedimento para duas finalidades: *pesquisa e terapia*.

7. Há que se distinguirem, pois, as finalidades pesquisa e terapia para o específico objetivo de se analisar a validade constitucional da norma posta em exame. Especialmente porque os princípios constitucionais relativos à liberdade de pesquisa aliam-se, mas não se confundem com aqueles que informam o legislador infraconstitucional na questão relativa à utilização de terapias.

8. A ética constitucional vigente afirma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a impossibilidade de utilização da espécie humana - em qualquer caso e meio - para fins comerciais, eugênicos ou experimentais.

9. Ao escrever - antes do advento da Lei n. 11.105/2005 - sobre o tema, acentuava que "*Não há determinismo ou definitividade no sofrimento do ser humano. Nem se há de admitir o sofrer pelo sofrer. O homem existe para ser feliz. Quer ser feliz. Tudo o que tolhe, limita, dificulta ou impede este estágio de realização humana pode conduzir à indignidade da pessoa. Paralelamente, o que alargue as humanas condições tende a ser benéfico à dignidade. ...Por isto o direito há de cuidar da vida do homem com a indisponibilidade que o caracteriza, com a integridade que a assegura, com a liberdade que a humaniza, com a responsabilidade que a*

ADI 3.510 / DF

possibilita. Enfim, a dignidade humana não pode ser elemento de mínima concessão. Cabe ao direito assegurar que assim se cumpra. Mas esta garantia não se restringe a uma competência estatal; há que se converter em compromisso social. Na medida em que a ciência deixou de ser fechada e estática e passou a ser aberta e dinâmica e a atuar não apenas para sarar os homens, mas para transformá-los ou até mesmo permitir a sua vida e a sua morte em formatos forjados em laboratórios, a ciência ... passou a constituir um fator de determinação social, até mesmo de organização político-social, pelo que passou a ser, paralela e necessariamente, objeto de cuidados jurídicos. É que a organização social legitima-se pelo pleno atendimento dos direitos humanos, os quais não podem ser sonogados, menosprezados ou desprestigiados em benefício de novos comportamentos que venham a ser adotados, ainda que sob o signo da melhoria das condições de vida de algumas pessoas. A ciência não pode, sozinha, legitimar-se como fonte nova e exclusiva da organização sócio-política, nem pode pretender que a dignidade humana seja subtraída de sua matricial importância e primado sobre todos os outros princípios, que se põem na base da ordem segundo a qual se organiza a sociedade contemporânea. O desenvolvimento científico e tecnológico não podem ser negados ou impedidos, nem é o que se propõe, por ser ele elemento de melhoria das condições humanas. O que não se pode admitir é que o direito deixe de considerar este novo quadro científico que faz valer os seus conhecimentos sobre o homem, sobre o seu corpo, a sua vida psíquica e o seu espírito. Chamar-se à responsabilidade de todos e de cada um não é suficiente para garantir o pleno respeito à liberdade dos homens, menos ainda para assegurar a dignidade humana. A fragmentação do corpo humano, a venda de órgãos, ou, de maneira mais geral, a comercialização do corpo humano esquartejado em vida e dissecado como se fossem objetos soltos de um quadro e que, em certos casos, pode não trazer mal imediato e direto à saúde do comerciante de si mesmo, pode agradar ao negociador do laboratório e permitir o uso que até mesmo beneficie uma outra pessoa, mas agride, fragorosamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser aceita, menos ainda deixada ao exclusivo cuidado particular (ou de particulares). Desconhecer que o negócio de embriões, a sua venda, a concepção para o uso posterior de

ADI 3.510 / DF

embriões, indesejados como seres em fase de formação, buscados apenas como bem a ser manipulado para fins cumpríveis por laboratórios, é desatender as funções primárias dos Estados e das sociedades de proteger o princípio da dignidade humana, que não se pode render a lucros materiais ou imateriais dos pesquisadores ou médicos encarregados dos procedimentos....”(O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, p. 82).

O estudo das normas questionadas na presente ação patenteia, entretanto, a preocupação do legislador em atender, quanto à pesquisa, de um lado, a liberdade de permiti-la e, de outro, os limites que a compatibilizam com os princípios constitucionais, na forma acima exposta, pelo que se há de analisar as assertivas do Procurador-Geral da República, na peça inicial da presente ação, com todos os contornos postos na Lei, aí incluídas as vedações expressas em outras normas daquele diploma e que se compõem com o estatuído no art. 5º e seus parágrafos, objeto da presente ação. Desta composição é que se conclui o quadro legal estabelecido e que guarda consonância com os princípios constitucionais, aí incluído, primordialmente, o da dignidade da pessoa humana.

Quanto à permissão para fins de terapia da utilização das células-tronco embrionárias, também há que se compatibilizar, por meio de rigorosa interpretação, o quanto posto na lei questionada com os princípios constitucionais vigentes.

De pronto cumpre realçar a distinção entre tratamento, cuja remissão constitucional é expressa como forma de acesso aos cuidados com a saúde, direito fundamental da pessoa (art. 6º, 199, § 4º, da Constituição), e terapia.

Palavras geralmente tomadas como sinônimas, a terapia pode ser tida como a adoção de práticas e procedimentos que conduzam a formas de tratamento. Entretanto, há terapias experimentais, o que poderia indicar, se adotado aquele conteúdo normativo sem o conformar aos princípios constitucionais, que também nestes e para estes casos estaria a lei validando a imediata utilização de embriões e o que é mais, a utilização

ADI 3.510 / DF

das pessoas submetidas a tais procedimentos. Terapias feitas a título de experimentação com o uso do ser humano não se compatibilizam com os princípios da ética constitucional, em especial, com o princípio da dignidade da pessoa humana. E neste caso, nem tanto pela utilização dos embriões, mas porque se utilizariam pessoas como verdadeiras cobaias, serventes que seriam à experimentação de técnicas ainda sem qualquer amparo em bases científicas e resultados concretos obtidos nas pesquisas.

A literalidade do texto do art. 5º, caput, da Lei examinada, na referência ali feita à utilização permitida de células-tronco embrionárias para fins de terapia, poderia conduzir à equívoca conclusão de que ela estaria agora - ou desde a vigência da norma - autorizada.

Ocorre que não há pesquisa sobre células-tronco embrionárias terminadas ou assentadas em sólidas bases científicas que pudessem admitir tal conclusão.

Em curso há apenas uma década, tais pesquisas não podem ainda ser consideradas validadas para fins de utilização como terapia, quando então não se teria tratamento, mas mera experimentação com seres humanos. E é isso que não se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana. Repita-se: não por causa da utilização das células-tronco embrionárias, da natureza de que ela se dote em face do ordenamento jurídico (pessoa ou não), mas pela singela circunstância de que a sua utilização seria no corpo daquele que precisa de qualquer alternativa para buscar viver ou para não se deixar morrer, entregando-se a experimentos ainda não completados em suas fases de viabilização e utilização nos seres humanos. Daí a necessidade de se interpretar a norma, quanto à terapia, como dotando-se de conteúdo estrito e coerente com a regra constitucional, que assegura o direito ao tratamento. A terapia, como forma de tratamento a partir de bases e resultados científicos consolidados e aceitos pelos órgãos e instituições competentes, impede, assim, a auto-oferta do paciente como experimentação com animal nobre, o que não há de ser tido como compatível com a dignidade humana.

ADI 3.510 / DF

Células-tronco embrionárias e princípios constitucionais: inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana

10. As células-tronco embrionárias, imaturas, primitivas e pluri ou totipotentes, produzidas em laboratórios, é que são, portanto, objeto do dispositivo legal posto em questão.

Essas células são consideradas - no atual estágio da pesquisa científica - potencialmente aptas a gerar quaisquer tecidos do organismo humano, permitindo a renovação das células linfóides e mielóides e, assim, a produção de células diferenciadas no tecido sanguíneo.

É essa aptidão potencial das células-tronco embrionárias, não repetida nas células-tronco adultas, havidas no organismo desenvolvido, que distingue e valoriza as primeiras e torna-as especialmente atrativas para a pesquisa a partir da qual possam surgir novos tratamentos disponibilizados para o bem e a dignidade do ser humano.

Podendo tornar-se diferentes tecidos do organismo são elas que podem conduzir a novos patamares de pesquisa em benefício de todas as pessoas, em especial das que padeçam de doenças degenerativas (mal de Alzheimer, mal de Parkinson, esclerose múltipla, diabetes, distúrbios cardiovasculares, dentre outras). E não são poucas as pessoas que sofrem destes males e que têm nas pesquisas a possibilidade - conquanto ainda não a certeza - de poder resgatar a sua condição de saúde ou, ao menos, de melhoria das condições para o viver digno.

Afirmou-se nas razões de apoio à tese de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei n. 11.105/2005, argüida pelo Procurador-Geral da República, que não haveria motivo para se admitir o uso de células-tronco embrionárias, controverso em razão de ponderações éticas, uma vez que a utilização de células-tronco adultas demonstraria a igual condição dessas àquelas.

Não é o que a pesquisa científica até aqui levada a efeito mostra: a célula-tronco embrionária tem a possibilidade de gerar todos os tecidos de

ADI 3.510 / DF

um indivíduo adulto. Portanto, ao menos no plano das perspectivas das pesquisas até o presente, essa célula poderia originar todos os tipos de tecidos, razão pela qual ela é denominada totipotente (ou pluripotente). Em face desta sua característica, a célula-tronco embrionária não pode ainda ser substituída, sendo grande a expectativa suscitada de poder vir a ser aproveitada nos procedimentos reparatórios de tecidos devido àquela sua qualidade, pois implantada no tecido lesado ela se diferenciaria em células específicas do mesmo tecido, recuperando-o. É certo que o seu controle de diferenciação ainda não está completamente estudado, pois em diversos estudos feitos deu-se a formação de teratomas (tecidos não funcionais anômalos).

Daí a importância da pesquisa com esse tipo celular para a conclusão sobre o processo de diferenciação quando essas células são implantadas em tecidos hospedeiros.

Diferentemente do que foi carreado aos autos, quanto às células-tronco adultas não há dados científicos a mostrar poderem elas ser utilizadas para que se transformem em neurônios, o que é necessário para que se tenha o tratamento de doenças denegerativas. O seu aproveitamento é assegurado em tratamentos para doenças do sangue, como leucemia e talassemia, sendo comuns os procedimentos que delas se valem para a recuperação de músculo e ossos. Com mais de três décadas de pesquisa, as células-tronco adultas são utilizadas frequentemente nos procedimentos voltados à regeneração daqueles tecidos.

No Brasil, a Rede Sarah, por exemplo, utiliza célula-tronco adulta mesenquimal para o reparo de tecidos que acometem o aparelho locomotor, ossos e músculos há mais de dez anos. Mas elas não se transformam em neurônios, portanto não servem para reabilitação de problemas neurológicos como lesão cerebral, medular (paraplegia, tetraplegia) e doenças neurodenegerativas (como, por exemplo, mal de Alzheimer, Parkinson, miopatias, neuropatias periféricas, dentre outras).

ADI 3.510 / DF

A alegação, portanto, de que haveria desnecessidade de continuação das pesquisas com células-tronco embrionárias, para se dar cumprimento aos princípios e regras constitucionais relativas ao direito à saúde e à dignidade da vida humana, não tem embasamento científico.

De resto, cumpre realçar que a lei em causa não está excluindo a utilização das células-tronco adultas em pesquisa e, nesse caso, até mesmo nas terapias já conhecidas e em outras novas, que possam vir a sê-lo. Não se cuidam de linhas de pesquisa e utilização em tratamento excludentes as que se referem às células-tronco adultas e às células-tronco embrionárias. Antes, elas devem ser auxiliares para o benefício de quem necessite do tratamento com que pode ser acudido o doente conforme o seu caso e a sua necessidade.

11. Tem-se, na peça inicial da ação, que *"a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação ... a vida humana é contínuo desenvolver-se...estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião é vida humana e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana..."*.

12. Quanto a ser a utilização de células-tronco embrionárias uma forma de violação do direito à vida, talvez conviesse se partir do que significa a violabilidade e o seu contrário, vedado constitucionalmente em relação ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira¹).

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 põe como estando descumprido pelo art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, não pode ser interpretada a partir da idéia de direito absoluto.

Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos nos sistema. Como acentuado pelo

ADI 3.510 / DF

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 põem 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).

Comentando aquelas normas penais (referentes ao aborto terapêutico e ao aborto necessário), acentuava Nelson Hungria que *"o aborto terapêutico foi resolvido pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica. Trata-se de um caso especialmente destacado de 'estado de necessidade'. ... Muito antes da Reforma, quando a religião católica era a religião do Estado e não sofria contrastes, já o direito secular não vacilava em admitir a impunidade do aborto terapêutico. A palavra de Santo Tomás de Aquino, de que innocentes nullo pacto occidere licet, não teve repercussão na lei social, que é editada para o plano terreno, e não para a Civitas Dei. Do ponto de vista humano-social, é despropósito sacrificar a gestante e o feto, quando aquela pode ser salva com sacrifício deste. Semelhante absurdo não passou despercebido ao padre Agostinho Gemelli, o maior sábio que a Igreja possui na atualidade, e no Congresso Obstétrico reunido em Milão, no ano de 1931, explicou ele, interpretando a encíclica Casti Connubii, que era permitido o aborto indireto, isto é, conseqüente à ministração de meios terapêuticos sem intenção positiva de eliminar o feto, ainda que este venha a morrer ou ser expulso prematuramente. Ora, esse apelo ao aborto indireto é apenas uma acomodação com o céu, um expediente arditamente excogitado para conciliar escrúpulos religiosos com a imperativa necessidade prática. Tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de produzi-lo"* (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. V, p. 307/8).

ADI 3.510 / DF

De pronto se registre que o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é interrupção da gravidez. Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longiquamente, da questão do aborto. A citação aproveitada acima, portanto, tem o condão exclusivo de demarcar o estatuto jurídico-constitucional do direito à vida e sua aplicação a situações diferentes.

A inviolabilidade do direito à vida constitucionalmente positivada é, nos termos precisos de José Afonso da Silva "uma determinante normativa, como objeto da garantia, em que o artigo definido revela o conteúdo intrínseco dos direitos enunciados, valendo dizer que eles contêm em si a qualidade essencial de serem invioláveis. Não é a Constituição que lhes confere a inviolabilidade; ela reconhece essa qualificação conceitual pré-constitucional, e, por isso, preordena disposições e mecanismos que a assegurem..."(Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65).

Ao reconhecer a Constituição ser inviolável o direito à vida, expressa ela, em todo o seu texto e no contexto traçado em torno dos direitos fundamentais, outros direitos, como o da liberdade e o da saúde, que tornam possível a efetivação daquele primeiro. Há de se interpretar todos eles para se concluir sobre a validade constitucional, ou não, do art. 5º e seus parágrafos, da Lei n. 11.105/2005.

O art. 5º, inc. IX, e art. 218, da Constituição brasileira e o art. 5º, da Lei n. 11.105/2005

13. Ao fixar a liberdade de pesquisar cientificamente, de informar e de ser informado sobre as pesquisas científicas e seus resultados, sobre usufruir deles quando positivos, segundo padrões éticos que se afinem com os princípios democráticos, a Constituição garante a efetivação do direito à vida digna, propiciando que vivam melhor aqueles que, por qualquer adversidade, não podem contar com a plena condição de saúde física, psíquica e mental. Põem-se na esteira destes princípios as normas contidas

ADI 3.510 / DF

no art. 5º e parágrafos, da Lei n. 11.105, pelo que não há discordância entre o que neles contido e o que afirmado constitucionalmente.

A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno. Não se há falar apenas em dignidade da vida para a célula-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.

14. Preceituam os arts. 5º, inc. IX, e 218, da Constituição brasileira:

"Art. 5º - ...

IX. é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;..."

"Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências".

A liberdade de expressão da atividade intelectual e científica é considerada um dos fundamentos constitucionais do art. 5º, da Lei n. 11.105/05. Bem assim o desenvolvimento científico e a pesquisa que podem servir à melhoria das condições de vida para todos. A compatibilização de tais regras com os princípios magnos do sistema, aí assegurada, sempre e em todo e qualquer caso a dignidade humana, dota-as do necessário fundamento constitucional, de modo a não se reconhecer nelas qualquer eiva a inválidá-las.

ADI 3.510 / DF

Não há violação do direito 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 objeto 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 nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.

Liberdade de pesquisa com células-tronco embrionárias e o direito à vida

14. Alguns dos *amici curiae* fazem a defesa da tese de inconstitucionalidade das normas questionadas pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 4º do Pacto de São José de Costa Rica - tratado de direitos humanos firmado pelo Brasil -, segundo o qual "*Artigo 4º - Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*"

Se de um lado é garantido o direito à vida - e para os defensores da tese sustentada na peça inicial desta ação haverá inconstitucionalidade nas normas questionadas exatamente porque essa garantia vale desde a concepção e o embrião já seria vida garantida em sua inviolabilidade e não poderia, então, ser destruído -, de outro lado aquela norma pactuada internacionalmente há de receber interpretação a partir de todos os seus termos, nos quais se contém proibição de que alguém possa dela ser privado arbitrariamente.

Dá-se que a lei e o arbítrio são impossíveis e, no caso agora analisado, não se cuida do segundo - arbítrio - exatamente porque os termos da norma legal apreciada firmam o sentido contrário a abuso levado a efeito pela pesquisa com os embriões. Nem se há de afirmar que haveria arbítrio no aproveitamento de células-tronco embrionárias, porque ali se tem uma substância humana, que se propõe seja utilizada para a

ADI 3.510 / DF

dignificação da vida daqueles que se podem ver tratados com os procedimentos a que podem dar ensejo as pesquisas feitas.

A sua utilização conforma-se aos cuidados e condições definidas na lei, pelo que de arbítrio não se há de falar aqui. O embasamento constitucional, neste caso, parece incontestável.

15. Dispõe o art. 199, § 4º, da Constituição brasileira:

"Art. 199 - ...

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização."

A célula-tronco embrionária, mencionada na Lei n. 11.105/2005, tem exatamente a natureza de substância humana. Logo, não apenas não haveria incompatibilidade entre a norma constitucional e a norma legal questionada, como ainda se poderia afirmar que a lei cuida de um fator humano que não mais pode ser utilizado para os fins a que inicialmente ele se destinou, pois os incisos I e II do art. 5º daquele diploma legal estabelecem que será permitido pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas no período legalmente assinalado. O período de três anos de congelamento, registre-se, é aquele que determina um marco após o qual a viabilidade do procedimento de implante da célula-tronco embrionária torna-se pequena. As clínicas de reprodução assistida dispõem de estatísticas, apresentadas em trabalhos divulgados cientificamente, a comprovar que, após o triênio, a chance de o embrião se viabilizar é baixa. Apesar de congelado, as membranas tendem a oxidar-se, não lhes garantindo o resultado desejado.

A substância humana aqui considerada consiste no que se denominou embrião, ou célula-tronco embrionária, que tem origem após a fecundação de um óvulo por um espermatozóide com a formação da célula ovo, que contém em

ADI 3.510 / DF

seu núcleo 46 cromossomos, sendo 23 originários do espermatozóide e os outros 23 do óvulo. Essa célula, substância genética, é resultado da junção de outras duas células humanas e tem a finalidade de gerar todos os tecidos de um indivíduo adulto devido a sua pluripotencialidade.

Nessa condição, resultado do que acima asseverado, pode-se dizer que essa matriz humana há ser tida como uma das substâncias humanas que a Constituição permite possam ser manipuladas com vistas ao progresso científico da humanidade e à melhoria da qualidade de vida dos povos, respeitados, como é óbvio, os demais princípios constitucionais afirmados e que se compatibilizam com o quanto posto naquela norma constitucional.

O art. 225, § 1º, inc. II, da Constituição brasileira estabelece o princípio da solidariedade entre as gerações, como forma de garantir a dignidade da existência humana, quer dizer, não apenas a dignidade do vivente (agora), mas a dignidade do viver e a possibilidade de tal condição perseverar para quem vier depois.

Reza aquele artigo:

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

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

(...)

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

Concebido como direito social fundamental do homem, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, está inserido em um contexto

ADI 3.510 / DF

constitucional segundo o qual ao Estado brasileiro compete atuar de modo a assegurar a sua efetividade.

Para tanto, como assevera José Afonso da Silva, no § 1º do art. 225 da Constituição da República foram estatuídos "*instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no caput, [que] não se trata[m] de normas simplesmente processuais, meramente formais, pois, nelas, aspectos normativos integradores do princípio revelado no caput se manifestam através de sua instrumentalidade. São normas instrumentais da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres ...*" (Comentário Contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 838).

As normas impugnadas na presente ação direta de inconstitucionalidade dão cumprimento à determinação de que se preserve a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e se fiscalizem as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

Daí a importância em se afirmar que as pesquisas e o tratamento devem pautar-se pelos princípios da necessidade, segundo o qual deve haver comprovação real de que o experimento científico a ser realizado no material genético humano é necessário para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vidas humanas; da integridade do patrimônio genético, proibindo-se a manipulação em genes humanos voltada para mudanças na composição do material genético com o fim de melhorar determinadas características fenotípicas; da avaliação prévia dos potenciais e benefícios a serem alcançados; e, ainda, o princípio do conhecimento informado, que impõe a garantia de manifestação da vontade, livre e espontânea, das pessoas envolvidas, com a divulgação de informações precisas sobre as causas, efeitos e possíveis conseqüências da intervenção científica.

Dignidade humana e utilização de células-tronco embrionárias

ADI 3.510 / DF

16. Afirma-se que a dignidade da pessoa humana teria sido contrariada pelas normas legais em exame, porque a permissão do uso de células-tronco embrionárias, mesmo que inviáveis e congeladas há mais de três anos, agrediria o direito à vida digna, pois nelas vida já se contém.

Há que se cuidar de sempre e sempre respeitar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nem se cogita do contrário em qualquer situação. Mas há que se compreender esse princípio para o fim de se esclarecer se estaria ele sendo agravado na espécie em pauta e como aplicá-lo em face das múltiplas possibilidades abertas, por exemplo, pela liberdade humana, que com as suas pesquisas científicas podem conduzir à melhoria de sua condição, o que é uma forma de dignificação da vida.

17. Todos os homens têm garantida a vida digna (Constituição do Brasil, art. 1º, inc. III).

Diferentemente do texto colhido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas, de 1948 - em cujo art. 1º se contém que "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" - a Constituição da República brasileira, de 1988, estabelece que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes...".

Todos os homens, expressão adotada pela Organização das Nações Unidas, significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão de ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos.

O que se verbaliza, ali, é a certeza do direito que a condição humana assegura a todos os que compõem a sociedade dos homens. Contrariamente ao que a história perversamente demonstrou existir - homem

ADI 3.510 / DF

versus homem, diferenciando-se um e outro em situação de submissão e de imposição de uns sobre outros, aos mais fracos imputando-se status infra-humano - a Declaração estatui para todas as sociedades que o homem tem *status* fundamental jurídico e político que o faz ser dignificado em seus direitos fundamentais pela sua só natureza. A humanidade afirmada, no caso daquele documento, com o nascimento faz reconhecer-se e assegurar-se o status de liberdade e igualdade em dignidade e direitos a todos os homens.

A Constituição da República brasileira, que se refere não apenas a todos os homens, mas a todos os que traduzam a expressão do humano, deixa mesmo em aberto a questão do momento em que se titularizam os direitos fundamentais.

É que a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas afirma que todos os homens nascem livres. A liberdade e o direito à igualdade em dignidade e direitos afirma-se, segundo o quanto ali se expressa, com o nascimento.

É bem certo que as Declarações que se sucederam e se agregaram àquele primeiro documento da ONU estenderam a condição de humanidade e de segurança dos direitos fundamentais a momentos antecedentes ao nascimento (por exemplo, e em especial, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, da UNESCO, de 1998), mas o que se tem é que a titularidade dos direitos fundamentais não pode ser questionada em sua integridade e eficácia a partir da humana condição havida com o nascimento.

Não se tem, portanto, que a condição de ser humano não anteceda o nascimento, nem que o Direito não atente e garanta estes momentos anteriores ao nascimento. Mas busca-se afirmar que com o nascimento as legislações não podem questionar ou regulamentar a condição de cada um e de todos os direitos que a humanidade do ser lhe garante.

ADI 3.510 / DF

No Brasil, a titularidade do direito - que é de *todos* - havido em sua positivação no art. 5º da Constituição da República expressa a) que todos os homens, tal como se tem também na fórmula da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, são sujeitos dos direitos fundamentais; b) que não apenas aos seres humanos se estende o princípio da igualdade jurídica, mas até mesmo aos seres criados no direito (pessoas jurídicas); c) que não apenas os brasileiros e estrangeiros, previstos, expressamente, no dispositivo, são titulares dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado nacional, mas que todos os seres humanos titularizam tais direitos, porque o artigo tem de ser considerado em sua sistematização e, no § 2º, do mesmo art. 5º, se contém que "*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".

Pode-se afirmar, portanto, que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais.

O que é solucionado pela norma constitucional brasileira com o termo *todos*, com a qual se inicia o texto do art. 5º, da Lei Fundamental da República, no sentido da extensão ou da compreensão de todos os membros da família humana, não é bastante a resolver a questão posta na presente ação. Persiste a controvérsia sobre a interpretação a ser conferidas aos termos ali contidos quanto ao momento a partir do qual cada pessoa humana titulariza o direito, vale dizer, se se tem esta condição humana apenas a partir do nascimento, ou se se tem este estatuto antes mesmo deste fato.

Dota-se de importância este ponto porque se todos são os que compõem a humanidade desde a concepção do ser que passaria a potencializar a condição de pessoa humana, então o direito à vida, constitucionalmente afirmado (o que se contém também em documentos jurídicos internacionais declaratórios de direitos humanos), estende-se ao instante inicial da existência e não pode ser descuidado pelo Estado e pela sociedade.

ADI 3.510 / DF

18. O ponto salientado na questão posta na petição inicial desta ação estaria, pois, na formulação expressa pelo Procurador-Geral da República, em se concluir se o embrião é pessoa e se, em face de tal qualificação, estaria vedada constitucionalmente a utilização dos embriões produzidos *in vitro*. De se observar que mesmo que seja negativa a resposta quanto à personalidade antes do nascimento não se desapega do Estado a condição de titular de obrigações em relação ao embrião e ao feto, nem se teria - a ser negativa a resposta àquela questão - que a humanidade não reconhecesse importância ou necessidade de cuidados específicos e dotasse de estatuto jurídico próprio o embrião e o feto.

Mas a resposta àquela questão altera o tratamento do tema e a forma de se dar direcionamento normativo específico aos direitos reconhecidos aos *diretamente interessados* na questão da concepção, fecundação, gestação e nascimentos dos seres humanos. Diz-se, aqui, *diretamente interessados*, porque todos os seres do planeta são interessados em qualquer ser novo que desponta e potencializa uma existência. O que muda em cada sistema jurídico é somente a forma de se cuidar do tema.

Como o direito à vida não se dota, constitucionalmente, de conteúdo hermético ou identificado em sua integralidade pela expressão normativa, conferiu-se, no caso brasileiro, à sociedade a maturação do seu entendimento sobre questões relativas ao nascimento, como, por exemplo, a que se refere ao estatuto do embrião e do feto antes do nascimento, observadas, como é certo, as restrições, limites e garantias que a legislação de direito internacional estabelece, nos casos em que o Brasil seja parte no tratado ou signatário do acordo ou convenção. Ao legislador infraconstitucional conferiu-se a competência para estabelecer o cuidado com as pesquisas, incluídas aquelas que decorressem da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas. E é nessas que se incluem os embriões, como matrizes de que poderia decorrer a vida, mas que para essa não segue pela sua não implantação no útero de uma mulher, como antes enfatizado.

Para garantir a existência digna, o direito constitucional assegura os direitos que a liberdade humana constrói para a dignificação permanente

ADI 3.510 / DF

das condições do viver. E é aí que as pesquisas científicas possibilitam não apenas o exercício da liberdade, mas o sentido da libertação, que as descobertas e criações podem trazer para todos os homens.

A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agridem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. Antes, valoriza-a. O grão tem de morrer para germinar. Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida. A sua utilização é uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida, que com outros objetos se alcança. Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca, diversamente, ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas.

Escrevi em outra ocasião que a Justiça somente é passível de concretizar-se, tornar-se dia-a-dia de cada pessoa se a dignidade for atendida em sua plenitude em relação à humanidade. Afinal, toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano - incluídas aquelas que decorrem de dados da natureza doente - faz-se injusta com a aspiração humana de viver bem e tentar ser feliz. E toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana.

A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo para realizar as suas vocações e necessidades.

Pode-se mesmo afirmar que, ainda que um dado sistema normativo não concebesse, em sua expressão, a dignidade humana como fundamento da ordem

ADI 3.510 / DF

jurídica, ela continuaria a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica. Mais ainda: pode-se mesmo acentuar que a dignidade da pessoa humana contém-se explícita em todo sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão afirmativa e direta. Tal como agora concebidos, aceitos e interpretados aqueles partem do homem e para ele convergem e a pessoa humana e a sua dignidade não são concebidos como categorias jurídicas distintas.² Logo, onde aquela é considerada direito fundamental, tida como centro de direitos, igualmente essa é aceita como base de todo o ordenamento e incluído como pólo central emanador de conseqüências jurídicas.

A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o Direito, até porque esse traz em si a idéia da relação e toda relação impõe o sentido do partilhamento, conjugação e limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro depende. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa compostura na convivência. Por isso a referência comum, hoje, à dignidade na morte, no processo que a ela conduz e no procedimento que se adota perante o sofrimento que pode precedê-la. E se diz mesmo que a vida é justa, ou injusta, quando trata de tal ou qual forma alguém, sujeito a experiências que não são consideradas compatíveis com o que suporta o homem com dignidade.

Para Kant, o grande filósofo da dignidade,³ a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de

ADI 3.510 / DF

igual valor e forma, suprindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado.

O que é uma dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.

O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço.

De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da juridicização daquele conceito, o próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais.

Na espécie em apreço, a célula-tronco embrionária põe-se, na legislação examinada, como uma dignidade, não havendo como se lhe atribuir um preço. Ao contrário. A busca tão apaixonada dos pesquisadores pela manutenção de liberdade de pesquisa com ela é exatamente por ser cada uma delas insubstituível e, por isso, na compreensão da dignidade que lhe é dado conferir e realizar, põe-se ao cuidado do cientista para realizar o único fim agora para ela vislumbrada, não implantável no útero como se terá tornado. Até porque se assim não fosse não seria ela aproveitável para os fins previstos na lei.

19. Toda pessoa humana é digna. A humanidade mesma tem uma dignidade, contida na ética da espécie. Essa singularidade fundamental e

ADI 3.510 / DF

insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação.

Como as práticas contemporâneas demonstram que o ser humano (e não apenas o ser já dotado de personalidade, vale dizer, a pessoa humana) pode ser objeto de comércio ou de interesse do mercado, coube ao Direito impedir que isto seja factível e exercitável pela negociação de embriões, pelo aluguel de úteros para fecundações tendentes a não se completarem em gestações, mas apenas para fornecer material humano, tecidos, órgãos ou substâncias serventes a pesquisas e estudos, muitas vezes levados a cabo para cumprirem interesses de lucro de empresas específicas.

20. Mas é atenta a tudo isso que legislação brasileira - em especial a de que agora se cuida - estabelece a necessidade de controle e fiscalização das pesquisas e procedimentos efetivados com células-tronco - adultas ou embrionárias - por órgãos e instituições responsáveis pela avaliação do cumprimento dos princípios éticos (art. 5º, § 3º, da Lei n. 11.105).

É bem certo que esse dispositivo não deixa suficientemente claro e afirmado o rigor do controle determinado naquelas normas para a constituição e o desempenho das atividades destes comitês de ética e pesquisa. Porém, não se tem, apenas por isso, uma inconstitucionalidade a ser declarada. Talvez se pudesse afirmar declaração de déficit de constitucionalidade, pois o atendimento do disposto no art. 225, § 1º, inc. II, que outorga ao poder público o dever de "*fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*" reclama maior severidade no regramento das formas de controle das instituições de pesquisa e dos serviços de saúde que as realizem.

Mas esta competência é conferida ao Congresso Nacional, no qual já tramita o Projeto de Lei n. ..., de 2008, apresentado pelo Deputado José Aristodemo Pinotti, que busca estabelecer maior rigor legislativo na matéria. Naquele projeto se definem condições para a habilitação das

ADI 3.510 / DF

instituições especificamente voltadas às pesquisas mencionadas no caput do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005, e da autorização especial a ser concedida pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). A aprovação daquele ou de outro projeto que restrinja e torne mais seguros os mecanismos de controle de ética nas pesquisas e nos tratamentos com células-tronco obviamente suprirão aquele déficit de constitucionalidade e tornarão mais seguros os direitos constitucionalmente afirmados.

Estes dados encarecem o resguardo pretendido quanto à observância dos princípios da responsabilidade ética que há de marcar tais pesquisas e, futuramente, as terapias que vierem a poder ser adotadas em benefício de doentes. Atende-se, aqui, não apenas o que se contém na Constituição brasileira, mas também ao quanto determinado em normas internacionalmente fixadas.

Assim é que a Declaração dos Direitos sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da UNESCO estabeleceu, em seus arts. 10 e 11, que

"Artigo 10

Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos"

"Artigo 11

Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração." (O direito à vida digna. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, os. 55 e segs.)

Como acentuado antes, a Lei n. 11.105/2005 cuidou de estabelecer limites e condições às pesquisas que impedem a desobediência de tais princípios, de modo a deixar a salvo de qualquer prática conduta que

ADI 3.510 / DF

pudesse ultrapassar ou afrontar os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados.

21. O direito à vida, expresso ou não, nos textos fundamentais nos quais ele se articulava em tempos pretéritos, garantia a intangibilidade do existir (não da existência) mais que a garantia da vida em sua configuração ampla e, especialmente, em sua condicionante humana plena, íntegra e intangível, que é dada exatamente pela dignidade.

Os desastres humanos das guerras, especialmente ao que assistiu o mundo no período da Segunda Grande Guerra, como antes mencionado, trouxe, primeiro, a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sócio-político a ser traduzido no sistema jurídico. Agora, a tecnociência amplia a dimensão do princípio e o enfatiza para a dignidade da espécie humana, dignidade que se faz, assim, da humanidade, de todos e de cada um dos homens.

Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, o uso da palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar à integridade, à intangibilidade e à inviolabilidade do ser humano, não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

22. A Carta das Nações Unidas, de 1945, traz em seu preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, afirmando-se que *"nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas..."*.

Em idêntica linha, a Declaração dos Direitos do Homem elaborada pela ONU, em 1948, inicia o seu preâmbulo afirmando que *"considerando que o*

ADI 3.510 / DF

reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...". Mais uma vez, pois, põe-se no frontispício de uma declaração o valor que centraliza a idéia mesma de justiça própria e inafastável numa convivência política.

E no art. 1º daquela Declaração se tem que: "*Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade*".⁴

A dignidade da pessoa humana passa a ser, pois, encarecida sobre qualquer outra idéia a embasar as formulações jurídicas do pós-2ª Grande Guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta e se elabora a partir de então.

Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído.

Como a Declaração dos Direitos do Homem da ONU tornou-se vertente de muitos dos textos constitucionais subseqüentes na parte relativa àqueles direitos, foram eles formulados de maneira a expressar, tal como ali se fizera, aquele enunciado como princípio fundante dos direitos fundamentais e da própria ordem política.

23. Ultrapassou-se, assim, o direito à vida com o conteúdo que se adotara desde os textos constitucionais setecentistas, reformulando-se e fortalecendo-se essa definição jurídica, agora sob o influxo de um núcleo de direito muito mais amplo do quanto antes se tivera.

ADI 3.510 / DF

O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional de cada povo.

24. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do Direito Constitucional, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva é uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.

Antes, estabeleciam-se modelos de comportamentos impostos ou defesos para a ação do Estado e para a conduta dos indivíduos. Tais modelos continham-se nos preceitos constitucionais que os estabeleciam de maneira contingente. Agora, estatuem-se princípios que informam os preceitos, constitucionais ou legais, a partir dos quais e para a concretização dos quais se dão a realizar os fins postos como próprios pelo povo no seu sistema fundamental. Transformada a formulação básica da Constituição, tem-se como critério de interpretação a finalidade que o povo busca concretizar com a adoção do sistema positivo.

ADI 3.510 / DF

25. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil.⁵ A expressão daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.

Mais que à pessoa humana, os sistemas constitucionais e as declarações internacionais de direitos humanos, nas últimas décadas, passaram a considerar a dignidade da espécie humana como princípio. Quer dizer, o conteúdo daquele princípio estendeu-se para além do indivíduo e a intangibilidade e indisponibilidade da vida passaram a considerar cada um e todos, como antes realçado.

Daí que relativamente às pesquisas e aos procedimentos médicos da embriologia ou dos tratamentos de doentes deles dependentes, a ética e o direito passaram a considerar o princípio da dignidade humana, de cada um dos diretamente interessados e do seu enlaçamento a todos os outros que convivem na mesma aventura humana. E até mesmo para os da espécie que vierem depois.

ADI 3.510 / DF

A espécie humana é agora constitucionalmente tomada em sua integralidade, pelo que alguns direitos fundamentais são considerados em sua potencialidade, quer dizer, em relação aos efeitos que poderá carrear para as gerações futuras (neste sentido o art. 225, caput, da Constituição da República brasileira, por exemplo; no plano do direito internacional, art. 1º, da Declaração Universal sobre o Genoma e os Direitos Humanos; também o item 6 da Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, de Estocolmo, de 1972, dentre outros).

A espécie humana há que ser, pois, respeitada em sua dignidade, manifestada em cada um e em todos os homens, porque a condição digna de ser membro desta espécie toca todos e cada qual dos que a compõem.⁶ Por isto é que as Constituições mais recentes mencionam a humanidade como o ponto que se busca atingir no respeito aos direitos.

Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõe das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade.⁷

Daí a adoção pelos sistemas jurídicos contemporâneos, aí incluído o brasileiro, do princípio da solidariedade entre gerações, que impõe a uma geração que ela se comprometa com quem vier depois (art. 225 da Constituição brasileira).

A expressão constitucional da dignidade da espécie humana é o realce mais óbvio e denso daquele princípio, que se faz mais amplo do que a vida

ADI 3.510 / DF

humana digna (daí porque algumas Constituições, como a brasileira, referem-se à existência digna), chegando a ser observado antes que haja a vida livre (dotada de autonomia, o que o embrião e o feto não têm) e depois que a vida já se fez passar, mas que pode permanecer como substrato jurídico para a tutela por meio de utilização de órgãos que vivem em outros e até mesmo quando o cérebro pára e o coração persiste em suas batidas.

Daí também porque o saber científico, que somente poderá atingir resultados concretos em benefício da espécie humana se persistir em sua labuta, de maneira livre e responsável, compõe o complexo de dados que tornam efetiva a dignificação do viver. Portanto, a garantia de sua continuidade não agride, tal como posto nas normas em foco, antes permite que se venha a realizar o princípio constitucional.

26. Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também em ocasião anterior, salientei que "como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobrepõe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo determinante em toda a sua extensão, não se há de desconsiderar a bioética para o cuidado normativo dos novos realces a serem dados aos princípios que estão na base da concretização daquele direito, a saber, o da liberdade, o da igualdade e o da responsabilidade. As questões biomédicas tangenciam, assim, diretamente, o princípio da dignidade humana porque consideram o homem em seu físico e em sua psique, pelo que a proteção dos direitos humanos há que lhe conformar a quadratura normativa".

Da normatividade que a bioética patrocinou, desde o início dos anos 70 com esta denominação e compreensão objetiva, até o domínio jurídico da matéria, houve uma trajetória que fez entronizar o tema das questões morais do direito à vida digna nos textos normativo-jurídicos e na

ADI 3.510 / DF

doutrina, tendo conduzido alguns doutrinadores a apelidarem mesmo, novidadeiramente, de *biodireito* o tratamento sistêmico da matéria e a sua aplicação.⁸

Bioética e biodireito têm o seu fundamento na Constituição. É a constitucionalização do direito à vida e a ênfase no princípio matricial e substantivo da dignidade humana que asseguram o fundamento da intangibilidade, da sacralidade, da inviolabilidade e da responsabilidade da vida do ser humano. É este fundamento que haverá de ser considerado pelas normas, doutrinas, decisões jurisprudenciais e práticas de qualquer natureza (incluídas as biomédicas particulares) que atinem à vida humana.

A utilização das células-tronco embrionárias, não aproveitadas no procedimento de implantação, travada assim para a sua potencial transformação em vida futura de alguém, poderá ter o destino da indignidade, que é a sua remessa ao lixo. E o mais nobre e o mais grave: lixo de substância humana. O seu aproveitamento, guardado o respeito às condições afirmadas na legislação enfocada, permite a dignificação da célula-tronco embrionária, que não será então descartada, antes, será transformada em matéria dada à vida.

27. Reafirme-se que a liberdade, princípio constitucional por excelência, inerente à vida digna, não é um gesto ou um momento, mas um processo.

A biomedicina há de se comprometer mais do que com a liberdade, com a libertação do ser humano. Sem a possibilidade de pesquisar e transformar para melhorar o homem em suas condições de fragilidade e de dor, o homem seria um ser dado à escravidão de sua própria prisão física, psíquica e mental. O que a liberdade de saber, que se expressa na liberdade da pesquisa, garante é a possibilidade de libertação do homem de seus limites e a regeneração não apenas de suas condições físicas, mas a recuperação de condições que o dignifiquem em seu status de membro da família humana, com

ADI 3.510 / DF

a qual tem compromissos, especialmente o de continuar a viver para cumprir os seus papéis com os outros.

Se a pesquisa pode e quando a pesquisa chegará a resultados buscados com as células-tronco embrionárias talvez ainda dependa de um longo caminhar. O que não se há é deixar de lhe garantir o andar, porque cada passo dado pode ser em direção à melhoria e à dignificação da espécie humana, tudo nos termos dos valores que animam os princípios constitucionais.

E neste sentido é que concluo que a legislação posta aqui em questão não se desarvora da Constituição, nem se afasta do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da justiça, aliada ao da liberdade responsável do homem - no caso, em especial do pesquisador, do cientista assim como de qualquer outro ser humano -, fazem valer a autonomia e os benefícios que os resultados das pesquisas podem levar aos que mais carentes de seus resultados estejam.

Reafirmo, então, que o princípio da dignidade humana não se atém a quem seja ou não pessoa, mas o que é constitucionalmente garantido no sistema é o dever do Estado e da sociedade de criarem condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional acolhida no sistema vigente.

À parte o que antes acentuei, de que as células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e inviáveis ou congelados há mais de três anos dos marcos temporais fixados na lei, serão destruídas se não forem aproveitadas na forma ali estabelecida, deve-se enfatizar que a dignidade informa o direito à existência (art. 170), pondo-se a claro que o direito pensa o futuro, não se apega ao passado; pensa o que se dá a ser, e não o que se põe para o não ser. As células-tronco embrionárias não utilizadas no procedimento para o que se deu a fertilização voltam-se ao não ser, a dizer, põem-se ao

ADI 3.510 / DF

descarte e à destruição, pois é o respeito à liberdade do casal que assegura a opção pelo seu não uso ou a prática médica que aconselha o seu não aproveitamento.

Direito ao saber, direito de pesquisa, direito de se informar e de ser informado

27. Afirma o Procurador-Geral da República, em Memorial oferecido, que *"a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º, da Lei 11.105, significa, tão somente, o impedimento de uma e única linha de pesquisa: aquela que se vale de embriões humanos. Permanece amplíssimo o horizonte de pesquisas com as chamadas células tronco adultas, nome esse, adultas, inadequado, visto que o cordão umbilical é fonte de pesquisa nessa diretriz"*.

Duas observações cabem nesse passo: a primeira é a de que atalhar, embaraçar ou impedir qualquer linha de pesquisa, se jurídica e eticamente válida for, significa - aí, sim - um constrangimento constitucionalmente inadmissível ao direito à vida digna, à saúde, e à liberdade de pesquisar, de informar e de ser informado sobre as possibilidades que a vida pode vir a oferecer, a depender dos resultados científicos.

A segunda é a de que - conforme comprovam numerosos estudos expostos na audiência pública ocorrida no curso desta ação e nos trabalhos apresentados pelos interessados das duas correntes contrárias de pensamento sobre o tema aqui cuidado - a pesquisa com células-tronco embrionárias abre possibilidades não obtidas com qualquer outra, sequer com as células-tronco adultas, porque essas não dispõem das características de totipotência que naquelas se contém, como antes acentuado. A potencialidade terapêutica das células-tronco embrionárias decorrente da plasticidade que as caracteriza não há de ser impedida, porque se estaria a estancar o que sequer é plenamente conhecido nos resultados possíveis para a dignidade da espécie humana.

A pesquisa com células-tronco embrionárias não é certeza de resultados terapêuticos promissores. Mas a não pesquisa é a certeza da

ADI 3.510 / DF

ausência de resultados, pois sem a tentativa não há a conquista no campo científico.

Também em outra ocasião acentuei o cuidado que há de se ter com as pesquisas científicas, a fim de que a ética não seja desrespeitada e, assim, a dignidade da espécie humana não seja ferida. Dizia então ser certo que a liberdade humana compreende a liberdade de pesquisas e de avanços tecnocientíficos, tais como os que estão se dando, com rapidez inédita, no campo da medicina. E tentar reprimir a pesquisa científica, que pode ser conduzida no sentido do benefício da humanidade, da descoberta de formas consagradoras de melhoria das condições de vida das pessoas, é tarefa não apenas inglória, mas também nefasta no que concerne à vedação dos caminhos que podem conduzir ao aperfeiçoamento e à melhoria das condições de saúde do homem. O medo que persiste é a desumanização das técnicas e das conseqüências de sua utilização para a humanidade. ... Ao lado da dignidade humana, há que se enfatizar a responsabilidade de todos, uns em relação aos outros e em relação às gerações presentes e futuras, o que determina a busca de equilíbrio na equação liberdade de pesquisa/liberdade individual. A experimentação feita com o corpo da pessoa pode atingir a integridade humana que o faz um ser muito além do meramente físico. Os direitos humanos fortalecem-se, pois, como fator garantidor da humanidade contra a manipulação genética que pode eliminar a individualidade, a singularidade, a diversidade que se consagra na espécie humana e a torna viva, contínua e plural em sua dinâmica.

Daí a ênfase a ser posta no direito de obter informações, que podem ser conduzidas para o benefício das pessoas por meio das pesquisas levadas a efeito na forma legalmente prevista, a fim de que o saber para a vida não esgote o saber da vida.

A Constituição brasileira garante a toda pessoa humana o direito de se informar e de ser informado sobre o que diga respeito aos seus direitos. E, em especial, há de se reconhecer e garantir tal direito àqueles que estão em situação de sofrimento para além da dor de viver, que

ADI 3.510 / DF

faz parte da aventura humana, e que podem ter a esperança de superar tal situação por novos conhecimentos científicos.

Não se há negar o direito das pessoas de ver prosperarem as condições para que a tanto se chegue e que do melhor resultado possam os que carecem dele se aproveitar para submissão aos tratamentos que amainem as adversidades físicas, psíquicas ou mentais que provoquem o sofrer.

28. Nem se afirme que a Constituição impede que os doadores do material genético não disponham de autonomia para consentir sobre o aproveitamento das células-tronco embrionárias por delas não ser dono. Também não se pretenda que a "liberdade" daquela substância humana em estado de congelamento seja superior à daqueles que a ele deram origem e que verão, nas condições legalmente estipuladas, uma de duas alternativas: o descarte do material ou a sua utilização para o que poderá vir a ser o bem da vida, por meio da pesquisa e, quando sobrevierem os resultados científicos consolidados, do tratamento que a partir de então se terá.

As possibilidades vislumbradas nos resultados das pesquisas - com boas perspectivas de chegarem a bom termo - somente puderam chegar a esse estágio de momentos promissores porque até aqui houve a permissão de se prosseguir com liberdade e responsabilidade na busca de melhorias benéficas ao ser humano. Disso decorre que pode até ser que a discussão que aqui se põe possa ser superada por outras possibilidades até agora não vislumbradas. Mas isso somente a continuidade das pesquisas livremente levadas a efeito vai demonstrar, donde a imperiosidade de seu prosseguimento livre e responsável. Voltada à utilidade para o ser humano, dúvida não me fica dever prevalecer tal permissão legal quanto ao aproveitamento daquela substância humana em pesquisas e, quando o momento chegar, em tratamentos que tenham como base resultados científicos consolidados, ressalva feita, como antes anotei, a que não se prestem as pessoas a meras experimentações.

A importância deste debate está em que nele se enfatiza e se decide sobre a liberdade com responsabilidade ética da pesquisa científica, pois

ADI 3.510 / DF

sem ela o ser humano poderia ter impedido o seu desenvolvimento e a melhoria de suas condições de vida. E é em nome dele que se há de assegurar a pesquisa científica livre, ética e responsável para a garantia da dignidade da vida.

Conclusão

Indagava Norberto Bobbio se *"a história, em si mesma, tem um sentido, a história enquanto sucessão de eventos, tais como são narrados pelos historiadores? A história tem apenas o sentido que nós, em cada ocasião concreta, de acordo com a oportunidade, com nossos desejos e nossas esperanças, atribuímos a ela. E, portanto, não tem um único sentido. ... Concluo com Kant. O progresso para ele não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os 'políticos' por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que 'o mundo foi sempre assim como o vemos hoje'. ...Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para o melhor. Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder"* (BOBBIO, Norberto - *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.64).

A ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor àquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Creio que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento - indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta - não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida.

ADI 3.510 / DF

Pelo exposto,

voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para considerar válidos os dispositivos questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005.

¹ Preceitua o art. 5º, caput, da Constituição do Brasil:

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

² "En France la majorité de la doctrine juridique continue à affirmer que la personne (humaine), c'est le sujet de droits. 'C'est l'être à qui le droit objectif accorde des droits subjectifs réunis en un patrimoine'. Or 'l'individu humain n'est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée par le droit positif lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui même... Si la remarque de Virally est incontestable en droit positif, elle signifie que le sujet de droits est une catégorie indépendante de la notion de dignité de la personne humaine. Les droits n'en découlent pas, mais bien du droit positif qui résulte du bon plaisir du Prince, roi, assemblée, peuple ou dictateur. L'être humain-sujet de droit est un ayant-droit. La dignité n'a rien à voir dans ce concept. En positivisme strict, elle est strictement inutile. Le juriste est ainsi conduit à refuser le débat le plus fondamental de notre époque". (BORRELLA, François . Le concept de dignité de la personne humaine. In PEDROT, Philippe . op. cit., p. 33)

³ "Kant est le témoin par excellence de cette révolution copernicienne qui fait désormais tourner l'univers moral autour du sujet. Ce qui organise la réflexion morale, ce n'est pas la référence au bien commun, au bonheur mais la volonté pure como 'principe suprême de la moralité'. ... Dans les fondements de la métaphysique des mœurs, Kant met ainsi le principe de dignité 'infiniment au-dessus de tout prix'." (PEDROT, Philippe. Op. cit., XVI)

Fosse correto ou, melhor diríamos, aceitável aquele entendimento e ter-se-ia de considerar jurídico que o direito não tem como único e necessário fim o homem, que o poder não emana do povo, senão que da boa vontade do poderoso de ocasião. Todos estes dados, contudo, não são postulados, mas axiomas jurídicos.

⁴ A Organização das Nações Unidas proclamou, também, em 9 de dezembro de 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo em seu artigo 3º que: "As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível".

ADI 3.510 / DF

⁵ Com base naquele princípio, conforme observado acima, o Direito formula as normas infraconstitucionais e os tribunais pátrios consideram todos os casos que tenham como fundamento a aplicação ou a sua negativa. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem reforçando a fundamentalidade daquele princípio:

"STF - Pleno - HC nº 70.389-5-São Paulo; Rel. Min. Celso de Mello; j. 23.07.1994.

"A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969)."

"IF-114 / MT INTERVENCAO FEDERAL Relator: Ministro NERI DA SILVEIRA
Publicação DJ 27-09-96 p. 36154

Julgamento 13/03/1991 - Tribunal Pleno

EMENTA: - Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos "direitos da pessoa humana", em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de "condição mínima", no Estado, "para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida". Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra "b", e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea "b", da Constituição de 1988, quanto aos "direitos da pessoa humana". Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa "direitos da pessoa humana", em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva.

ADI 3.510 / DF

7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial..."

⁶ É de Jürgen Habermas a lição segundo a qual: "Nos conceptions de la vie humaine antépersonnelle - et la manière que nous avons de nous y rapporter - constituent pour ainsi dire, pour la morale raisonnable des sujets des droits de l'homme, un environnement stabilisateur du point d'une éthique de l'espèce - un contexte d'enclassement qu'il ne faut pas briser si l'on veut éviter que la morale elle-même ne se mette à déraiper ... À cet égard, nous sommes appelés à distinguer la dignité de la vie humaine et la dignité humaine que le droit garantit pour toute personne - une distinction qui, d'ailleurs, se reflète dans la phénoménologie du rapport chargé d'émotions et de sentiments que nous avons au morts."(HABERMAS, Jürgen - *L'avenir de la nature humaine*. Paris: Gallimard, 202, p. 102).

⁷ Ronald Dworkin salienta a sacralidade da dignidade da vida, construindo vasto e fecundo trabalho sobre o seu domínio, no qual expõe que "A segunda afirmação que se pode fazer mediante o uso da conhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. ... Se as grandes batalhas sobre o aborto e a eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis penais"(DWORKIN, Ronald - *Op. cit.*, p.18).

⁸ Começam a aparecer títulos de trabalhos sobre biodireito, acentuando-se neles o conteúdo pertinente ao cuidado jusprivatista do direito à vida em sua conotação biológica (o direito de escolher o momento da própria morte), o direito de ter, ou não, um filho em momento em que ele não é desejado, aguardado, o direito de dar um fim à própria vida, mesmo que para tanto se necessite de auxílio de terceiro, o direito de escolher em laboratório o filho que se deseja ter, dentre outros). O biodireito seria, na concepção dos que se valem deste termo, um ramo do direito civil. Afinal, o fundamento constitucional do direito à vida digna constitucionalmente protegido é a liberdade. E é no exercício dos direitos individuais livres que a pessoa leva a sua vida, expressando aqueles direitos da forma que melhor lhe pareça possível para se fazer feliz. Como o direito civil é que cuida do exercício particular do direito, daqueles que se exercem entre particulares, no espaço de sua vida privado, o biodireito seria uma via aberta a partir do cuidado com a vida sob aquela ótica privada.

Por isto é que, a partir da constitucionalização de alguns dos vislumbres do direito à vida, tem-se a situação do denominado biodireito em alguns recantos estanques do direito, pensando-se mesmo numa autonomia ou numa dogmática do biodireito. Ainda é cedo para tanto, mas é bem certo que da bioética ao biodireito já há um caminho palmilhado. Tão logo a legislação de um Estado, ou da normatização no plano internacional sobre os temas do direito à vida digna se põem, questões novas surgem a serem cuidadas pela doutrina e pela jurisprudência. Em alguns Estados, como a França, por exemplo, autores costumam marcar até a data da chegada ao outro lado da ponte: da bioética ao biodireito, tal como se vê com

ADI 3.510 / DF

a fala de Jean-Jacques Israel, segundo o qual *"on est donc, depuis fin juillet 1994, passé de la bioéthique à un bio-droit"* (ISRAEL, Jean-Jacques - *Droits de libertes fondamentaux*. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1998, p. 365).

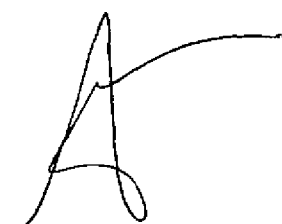
28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, gostaria inicialmente de cumprimentar os eminentes Colegas que me precederam no voto, o brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, o voto objetivo proferido pela eminente Ministra Ellen Gracie, o aprofundado estudo que o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito fez sobre o tema, também agora o denso voto do ponto de vista jurídico, sobretudo, da ilustre Ministra Cármen Lúcia, mas peço vênia também inicialmente para louvar de modo especial o pedido de vista do eminente Ministro Carlos Alberto Direito, em especial a. presteza com que ele devolveu o seu voto vertical e que me permitiu aprofundar as reflexões sobre este tormentoso tema ora sob análise, que traz profundos questionamentos no âmbito da Filosofia, da Medicina, do Direito e outros campos do saber humano.

Senhor Presidente, o meu voto está dividido em quinze tópicos. O primeiro diz respeito ao relatório - que todos nós já



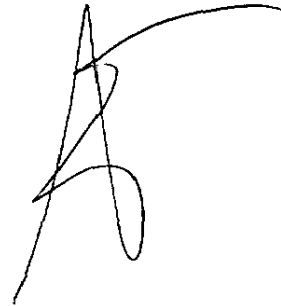
ADI 3.510 / DF

conhecemos e peço licença para não ler - e o último tópico, mais curto, é exatamente a parte dispositiva do meu pronunciamento.

Início, Senhor Presidente, com o segundo tópico do meu voto que se intitula Células-tronco Embrionárias, em que faço algumas reflexões sobre o tema do ponto de vista científico.

E digo o seguinte:

"O novo milênio trouxe consigo a promessa de enormes avanços no campo das ciências biomédicas..." (lê voto escrito).

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALV O T OO Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**:**1. BREVE RELATÓRIO**

Trata-se de ação direta, ajuizada pelo Procurador-Geral da República à época, doutor Cláudio Fontelles, na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, denominada "Lei de Biosegurança".

O referido diploma legal, segundo o seu art. 1º, "estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados, tendo como estímulo o avanço científico na área de biosegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal, vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente".



ADI 3.510 / DF

Os dispositivos impugnados versam sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por meio de fertilização *in vitro*, e não utilizados no respectivo procedimento.

Eis o teor do texto legal atacado:

"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:

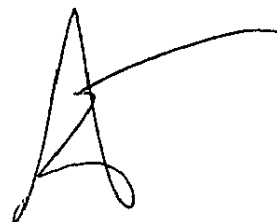
I - sejam embriões inviáveis; ou

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".



ADI 3.510 / DF

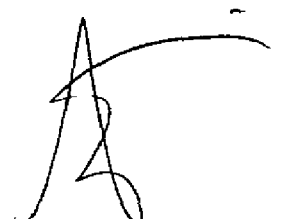
De acordo com o autor, o dispositivo impugnado viola o art. 1º, III, que consagra o princípio da dignidade humana, e o art. 5º, caput, que garante o direito à vida, ambos da Constituição Federal (fl. 2).

2. CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS HUMANAS

O novo milênio trouxe consigo a promessa de enormes avanços no campo das ciências biomédicas, com destaque para a conclusão do seqüenciamento do genoma humano, a descoberta de novos medicamentos e o emprego de terapias genéticas por meio das chamadas "células-tronco embrionárias humanas", uma linhagem celular auto-renovadora que teria o potencial de reproduzir "todas as células e todos os tecidos do corpo".¹ Com isso seria possível à Medicina superar a mera interrupção do avanço de doenças agudas ou crônicas, obtida com tratamentos convencionais, para lograr a restauração de funções orgânicas perdidas, como no caso de lesões nos tecidos cardíacos ou cerebrais, causadas por hemorragias, coágulos sanguíneos ou outros processos traumáticos.²

¹ OKARMA, Thomas B. As células-tronco embrionárias humanas: elementos básicos sobre a tecnologia e suas aplicações médicas. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie (Coords.). *As células-tronco embrionárias humanas em debate*. São Paulo: Loyola, 2006, p.3.

² *Idem*, pp. 3-4.



ADI 3.510 / DF

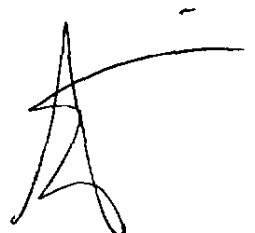
As células-tronco embrionárias de que trata esta ADI são aquelas obtidas a partir da fertilização *in vitro*, primacialmente um método de reprodução assistida, que objetiva superar a infertilidade de casais, mediante uma fecundação extra-corpórea.³ A técnica consiste, *grosso modo*, na aspiração, mediante laparoscopia, de alguns oócitos ⁴ da cavidade abdominal feminina, os quais são transferidos do corpo da mulher para um tubo de ensaio ou uma "placa de Petri", que contém um meio de cultura, adicionando-se, a seguir, os espermatozóides. Após a clivagem celular dos zigotos,⁵ monitorada através de um microscópio, mais precisamente, quando a divisão tenha produzido de quatro a oito células, eles são transladados para o útero, via canal cervical.

Segundo sugerem alguns pesquisadores, as células-tronco embrionárias não sofreriam as limitações das células-tronco somáticas, retiradas de um organismo já formado, as quais somente poderiam reproduzir determinados tipos de tecidos, enquanto

³ Cf. MOORE, Keith L. e PERSAUD, T.V.N. *Embriologia Clínica*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, s/d, p. 32.

⁴ MELLO, Romário de Araújo. *Embriologia Humana*. São Paulo: Atheneu, 2000, p. 7, define o oócito ou ovócito da seguinte maneira: "Célula feminina animal em processo de meiose durante a ovulogênese".

⁵ MOORE, Keith L. e PERSAUD, T.V.N, *op. cit.*, p. 13, definem o zigoto como o resultado da união de um gameta feminino, ou óvulo, e um gameta masculino, ou espermatozóide, correspondendo ao primeiro estágio do desenvolvimento humano, logo após a fertilização, e que já contém já os cromossomos e genes (unidades de informação genética) do pai e da mãe.



ADI 3.510 / DF

aquelas, ao revés, teriam o potencial de formar toda e qualquer célula humana, em razão do que são chamadas de "pluripotentes".⁶

Essas verdadeiras "supercélulas" resultam da divisão do óvulo humano fertilizado em células distintas, os chamados blastômeros,⁷ que permitem a formação de um organismo completo, totalmente novo, motivo pelo qual são tidas como "totipotentes".⁸ Nesse estágio, as células em processo de divisão formam uma esfera oca, que recebe o nome de blastocisto.⁹

Para a obtenção das células-tronco embrionárias, cultivadas *in vitro*, destrói-se a capa externa do blastocisto, que formaria a placenta, caso fosse implantado no útero, cultivando-se a sua massa celular interior.¹⁰ Outra fonte com potencial análogo é o tecido gonadal de fetos abortados.¹¹

⁶ COCHARD, Larry R. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Porto Alegre: ARTMED, 2003, p. 44, define "pluripotência" da seguinte maneira: "Capacidade das células do blastocisto e do embrião inicial para diferenciarem-se em muitas linhas celulares, mas não no indivíduo todo".

⁷ De acordo com MOORE, Keith L. e PERSAUD, T.V.N., *op. cit.*, p. 32, cerca de trinta horas após a fertilização, o zigoto vai se dividindo em blastômeros, os quais mudam de forma e se alinham, constituindo uma esfera compacta de células denominada "mórula".

⁸ COCHARD, Larry R., *op. cit.*, p. 45, define "totipotência" como: "Capacidade de uma célula de se diferenciar em qualquer tipo de célula e, assim, formar um novo organismo ou regenerar qualquer parte do organismo."

⁹ *Idem*, p. 43, em que consta a definição de blastocisto: "Bola de células preenchida de fluído que consiste de uma massa interna de células destinada a tornar-se embrião e um trofoblasto externo que será a membrana envolvente (córion) e a contribuição embrionária/fetal para a placenta."

¹⁰ DONADIO, Nilson e DONADIO, Nika Fernandes. Reprodução laboratorialmente assistida. In: PIATO, Sebastião (Coord.). *Ginecologia: diagnóstico e tratamento*. São Paulo: Manole, 2008, p.238, explicam a técnica: "Inicialmente os embriões

ADI 3.510 / DF

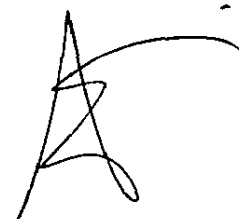
O embrião, obtido por meio de fertilização extra-corpórea, antes da implantação, é submetido a uma inspeção, sob o microscópio, quanto aos aspectos morfológicos e funcionais, para que se possa constatar suas chances de sobrevivência no interior útero receptor. Também é possível aplicar, nas células embrionárias obtidas em laboratório, a técnica conhecida como Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGPI), em que se retira uma ou duas células dos zigotos, submetendo-as à biópsia, para verificar se a futura criança possui anomalias genéticas causadoras de doenças como síndrome de Down, hemofilia, fibrose cística, doença de Tay Sachs, dentre outras.¹²

Sem embargo das auspiciosas promessas reveladas pelas pesquisas com células-tronco embrionárias, elas têm sido objeto de acirradas controvérsias, quer porque a obtenção desse material genético exige a destruição de um organismo vivo, decorrente da fertilização de gametas humanos - mesmo que, segundo alguns, esse

devem atingir estágio de blastocisto, para após a digestão da zona perlúcida e destruição do trofoblasto, obter a massa celular interna que, cultivada em *feeder layers* de fibroblastos de embriões de ratos, inativados por irradiação, dariam origem às células-tronco". Acrescentam, ainda, que trabalhos mais recentes apontam para a possibilidade da utilização de fibroblastos de placenta humana.

¹¹ Introdução. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie (Coords). *As células-tronco embrionárias humanas em debate*. São Paulo: Loyola, 2006, p. XVI.

¹² Cf. MELLO, Romário de Araújo, *op. cit.*, pp. 48-49. V., também, DONADIO, Nilson e DONADIO, Nika Fernandes, *op. cit.*, pp. 237-238.



ADI 3.510 / DF

conjunto primordial de células não constitua uma pessoa no sentido moral ou jurídico da palavra -, quer porque podem levar, se livres de qualquer controle, a resultados desconhecidos, colocando em risco a própria existência da espécie humana tal como hoje a conhecemos. Essas pesquisas, com efeito, ensejam profundas interrogações acerca da natureza e do fim da vida humana, dos limites da manipulação do patrimônio genético da humanidade e, ainda, do significado de nossa existência coletiva.¹³

3. REFLEXÕES EPISTEMOLÓGICAS ACERCA DA CIÊNCIA

A propósito das interrogações suscitadas pelas pesquisas genéticas, convém assentar que a ciência e a tecnologia, embora tenham, de um modo geral, ao longo de sua história, trazido progresso e bem-estar às pessoas, não constituem atividades neutras, nem inócuas quanto aos seus motivos e resultados. Elas tampouco detêm o monopólio da verdade, da razão ou da objetividade, valores, de resto, também cultivados por outras áreas do conhecimento humano.

¹³ Cf. Introdução. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie, *op.cit.*, p. XVII.



ADI 3.510 / DF

Diga-se, aliás, que a fé no progresso ilimitado da ciência e da técnica, bem como a crença em sua benignidade intrínseca, representam uma herança do Iluminismo, no fundo um racionalismo naturalista, que veio a lume no auge da prevalência do paradigma físico-matemático, cultivado no "Século das Luzes", dentre outros, por Voltaire, D'Alembert, Diderot, Rousseau, D'Holbach, como instrumento para a superação dos preconceitos e superstições ainda remanescentes do medievo. Esse legado foi potencializado, no século XIX, pelo naturalismo, evolucionismo e positivismo, de Spencer, Darwin e Comte, respectivamente, ou seja, por um "bando de idéias novas", nas palavras de Sílvio Romero, as quais, na época, tomaram conta do País e do mundo.¹⁴

Mas já no início do século XX, uma *malaise* generalizada, uma sensação de mal-estar vago e indefinido, um sentimento de *fin d'une époque*, começa a tomar conta do mundo, refletindo, em grande medida, o desencanto das pessoas com a civilização centrada na tecnologia e um certo ceticismo quanto à visão panglossiana, então prevalente, segundo a qual *scientia omnia vincit*.

No plano filosófico, uma de suas expressões mais significativas foi o existencialismo de Heidegger, Jaspers,

¹⁴ Cf. CRUZ COSTA, João. *Contribuição à história das idéias no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1967, p. 98.



ADI 3.510 / DF

Merleau-Ponty e Sartre, legatário, de um lado, da angústia vital kierkegaardiana e, de outro, da fenomenologia de Edmund Husserl. Deste último, em especial, o existencialismo hauriu a primazia que emprestou à *Lebenswelt*, isto é, ao "mundo da vida", apartado dos "mundos" abstratamente construídos pelas ciências e por aquilo que intitulou de "naturalismo ingênuo". Nesse sentido, é muito significativa sua afirmação de que a "ciência da natureza (como toda a ciência em geral) designa uma atividade humana (*menschliche Leistung*), a saber, a dos cientistas que cooperam entre si", explicando que, "sob este aspecto pertence, como todos os processos espirituais, ao círculo dos fatos que devem ser explicados pelas ciências do espírito".¹⁵

Não é preciso fazer um grande esforço intelectual, nem mergulhar profundamente no passado, para listar os malefícios que decorreram do uso indevido ou equivocado da ciência e do instrumental técnico por ela desenvolvido. Basta lembrar as atrocidades cometidas nas 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),

¹⁵ Cf. HUSSERL, Edmund. *A crise da humanidade europeia e a filosofia*. 3ª ed. Porto Alegre: EDIUFRS, 2008, p. 64.



ADI 3.510 / DF

empregados em equipamentos de refrigeração, o acidente ocorrido na usina nuclear de Chernobyl, no norte da Ucrânia, resultante do emprego descuidado da energia atômica, as deformidades causadas em crianças cujas mães tomaram o analgésico e antiinflamatório Talidomida etc.

A ciência e a tecnologia, é escusado dizer, nascem e prosperam em um dado contexto social, refletindo, portanto, uma determinada visão de mundo, historicamente situada, como revelou, de forma pioneira, a crítica marxiana.¹⁶ Para esta, o conhecimento científico equipara-se a uma ideologia, pois abriga valores e interesses, nem sempre percebidos ou tornados explícitos por seus protagonistas.¹⁷ Ideologia compreendida como o fenômeno em que as idéias e representações elaboradas pelos homens, a partir de suas circunstâncias, são tidas como o próprio real, embora

¹⁶ V. MARX, Karl e ENGELS, Friederich. *A ideologia alemã: Crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. São Paulo: Boitempo Editorial, especialmente, pp.29-39.

¹⁷ Nesse sentido, KOROBKIN, Russell. *Stem cell century: law and policy for a breakthrough technology*. New Haven: Yale University Press, 2007, p. 4, assenta: "Claro, as pesquisas com células-tronco embrionárias têm atraído enorme interesse nos Estados Unidos e internacionalmente, não apenas em razão de seu potencial científico e médico, mas também por suas promessas comerciais. Previsões de mercado para tecnologias desenvolvidas a partir de células-tronco variam dos relativamente modestos US\$ 100 milhões até os mais otimistas US\$ 10 bilhões em 2010" (tradução livre).



ADI 3.510 / DF

constituam meros signos que não coincidem necessariamente com os dados do mundo concreto.¹⁸

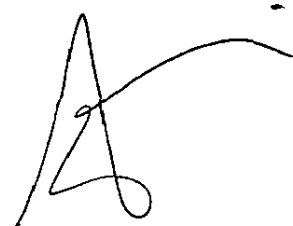
Essa é também a linha trilhada pela crítica gramsciana, para a qual, "não obstante todos os esforços dos cientistas, a ciência jamais se apresenta como uma noção objetiva; ela aparece sempre revestida por uma ideologia e, concretamente, a ciência é a união do fato objetivo com uma hipótese, ou um sistema de hipóteses, que supera o mero fato objetivo".¹⁹

Jürgen Habermas, em ensaio escrito sobre o tema, por ocasião do septuagésimo aniversário de Herbert Marcuse, renova a reflexão sobre as bases epistemológicas da ciência e da tecnologia, salientando também o seu caráter intrinsecamente ideológico.²⁰ Nesse trabalho demonstra que a visão cientificista e tecnocrática do mundo, não apenas abriga interesses, não raro bastante concretos, e nem sempre aparentes, mas logrou "penetrar como ideologia de fundo também na consciência da massa despolitizada da população e desenvolver uma força legitimadora". Segundo ele, tal ideologia acaba por afastar "a autocompreensão

¹⁸ V., sobre o tema, LOWY, Michael. *Método dialético e teoria política*. 2ªed. São Paulo: Paz e Terra, 1978, pp. 9-29.

¹⁹ GRAMSCI, Antonio. *Concepção Dialética da História*. 2ª. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972, p. 71.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como "Ideologia"*. Lisboa: Edições 70, 2006, pp. 45 a 92.



ADI 3.510 / DF

culturalmente determinada de um mundo social da vida", que passa a ser "substituída pela autocoisificação dos homens".²¹

Para Habermas, essa ideologia, "um tanto vítrea, hoje dominante, que faz da ciência um feitiço, é mais irresistível e de maior alcance do que as ideologias de tipo antigo".²² E, embora não leve a uma completa "anulação de conexão ética", ela promove "a repressão da 'eticidade' como categoria das relações vitais em geral".²³

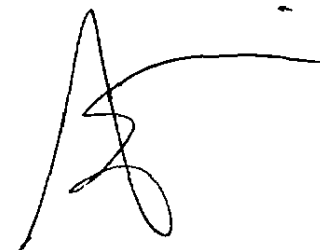
Tal preocupação com um "mundo totalmente administrado", com uma completa robotização dos seres humanos, foi o *Leitmotiv* que animou a Escola de Frankfurt, à qual pertenceram não apenas Habermas e Marcuse, como também Theodor Adorno, Walter Benjamin, Max Horkheimer e outros.

Horkheimer, um dos principais idealizadores da denominada "Teoria Crítica", dedicou-se a desconstruir o que chamou de "razão instrumental", que leva, segundo ele, à autodestruição da própria razão e ao fim do indivíduo, porquanto prioriza critérios de eficácia na escolha dos meios para atingir

²¹ *Idem*, p. 74.

²² *Idem*, pp. 80 a 82

²³ *Idem*, *loc.cit.*



ADI 3.510 / DF

fins, sejam eles quais forem. Nesse sentido, afirma: "Uma ciência que em sua autonomia imaginária se satisfaz em considerar a práxis - à qual serve e na qual está inserida - como o seu Além, e se contenta com a separação entre pensamento e ação, já renunciou à humanidade".²⁴

O fenômeno da "coisificação" das pessoas mencionado por Habermas, já havia sido descrito antes por Georg Lukács, pensador e militante político húngaro, que aprofundou o conceito de "reificação", segundo o qual as relações sociais e a própria subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias, num processo denominado de "alienação", em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se estranha a si mesma.²⁵

É por isso que incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais, sobretudo nesse estágio de evolução da humanidade, em que a própria vida no planeta se encontra ameaçada, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar à "coisificação" ou

²⁴ HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: *Os Pensadores*, vol. XLVIII, São Paulo: Victor Civita, 1973, p. 162.

²⁵ Cf. LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe: estudos de dialética marxista*. Porto: Escorpião, 1974, pp. 97 a 126.



ADI 3.510 / DF

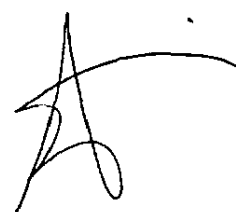
"reificação" de que falam Habermas e Lukács, na qual as pessoas, de sujeitos dessas atividades, passam a constituir meros objetos das mesmas.

4. AVANÇOS CIENTÍFICOS E DIREITOS DE QUARTA GERAÇÃO

Em sede acadêmica tive oportunidade de afirmar que o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, no século XIX, conhecidos como de "segunda geração", com destaque para o direito ao trabalho, à previdência social, à sindicalização e à greve, ao lado dos direitos individuais, de "primeira geração", em particular o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à participação política, positivados na centúria imediatamente anterior, não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais.²⁶

Sim, porque, com a explosão demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição econômica internacional, em suma, com a globalização dos problemas do homem, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar de "direitos de

²⁶ Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Formação da Doutrina dos Direitos Humanos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 98, 2003.



ADI 3.510 / DF

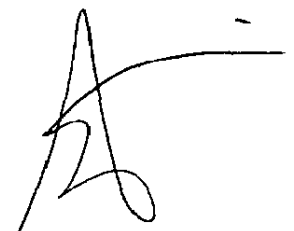
solidariedade" ou de "fraternidade", ou ainda de "direitos de terceira geração".²⁷

Tais direitos sucedem no tempo os direitos resultantes das revoluções liberais do século XVIII e os direitos decorrentes das agitações operárias do século XIX. Dentre eles sobressaem o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à proteção do meio ambiente e do patrimônio comum da humanidade etc. Esses direitos desenvolveram-se, mais do que nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, em especial no plano do Direito Internacional.²⁸

Atualmente, assentei eu, já se cogita de "direitos de quarta geração", decorrentes de novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia. Assim é que, hoje, busca-se proteção contra as manipulações genéticas, antevistas por Aldous Huxley em seu livro *Admirável Mundo Novo* (1930), as quais permitem, por exemplo, criar clones humanos e de animais, e em tese até mesmo - seja-me permitido o argumento *ad terrorem* - centauros, minotauros e sátiros, além de outros seres fantásticos, imaginados pela Mitologia Grega, ou contra a invasão da

²⁷ *Idem, loc.cit.*

²⁸ *Idem, loc.cit.*



ADI 3.510 / DF

privacidade, a massificação e o totalitarismo, prenunciados por George Orwell em sua obra *1984* (1948), ou ainda contra a anônima e tentacular burocracia estatal e privada, prevista por Franz Kafka em seu romance *O Processo* (1915).²⁹

Pedi vênias acima para empregar um argumento, à primeira vista, *ad terrorem*, mas o fato é que lei federal suíça, datada de 18 de dezembro de 1998, que disciplina a reprodução humana assistida, proíbe, expressamente, em seu art. 35, 1, a criação de clones, quimeras ou híbridos, vedação reproduzida e ampliada no projeto de lei daquele país sobre a pesquisa com células embrionárias, atualmente em discussão no parlamento.³⁰

Trata-se, com efeito, de uma possibilidade real. Ainda recentemente, a imprensa deu conta de que, na Universidade de Newcastle, no Reino Unido, pesquisadores lograram fundir material genético humano com células de bovinos, resultando num embrião híbrido (*cytoplasmatic hybrid*), alegadamente com o objetivo de

²⁹ *Idem, loc.cit.*

³⁰ "Loi fédérale relative a la recherche sur les embryons surnuméraires et sur les cellules souches embryonnaires (...) Art. 3, 1, c, - Il est interdit: (...) de créer un clone, une chimère ou un hybride (art. 36, al. 1, de la loi du 18 de décembre de 1998 sur la procréation médicalement assistée), de produire de cellules souches embryonnaires à partir d'un clone, d'une chimère, ou d'un hybride, ou d'utiliser telles cellules".

ADI 3.510 / DF

desenvolver novas células-tronco para o tratamento de doenças degenerativas.³¹

5. BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL

Os enormes avanços logrados pela ciência no campo da genética e da biotecnologia nas últimas décadas despertaram 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.

Nesse sentido, a 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura - UNESCO, aprovou, em 19 de outubro de 2005, por unanimidade, após intensos debates, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que pretende constituir um marco inspirador de políticas, leis e padrões éticos no setor para os 191 países-membros da ONU. A minuta do documento foi redigida pelo Comitê Internacional de Bioética da UNESCO, estabelecido em 1993, o qual é integrado por

³¹ Cf. *Folha de São Paulo*, 2 de abril de 2008, A 16. V., também, <<http://www.guardian.co.uk/science/2008/apr/02/medicalresearch.ethicsofscience>>. Acesso em 03/04/08.

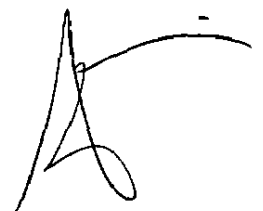


ADI 3.510 / DF

36 especialistas independentes que examinam as conseqüências éticas das atividades científicas, em especial no âmbito da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Essa Declaração invoca como fundamentos, além de outros textos normativos de abrangência internacional e regional, a 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, emendada em 1975, 1989, 1993, 1996, 2000 e 2002), as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (1982, emendadas em 1993 e 2002), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1997).

A Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, um dos documentos mais avançados no gênero, é especialmente enfática no tocante ao respeito que deve merecer o



ADI 3.510 / DF

genoma humano, definido como "patrimônio da humanidade", por constituir "a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como de sua inerente dignidade e diversidade" (art. 1). Por isso, assinala o documento, "a pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano, devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da legislação nacional" (art. 5).

Os valores e princípios da Declaração sobre o Genoma Humano e da Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa foram expressamente incorporadas pela Declaração Ibero-americana sobre Ética e Genética, de 1996, elaborada em Manzanillo, e revisada em Buenos Aires, dois anos depois, que contou com a participação de representantes do Brasil, cujo texto enfatiza que o "desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética humana deve ser feito levando em consideração (...) o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos reafirmados nos documentos jurídicos internacionais".

Do Preâmbulo da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, consta que ela deriva da "capacidade

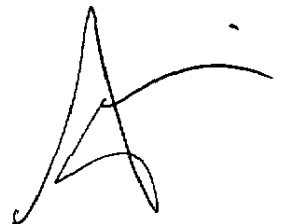


ADI 3.510 / DF

única dos seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre o seu meio ambiente", bem como de especular "sobre os rápidos avanços na ciência e na tecnologia, que progressivamente afetam nossa compreensão da vida e a vida em si, resultando em uma forte exigência de uma resposta global para as implicações éticas de tais desenvolvimentos".

Os signatários do documento reconhecem, ainda, em suas considerações exordiais, que "questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais". Por essas razões, entendem "ser necessário e oportuno que a comunidade internacional declare os princípios universais que proporcionarão uma base para a resposta da humanidade aos sempre crescentes dilemas e controvérsias que a ciência e a tecnologia apresentam à espécie humana e ao meio ambiente".

Dentre os objetivos listados no art. 2 desse diploma internacional, cumpre ressaltar aquele estabelecido em seu item **iv**, qual seja: "reconhecer a importância da liberdade de pesquisa científica e os benefícios resultantes dos desenvolvimentos

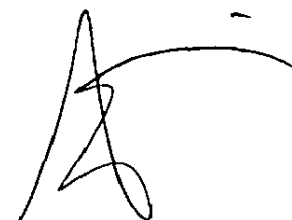


ADI 3.510 / DF

científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais pesquisas ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais".

Por outro lado, dos vários princípios arrolados na Declaração, merecem especial destaque os mencionados nos arts. 3 e 4. O primeiro assenta que a "dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade", afirmando, ainda, que os "interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade". Já o segundo, que incorpora os fundamentos da tradicional ética hipocrática, consigna 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" (grifei).

Visando a dar concreção aos valores e princípios que integram a Declaração, o art. 22, **a**, consigna o seguinte: "Os Estados devem tomar todas as medidas adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza" - e



ADI 3.510 / DF

aqui incluem-se, evidentemente, as de caráter judicial - "de modo a implementar os princípios estabelecidos na presente Declaração em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos".

O Brasil, pois, como membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade, formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional.

Em outras palavras, 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.

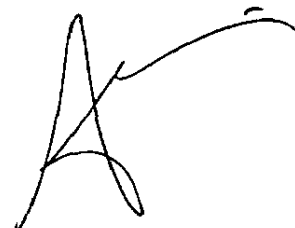
6. CONSIDERAÇÕES SOBRE O INÍCIO E A PROTEÇÃO DA VIDA

ADI 3.510 / DF

Múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao exato momento em que se inicia a vida, dependendo das convicções filosóficas, religiosas ou científicas daqueles que se debruçam sobre a questão.³² Para os materialistas, a vida resume-se a um fato da natureza, experimentalmente verificável, ao passo que para a maioria dos crentes ela representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no momento da concepção. Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado - e nem vocacionado - para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas.

No campo da ciência, alguns entendem que a vida começa apenas no momento da implantação do embrião no útero materno, ou seja, depois do sétimo ou sexto dia da concepção, constituindo, antes desse momento, um mero aglomerado de células da espécie

³² V., sobre as diferentes visões religiosas e laicas, DORFF, Elliot N. A pesquisa com células-tronco: uma perspectiva judaica; FARLEY, Margareth A. Concepções católicas romanas sobre as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas; MEILAENDER, Gilbert. Algumas reflexões protestantes; YOUNG, Ernlé W. D. Questões éticas: uma perspectiva secular. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZLOTH, Laurie, *op. cit.*



ADI 3.510 / DF

biológica humana.³³ Já outros acreditam que o embrião somente se transforma numa pessoa a partir do décimo quarto dia. É que, até então, "não se poderia falar em indivíduo humano propriamente dito, pois existe a possibilidade de que um indivíduo se converta em dois (ou mais) ou de que dois (ou mais) indivíduos se convertam em um".³⁴ Outros sustentam, ainda, que o embrião somente adquire subjetividade no momento em que é formado o sistema nervoso central, permitindo a percepção do prazer e da dor, ou quando se estrutura o córtex cerebral, epicentro da racionalidade. Estes últimos defendem a tese do paralelismo entre a "morte cerebral" e a "vida cerebral", como marcos cruciais da existência humana.³⁵

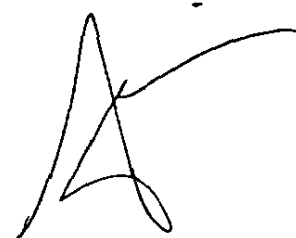
A convicção pessoal acerca do início da vida, ademais, pode variar em função da perspectiva gnoseológica adotada pelo observador, que chega a conclusões distintas, dependendo da ótica que adote com relação ao fenômeno: sincrônica, se o compreende como um conjunto de fatos coincidentes no tempo; diacrônica, se o considera em sua evolução temporal.

O começo da existência humana pode, também, ser estudado sob o prisma de lógicas distintas, baseadas quer no raciocínio

³³ Para as distintas posições sobre o tema, no campo científico, v. PALAZZANI, Laura. O debate sobre células-tronco na Itália: problemas biojurídicos e desenvolvimento normativo. In: MARTÍNEZ, Julio Luis, *op. cit.*, pp. 172-175.

³⁴ *Idem*, p. 173.

³⁵ *Idem*, *loc. cit.*



ADI 3.510 / DF

analítico, quer no dialético. Essas duas lógicas, historicamente, trilharam caminhos paralelos e, como regra, contrapostos.³⁶ Na analítica predomina o exame das proposições e o sistema silogístico de argumentação, ao passo que, na dialética, busca-se a "grande síntese", a partir do jogo dos opostos, em constante evolução. Dialéticos e analíticos, em geral, não se entendem, pois empregam linguagens com sintaxes diferentes.

A dialética tem origem em Heráclito e Platão; a analítica em Parmênides e Aristóteles. A primeira foi cultivada por Plotino, Proclo e, em parte, por Santo Agostinho, na Antigüidade. No período medieval, Johannes Scotus Eurígena e a Escola de Chartres, bem como outros filósofos neo-platônicos, debruçaram-se sobre ela. Viu-se estudada, no Renascimento, por Nicolaus Cusanus, Ficino, e Giordano Bruno. Na Modernidade, foi empregada por Espinosa, Schelling, Hegel e Marx, dentre outros. Lamark, Darwin e quase todos os grandes biólogos contemporâneos, como Richard Dawkins e Stephen Jay Gould, adotaram-na, igualmente, como substrato metodológico. Inclusive os renomados físicos da atualidade, a exemplo de Stephen Hawking, com suas teses sobre os

³⁶ Para uma visão histórica das distintas lógicas e de seus conceitos básicos, aproveitados neste texto, cf. CIRNE-LIMA, Carlos Roberto. *Dialética para principiantes*. 3ª ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.



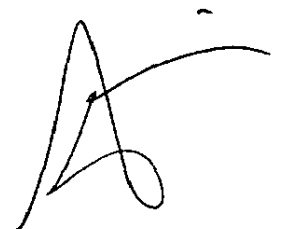
ADI 3.510 / DF

"buracos negros" e a teoria do *Big Bang*, podem ser considerados neo-platônicos.

Já a lógica analítica foi, na Idade Média, desenvolvida por Alberto Magno, São Tomás de Aquino, Duns Scotus e Guilherme de Ockham, passando, na era Moderna, por Descartes, Leibnitz, Kant, Frege e Wittgenstein. O raciocínio analítico ganhou espaço, predominando na lógica, matemática e física contemporâneas, disciplinas que se fizeram credoras das idéias de Galilei, Copérnico, Newton e Einstein.

No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Dentre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio **não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal ou, até mesmo, como norma dotada de dignidade constitucional**, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte.

De fato, em notável voto proferido na sessão de 12 de março do corrente, no HC 87.585-TO, o Ministro Celso de Mello



ADI 3.510 / DF

defendeu, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. E, em não menos substancial voto, o Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, cujo julgamento ainda não foi concluído, sufragou a tese de que os tratados, nesse campo, teriam a estatura de direito supralegal, ou seja, estariam, hierarquicamente, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Tudo indica, pelas manifestações exteriorizadas por vários Ministros ao longo daqueles julgamentos, que o STF caminha no sentido de ampliar o valor que vinha conferindo aos textos internacionais relativos ao tema, atribuindo-lhes uma classificação, no mínimo, superior às normas que integram a legislação comum.

A se levar às últimas conseqüências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, concesso venia, que a vida, do ponto de vista estritamente vista legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em um útero humano - até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização

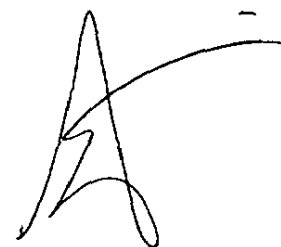


ADI 3.510 / DF

extra-corpórea -, estabelece, *tout court*, o seguinte: "Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde a concepção**" (grifei).

Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão "em geral" nele abrigada, tal locução não afasta a idéia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Um exemplo típico consiste na exclusão da antijuridicidade do chamado "aborto necessário", contemplada no art. 128, I, do Código Penal Brasileiro, que corresponde àquele praticado por médico, quando não há "outro meio de salvar a vida da gestante".

Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos humanos, regulamente subscrito e ratificado pelo País, a saber, de que a vida começa na concepção, não é abalado, *data venia*, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no Código Civil, segundo o qual a legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a proteção do Estado, antes mesmo do nascimento.



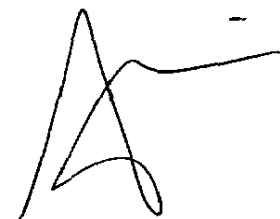
ADI 3.510 / DF

É possível, porém, que, no plano meramente fático e sob uma ótica dialética, a vida, assim como a morte, ao invés de constituir um evento delimitado no tempo, corresponda a um processo que se desenvolve por etapas. Mas ainda que se considere o zigoto, que jaz em um tubo de ensaio ou numa "placa de Petri", apenas um ser humano em construção, uma pessoa *in fieri*, uma vida em formação, não há como deixar de conferir-lhe um tratamento digno, atualmente reivindicado até para as cobaias de laboratório.

Isso porque, como sublinha Laura Palazzani, "a negação do estatuto pessoal do embrião não equivale à negação de toda obrigação de respeito e tutela".³⁷ Ademais, lembra Silmara Almeida, a melhor doutrina encaminha-se no sentido de reconhecer que as células embrionárias, mesmo no estágio pré-implantacional, apresentam uma inegável natureza humana, *individua substantia rationalis naturae*, no dizer de Boécio.³⁸ De fato, atualmente, prevalece na comunidade científica e no meio jurídico dos países desenvolvidos, como se verá a seguir, a idéia de que os embriões, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, e não

³⁷ PALAZZANI, Laura, *op. cit.*, p. 176.

³⁸ CHINELATO e ALMEIDA, Silmara J.A. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 162.




ADI 3.510 / DF

importando onde tenham sido gerados, merecem ser tratados de forma digna.

Não obstante esse entendimento, 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.

Sim, porque, em se tratando do direito à vida, que compreende, por excelência, o direito à saúde, aqui também considerado um valor transindividual, "a convicção de que todos os homens têm um destino comum, pois todos 'estão no mesmo barco', tornou impossível a existência de riscos estritamente individuais", como notam Sueli Dallari e Daisy Ventura.³⁹

³⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi e VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado?. In: *São Paulo em Perspectiva*, vol. 16, n° 2, São Paulo, abril/junho 2002.



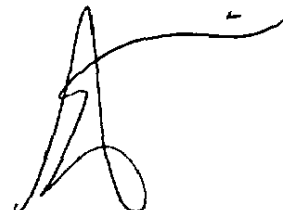
ADI 3.510 / DF

Nessa linha, alguns pensadores contemporâneos, dentre os quais o sociólogo Zigmunt Bauman, desenvolveram a idéia de que atualmente vivemos numa "sociedade de risco" (*Risk Society*), em que, como observa Ulrich Beck, "o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da 'racionalidade'".⁴⁰

Assim, cumpre partir do pressuposto de que o **direito à vida** - bem essencial da pessoa humana, sem o qual sequer 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 se, pode levar, *data venia*, a

⁴⁰ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p. 19.



ADI 3.510 / DF

posições maniqueístas, contra 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 extensão 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.

7. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA

Quando se cogita da preservação da vida numa escala mais ampla, ou seja, no plano coletivo, não apenas nacional, mas inclusive planetário, vem à baila o chamado "princípio da precaução", que hoje norteia as condutas de todos aqueles que atuam no campo da proteção do meio ambiente e da saúde pública. Ainda que não expressamente formulado, encontra abrigo nos arts. 196 e 225 de nossa Constituição.

O princípio da precaução foi explicitado, de forma pioneira, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, da qual resultou a Agenda 21, que, em seu item 15, estabeleceu que, diante de uma ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de

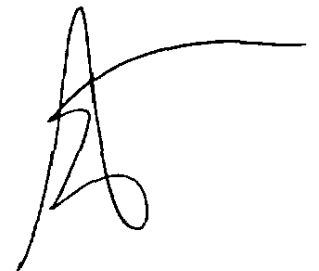


ADI 3.510 / DF

certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O referido princípio foi mais tarde ampliado na reunião levada a efeito em Wingspread, sede da *Johnson Foundation*, em Racine, Estado de Wisconsin, nos EUA, no mês de janeiro de 1998, com a participação de cientistas, juristas, legisladores e ambientalistas, cuja Declaração final consigna: "*Quando uma atividade enseja ameaças de danos ao meio-ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo que algumas relações de causa e efeito não forem estabelecidas cientificamente*".

Dentre os principais elementos que integram tal princípio figuram: i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não-ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não às vítimas ou possíveis vítimas; e iv) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado.



ADI 3.510 / DF

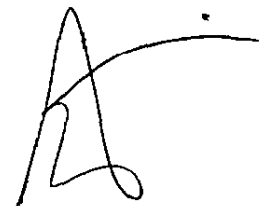
Esse novo paradigma emerge da constatação de que a evolução científica traz consigo riscos imprevisíveis, os quais estão a exigir uma reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados nesse campo. Isso porque, como registra Cristiane Derani, é preciso "considerar não só o risco de determinada atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade".⁴¹

Com efeito, avançando para além da antiga ótica de recomposição de eventuais prejuízos, "o princípio da precaução não se compraz apenas com a caracterização do dano a ser compensado, pois ele abriga a convicção de que existem comportamentos que devem ser proibidos, sancionados e punidos".⁴² Em outras palavras, "não basta determinar o montante da indenização, pois existem danos que não têm preço".⁴³

⁴¹ DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

⁴² DALLARI, Sueli Gandolfi e VENTURA, Deisy de Freitas Lima, *op.cit.*, *loc. cit.*

⁴³ *Idem*, *loc.cit.*



ADI 3.510 / DF

Não se trata, evidentemente, de exigir uma total abstenção no tocante a ações que envolvam eventual risco, de maneira a levar à paralisia do desenvolvimento científico ou tecnológico. Cuida-se, ao contrário, de exigir, "em situações de risco potencial desconhecido", a busca de soluções que permitam "agir com segurança", transmudando o risco potencial, "seja em risco conhecido, seja ao menos em risco potencial fundado".⁴⁴

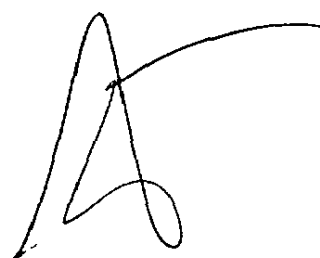
Isso implica a necessidade de alterar-se profundamente os processos decisórios levados a efeito no âmbito dessa importante área do saber humano, a começar pela ampliação do círculo de pessoas credenciadas a participar dos mesmos, dotando-as de "todas as informações necessárias e indispensáveis das grandes decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança das pessoas".⁴⁵ Isso porque, "o princípio de precaução impõe uma obrigação de vigilância, tanto para preparar a decisão, quanto para acompanhar suas conseqüências".⁴⁶

É por essas razões que a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, enfatiza, no art. 18, c,

⁴⁴ *Idem, loc.cit.*

⁴⁵ *Idem, loc.cit.*

⁴⁶ *Idem, loc.cit.*



ADI 3.510 / DF

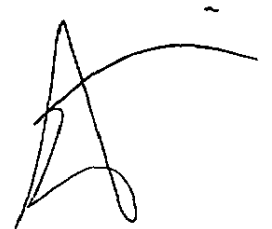
que se deve, nesse setor do conhecimento, "promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes".

8. O POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A questão sob exame pode e deve ser, ainda, analisada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo axiológico de todas as declarações e tratados de proteção dos direitos fundamentais vigentes no plano internacional, assim como da grande maioria dos textos legais que tratam do tema no âmbito interno dos Estados.

Mas é preciso ter em mente, como advertem Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a dignidade da pessoa humana não pode ser reduzida, simplesmente, "à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana".⁴⁷

⁴⁷ CANOTILHO, JJ e MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, pp. 58/59.



ADI 3.510 / DF

Claro, porque, em sendo a dignidade humana a própria matriz unificadora dos direitos fundamentais, a começar do direito à vida, não pode ela ser considerada apenas um bem jurídico atribuído à determinada pessoa, enquanto indivíduo, mas deve ser tratada, também e especialmente, como um valor que diz respeito à coletividade em que esta se encontra integrada.

Entre nós, convém salientar, a dignidade humana, não só constitui o cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria República, conforme consigna, de modo solene, o art. 1º, III, da vigente Carta Magna. Daí cuidar-se de **um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual**, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais.

É que, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, "a dignidade humana implica também, em ultima ratio, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos (...) os integrantes da comunidade de pessoas para com os demais e, para além disso (...), até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas".⁴⁸

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 114.

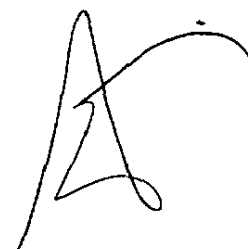


ADI 3.510 / DF

A dignidade da pessoa humana, nesse sentido, corresponde a uma baliza axiológica que deve reger as relações entre governantes e governados, administradores e administrados, empregados e empregadores, pais e filhos, professores e alunos, médicos e pacientes, advogados e clientes, fornecedores e consumidores etc.

Cumprе ressaltar, porém, que a dignidade da pessoa humana, na qualidade de "núcleo essencial" da Carta de 1988, ou seja, enquanto valor que ostenta a maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, do ponto de vista axiológico, não se resume apenas a um imperativo de natureza ética ou moral, mas configura um enunciado dotado de plena eficácia jurídica, achando-se, ademais, refletido em diversas normas de caráter positivo, formal e materialmente constitucionais.

Esse enunciado, com efeito, não apenas empresta significado a diferentes dispositivos da Carta Magna, sobretudo àqueles que tratam dos direitos fundamentais em sentido estrito, como também encontra menção expressa em vários outros artigos disseminados em seu texto. Por exemplo, quando estabelece: no art. 170, que a ordem econômica "tem por fim assegurar a todos existência digna"; ou no art. 226, § 6º, que o planejamento



ADI 3.510 / DF

familiar funda-se "nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável"; ou, ainda, no art. 227, *caput*, que a criança e o adolescente têm, com absoluta prioridade, dentre outros, o direito "à dignidade" e "ao respeito".

Comandos desse jaez, enfatiza José Afonso da Silva, têm lugar em nossa Constituição "não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana".⁴⁹

Não se afigura ocioso, ademais, lembrar que é possível deduzir, desse preceito básico, direitos fundamentais autônomos, não explicitados no texto constitucional, seja por sua inegável densidade conceitual, seja por força do que dispõe o art. 5º, § 2º, da Lei Maior.⁵⁰

Assim, toda e qualquer a produção normativa deverá estar alicerçada nesse fundamento. Em outras palavras, **a nenhuma norma será conferida validade quando contrariar esse valor-fonte** que, na lição de Miguel Reale, é "aquele do qual emergem todos os valores,

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.

⁵⁰ "Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte".



ADI 3.510 / DF

os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia enquanto não se desligam da raiz de que promanam".⁵¹

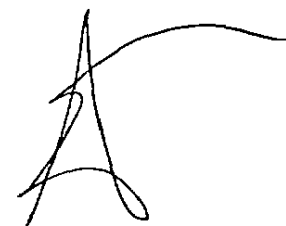
Qual seria, então, o seu conteúdo? Para além do belo interesse filosófico da pergunta, é necessário fixar, em face do caso sob exame, o que significa dignidade da pessoa humana, para que se possa, na seqüência, responder se a norma impugnada nesta ação direta de inconstitucionalidade vulnera ou não esse valor essencial, mesmo porque, lembra Reale, "toda a interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na proposição normativa".⁵² Mas, para tanto, primeiro, será preciso estabelecer a sua natureza jurídica.

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.⁵³ As primeiras correspondem a comandos que determinam condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas. Já as segundas estabelecem condutas necessárias para a consecução de determinados fins. Os **postulados**, por sua vez, **consustanciam verdadeiras**

⁵¹ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 18.

⁵² REALE, Miguel. *O Direito como experiência (Introdução à epistemologia jurídica)*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 251.

⁵³ Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, especialmente quanto aos postulados, pp. 121-166.



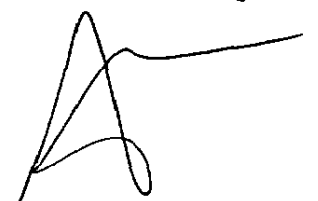
ADI 3.510 / DF

metanormas, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual outras normas devem ser aplicadas.

A partir dessa classificação é possível definir a **dignidade da pessoa humana** como um **postulado normativo**, ou seja, **uma metanorma**, que confere significado 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 apreender o conteúdo desse postulado é preciso reportar-se àquilo que a doutrina alemã denomina de *Menschenbild*, ou seja, a imagem de pessoa que se encontra descrita, de modo amplo, no texto constitucional.⁵⁴

Helena Regina Lobo da Costa, amparada em Konrad Hesse, assenta que "a imagem da pessoa delineada em nossa Constituição é a de um ser humano portador de direitos individuais, coletivos e sociais, de nacionalidade e de direitos políticos, que lhe garantem espaço para o exercício livre de sua personalidade, sem ignorar que esta pessoa existe em relação com os demais (*Mitsein*,

⁵⁴ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade da pessoa humana e as teorias da prevenção geral positiva*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2003, p. 21.



ADI 3.510 / DF

em oposição a *Selbstsein* - existir isoladamente)".⁵⁵ Essa pessoa, prossegue ela, deverá, portanto, ser compreendida sempre em sua dupla acepção: como *ens individuale* e *ens sociale*.⁵⁶

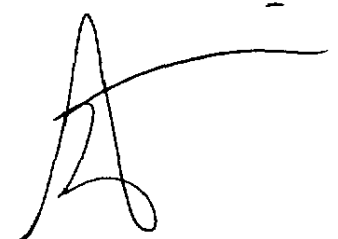
Colho das decisões do Supremo Tribunal Federal dois exemplos de aplicação do postulado da dignidade humana como metanorma. O primeiro é aquele em que a Corte ampliou a garantia constitucional do devido processo legal para nela abarcar o rito processual previsto para os crimes relacionados a entorpecentes.⁵⁷ Nesse caso, a *Menschenbild* empregada correspondia ao *ens individuale*, retratando um ser humano dotado do direito de ver-se processado em rigoroso cumprimento do princípio da legalidade.

Já no segundo exemplo, a referida imagem assumiu os contornos de *ens sociale*, na medida em que foi construída a partir do confronto do indivíduo com o "outro". Cuida-se de decisão que entendeu ser impenhorável o imóvel residencial do devedor (a pressupor, portanto, um credor), enquanto instrumento garantidor de sua subsistência pessoal, bem como a de seus familiares. Ou seja, o direito à propriedade, naquele caso, foi reconfigurado,

⁵⁵ *Idem, loc.cit.*

⁵⁶ *Idem, p. 22.*

⁵⁷ RE 515.427, Rel. Min. Gilmar Mendes.



ADI 3.510 / DF

tendo como fundamento a metanorma da dignidade da pessoa humana, considerada em sua dimensão social.⁵⁸

Diante dessas considerações, entendo que o fulcro da discussão, ora submetida a esta Suprema Corte, não se restringe meramente ao estatuto jurídico do embrião gerado *in vitro* ou das células-tronco que dele podem ser extraídas, devendo abranger, para muito além desse estreito horizonte, a disciplina das pesquisas genéticas e das ações de todos os seus protagonistas, sejam eles doadores de gametas, receptores de óvulos fertilizados, médicos ou cientistas, tendo como parâmetro a dignidade humana, enquanto valor fundante do texto constitucional.

9. CÉLULAS EMBRIONÁRIAS HUMANAS NO DIREITO COMPARADO

Examinando o tema à luz da legislação francesa, Brigitte Mintier observa que o direito positivo francês faz uma distinção entre "pessoas" e "coisas".⁵⁹ Enquadram-se na primeira categoria os indivíduos e os grupos de indivíduos, que adquirem personalidade jurídica ao preencherem determinados requisitos legais. Já os

⁵⁸ RE 439.003, Rel. Min. Eros Grau.

⁵⁹ MINTIER, Brigitte Feuillet. Células-tronco embrionárias e o direito francês. In: MARTÍNES, Julio Luis, *op. cit.*, pp. 146-147.

ADI 3.510 / DF

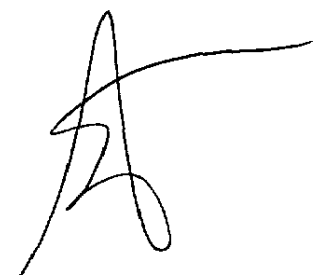
animais, são considerados "coisas". Os integrantes de ambas as categorias, porém, são merecedores de proteção legal. E explica: "Os animais são juridicamente coisas e, no entanto, são objeto de medidas protetoras. Existe, de qualquer modo, uma diferença essencial: as pessoas são 'sujeitos de direito', enquanto as coisas são 'objetos de direito'. Portanto, é inevitável que esta diferenciação conduza a uma maior proteção para as pessoas".⁶⁰

Mais adiante assenta ela que, sem embargo da relativa indefinição sobre o status jurídico do óvulo fecundado *in vitro*, a "legislação francesa regulamenta a maior parte das práticas efetuadas com embriões humanos". Isso permite concluir que, "à falta de textos específicos sobre as células embrionárias, o estatuto do embrião parece aplicável a essas células".⁶¹ Quer dizer, ainda que não gozem de amparo integral, à semelhança do que ocorre com uma pessoa, os embriões e as células embrionárias, na França, são protegidos pela lei.

Veelke Derckx, estudando a legislação dos Países Baixos, revela que, lá, entende-se que os direitos subjetivos são

⁶⁰ *Idem*, p. 147.

⁶¹ *Idem*, pp. 147-149.



ADI 3.510 / DF

adquiridos no momento do nascimento da pessoa.⁶² E, embora um embrião, com base nesse raciocínio, não seja sujeito de direitos, ainda assim é "considerado digno de proteção".⁶³ Isso porque o direito sanitário daquele país baseia-se na "teoria da proteção jurídica progressiva", segundo a qual há um incremento gradativo no nível de proteção do embrião, "em função de seu grau de desenvolvimento".⁶⁴

Aduz, ainda, que a "lei dos embriões", a qual "estabelece os limites ao uso que pode ser feito dos gametas e dos embriões, parte da dignidade humana e do princípio do respeito à vida em geral".⁶⁵ Tais paradigmas, segundo explica, somente podem ser atalhados "quando se deve outorgar um valor superior a outros valores, como o bem-estar da futura criança, a cura de doenças ou o benefício para a saúde e o bem-estar de casais estéreis".⁶⁶

Já "a posição doutrinal majoritária na Alemanha", refletida no direito positivo e na jurisprudência daquele país, "defende que o embrião já é sujeito ou - na medida em que a dignidade não é considerada um direito subjetivo, mas antes um

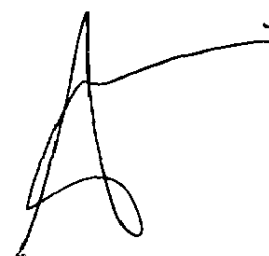
⁶² Veelke DERCKX, Veelke. Células-tronco: legislação e doutrina nos Países Baixos. In: MARTÍNES, Julio Luis, op. cit., p.163.

⁶³ *Idem*, loc.cit.

⁶⁴ *Idem*, loc.cit.

⁶⁵ *Idem*, loc.cit.

⁶⁶ *Idem*, pp. 163-164.



ADI 3.510 / DF

princípio fundamental constitucional, - que ele é ao menos 'beneficiado' pelo princípio da garantia da dignidade humana", como informa Walter von Plattenberg.⁶⁷ Mesmo aqueles que entendem que o embrião não possui direitos subjetivos, acrescenta, não negam que ele, quer se encontre *in utero*, quer *in vitro*, representa "um bem que tem de ser objeto de proteção legal", ou que, no mínimo, é dotado de um "'pré-direito fundamental' (*Grundrechtsanwartschaft*)".⁶⁸

Nesse mesmo sentido, o *Human Embryo Research Panel* dos Estados Unidos da América, instado a pronunciar-se sobre o tema, embora haja rejeitado a tese de que o conjunto de células resultante da fertilização *in vitro* tenha o estatuto moral - e, a *fortiori*, legal - equivalente ao de uma pessoa, consignou, num relatório elaborado em 1994, que "o embrião humano faz jus a uma séria consideração moral como forma de vida humana em desenvolvimento".⁶⁹ E como consequência desse entendimento - que foi alvo de muitas críticas por sua pretensa ambivalência -, "sugeriu que se demonstrasse pelos embriões o adequado respeito", consubstanciado na limitação do "período de sua existência até o

⁶⁷ PLATTENBERG, Walther von. Células-tronco: legislação, jurisprudência e doutrina na Alemanha. In: MARTÍNES, *op.cit.*, p. 202.

⁶⁸ *Idem*, *loc. cit.*

⁶⁹ PARENS, Erik. A ética e política de pesquisa com células-tronco embrionárias. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie, *op. cit.*, p. 42.

ADI 3.510 / DF

qual se faz pesquisa com eles" e na restrição dos "propósitos para cuja consecução podem ser usados".⁷⁰

Comentando as decisões da Corte Constitucional da Espanha sobre o assunto (especialmente as de nº 53/1985 e nº 116/1999), José Miguel Ruiz-Calderón, assenta que, para esta, "não existe titularidade do direito subjetivo à vida propriamente dito antes do nascimento". No entanto, entende que deflui dos julgados daquela Corte que **"o bem jurídico 'vida' deve ser protegido (...) a partir do momento em que há uma vida humana, não necessariamente pessoal, com uma proteção que não seja tão insignificante que produza de fato uma desproteção completa na fase de vida pré-natal"** (grifei).⁷¹

10. LIMITES À PRODUÇÃO E MANIPULAÇÃO DE EMBRIÕES

O caput do art. 5º da Lei de Biosegurança, impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, considerada a técnica deficiente com que foi redigido, a rigor, **não veda a geração de embriões humanos exclusivamente para a pesquisa.** Também não impõe

⁷⁰ *Idem*, p. 43.

⁷¹ RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Sobre regulação da pesquisa com células-tronco, clonagem, de embriões humanos e utilização de embriões congelados excedentes da FIV na Espanha. In: MARTÍNES, Julio Luis, *op. cit.*, p. 5.



ADI 3.510 / DF

nenhum limite numérico à sua produção, nem estabelece qualquer restrição temporal à manipulação destes. Simplesmente, permite a "utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento". Tampouco existe qualquer referência expressa a tais questões nas exigências listadas nos dois incisos e três parágrafos do referido dispositivo para a extração de células-tronco de embriões humanos.

Nada impede, com efeito, numa interpretação literal do artigo atacado, que se produza, em laboratório, tantos embriões quantos sejam requisitados pelos pesquisadores. Por razões análogas é que a National Bioethics Advisory Commission dos Estados Unidos, num relatório produzido em 1999 sobre o assunto, descartou, dentre as possíveis fontes de obtenção de células-tronco, os "embriões criados unicamente para finalidade de pesquisa por meio da fertilização in vitro".⁷² A mencionada Comissão, ademais, preocupou-se com a questão de uma possível "mercadificação" nessa área, ressaltando ser necessário informar, de modo mais amplo possível, os casais doadores de material genético, "a fim de evitar a potencial coerção pelos médicos ou

⁷² HOLLAND, Suzanne. Para além do embrião: uma avaliação feminista do debate sobre células-tronco embrionárias. In: HOLLAND, Suzanne, LEBACQZ, Karen e ZOLOTH, Laurie, *op. cit.*, p. 84.



ADI 3.510 / DF

pelas clínicas de fertilidade, que poderiam ver-se tentados a incentivar a superprodução de oócitos e de embriões".⁷³

Da mesma forma, o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa veda a geração de embriões humanos com fins de pesquisa (art. 18, § 2), proibição adotada pela maioria dos países do continente.

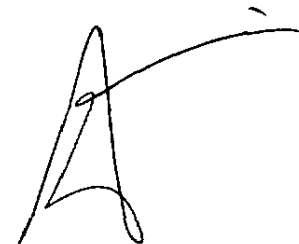
Nos Países Baixos, por exemplo, tal prática é interdita, salvo se realizada para fins de reprodução assistida.⁷⁴ Na França, o Código de Saúde Pública somente admite a criação de embriões *in vitro* "no marco da reprodução assistida", vedando-se a sua produção "com fins comerciais ou industriais e inclusive com fins de estudo, pesquisa ou experimentação".⁷⁵ De outra parte, uma das leis francesas que regula o assunto, datada de 29 de julho de 1994, estabelece que os embriões concebidos fora do corpo humano - e sempre nos limites da reprodução assistida - somente podem ser destruídos quando "deixam de responder a um projeto de procriação e não puderem ser acolhidos por outro casal".⁷⁶

⁷³ *Idem*, p.88

⁷⁴ Veelke DERCKX, Veelke, *op. cit.* pp.164-165.

⁷⁵ Mintier, Brigitte Feuillet-le, *op. cit.*, p. 147-148, referindo-se aos arts. L 2141-2/3/7/8 do CSPub.

⁷⁶ *Idem*, p. 149, art. 9º da lei.



ADI 3.510 / DF

Também na Alemanha, a "Lei de proteção do embrião" (*Embryonenschutzgesetz*), que "pretendeu refletir a opção da Constituição em favor da dignidade humana e da vida", conforme von Plattenberg, veda a fertilização de um oócito com fim outro que não o de possibilitar a gravidez da mulher do qual ele provém (§ 1,1), "razão pela qual estaria proibido produzir embriões excedentes".⁷⁷

No mesmo ciclo reprodutivo, continua, podem ser fecundados no máximo três oócitos para implantação (§ 1, 4, § 1,5), o que, na prática, eliminou o debate sobre os embriões "extranumerários", ao contrário do ocorrido em outros países.⁷⁸ Nesse sentido, informa que, no final de 2000, o registro oficial de fertilização *in vitro* acusava a existência de 71 embriões, dos quais, segundo foi comunicado ao governo alemão, no começo do ano seguinte, apenas 15, aproximadamente, eram "excedentes".⁷⁹

Na Espanha, ao contrário, a vagueza com que Lei 35/1988 tratou do tema ensejou uma superprodução de embriões, os quais acabaram sendo congelados em grande número, atingindo, segundo

⁷⁷ PLATTENBERG, Walter von, *op. cit.* p. 206.

⁷⁸ *Idem*, p. 206-207.

⁷⁹ *Idem*, p. 207.

ADI 3.510 / DF

algumas estimativas a cifra de 30 mil.⁸⁰ O governo espanhol, então, confrontado com um verdadeiro *fait accompli*, viu-se obrigado a editar a Lei 45/2003 para regular a matéria, limitando a três os óocitos que podem ser implantados na mulher, em um mesmo ciclo reprodutivo.

Na Exposição de Motivos dessa nova Lei, o Rei Juan Carlos I, interessadamente, fez consignar que os 15 anos de vigência do primeiro diploma legal que regulou a reprodução assistida, acabaram "dando lugar a situações de certa insegurança jurídica e a problemas de considerável dimensão ética e sanitária", dos quais a mais importante seria "a acumulação de um elevado número de pré-embriões humanos excedentes, cujo destino ainda está sem definição".⁸¹ Isso não obstante a alteração promovida no Código Penal Espanhol, em 1995, estabelecendo severas sanções, em seu art. 160, 2, para "aqueles que fecundem óvulos humanos com qualquer fim distinto da procriação humana".⁸²

⁸⁰ Cf. RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano, *op.cit.*, p. 233.

⁸¹ Extraído da Exposição de Motivos da Lei 45/2003, que faz expressa menção a trechos do informe da Comissão Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha, datado de 2000, dentre os quais destaco os seguintes: 1) "aunque, desde el punto de vista técnico, la disponibilidad de más preembriones (...) aumenta la posibilidad de procreación (...), no es menos cierto que el elevado número de preembriones congelados sugiere que frecuentemente no es necesario obtener tantos"; e 2) "no es deseable la acumulación de preembriones congelados, cuyo destino y posible utilización para la procreación puede provocar graves problemas de responsabilidad social".

⁸² "Artículo 160, 2. Serán castigados con pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a



ADI 3.510 / DF

Em seguida, outros diplomas foram promulgados na Espanha para aperfeiçoar ainda mais a disciplina da matéria, em especial os experimentos científicos com células embrionárias humanas, sendo a última delas a Lei 14/2007, que, no art. 33, 1, para dirimir eventuais dúvidas que porventura ainda pudessem subsistir, proibiu, em termos taxativos, a geração de pré-embriões e embriões humanos exclusivamente para pesquisa.⁸³

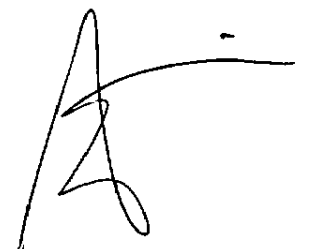
Na Alemanha, além do citado diploma normativo, editou-se, ainda, a "Lei das células-tronco" (*Stammzellgesetz*), inspirada, igualmente, na proteção da vida e no respeito ao princípio da dignidade humana (art. 1), que admite a importação de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa, sujeitando-a, embora, a diversas condições, dentre as quais a de que tenham sido "fruto de uma FIV realizada para uma gestação", além de exigir que haja certeza de que os embriões resultantes não seriam mais empregados para tal fim.⁸⁴

Da mesma maneira, na Suíça e no Canadá está proibida a produção de células embrionárias apenas para utilização em

10 años quienes fecunden óvulos humanos com cualquier fin distinto a la procreación humana."

⁸³ "Artículo 33, 1, Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente com fines de experimentación."

⁸⁴ Cf. PLATTENBERG, Walter von, op. cit. p. 210.



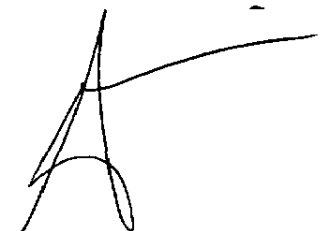
ADI 3.510 / DF

pesquisas, as quais somente podem valer-se daquelas que sobejam dos procedimentos de fecundação assistida, estando elas, ainda, submetidas a diversas restrições, tais como a prévia autorização das autoridades competentes e a anuência do casal doador.⁸⁵

No Brasil, o único diploma normativo que regula as técnicas de reprodução assistida *in vitro* é a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, a qual busca, segundo os seus *consideranda*, compatibilizar o "uso dessas técnicas com os princípios da ética médica".

O item I, 5, da Resolução proíbe "a fecundação de óocitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana". E o item I, 6, estabelece que o "número ideal de óocitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade". Daí conclui-se que, das técnicas de reprodução assistida devem resultar, num plano ideal, apenas os óocitos ou pré-embriões indispensáveis para que determinada paciente seja fecundada.

⁸⁵ ALLISON, Christine Rothmayr e L'ESPÉRANCE, Audrey. Courts and the Biotechnology Revolution: Policy-making in Canada, the USA and Switzerland. Trabalho apresentado em junho de 2006 na Conferência Anual da CPSA, realizada na Universidade de York, em Toronto, Canadá.



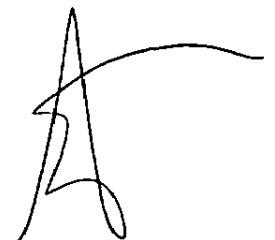
ADI 3.510 / DF

Outro aspecto digno de nota é que a Resolução somente faz alusão a "óocitos" e "pré-embriões", jamais mencionando "embriões", como o faz a Lei impugnada. Em outras palavras, o diploma normativo do CFM estabelece, ainda que implicitamente, um limite temporal para a manipulação do conceito,⁸⁶ de forma consentânea com a Embriologia, que distingue três fases evolutivas do ser humano em gestação: 1) um "período de divisão celular" ou "pré-embrionário", que abrange a primeira e segunda semana, após a fertilização; 2) um "período embrionário", que vai da segunda a oitava semana; 3) e um "período fetal", que se estende da nona à trigésima oitava semana.⁸⁷

Nesse sentido - e isso tem, a meu ver, importância crucial -, a Resolução do CFM estabelece taxativamente, no item VI, 3, o seguinte: "O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões *in vitro* será de 14 dias". É o que também estabelece a Lei espanhola 14/2006, que alterou a Lei 45/2005, acima mencionada, definindo o "pré-embrião" como aquele que resulta da fertilização *in vitro*, e que é constituído por um grupo de células

⁸⁶ COCHARD, Larry R., *op. cit.*, p. 43, explica que "concepto" significa: "Todos os produtos da fertilização, incluindo o embrião, âmnio, cório, saco vitelínico, alantóide e cordão umbilical".

⁸⁷ Cf. COCHARD, Larry R., *op. cit.*, p.21.



ADI 3.510 / DF

decorrentes da divisão progressiva do oócito até o 14º dia, a partir da fecundação.⁸⁸

Interessantemente, mesmo aqueles que defendem, com ardor, as pesquisas com embriões humanos concordam em limitar no tempo a sua manipulação, fixando o prazo máximo de duas semanas para a extração das células-tronco mediante a destruição dos respectivos invólucros externos, como se verificou das audiências públicas realizadas no STF.⁸⁹ É que, no início da terceira semana de desenvolvimento do oócito fertilizado, começa o "período embrionário" propriamente dito, "caracterizado pela formação da linha primitiva, da notocorda e de três camadas germinativas a partir das quais todos os tecidos e órgãos são formados".⁹⁰ Nesse momento, com efeito, inicia-se o processo de gastrulação,⁹¹ no qual se dá a "formação do sistema nervoso, do coração, da placenta, do cordão umbilical e do celoma intra-embrionário (cavidades corpóreas)".⁹²

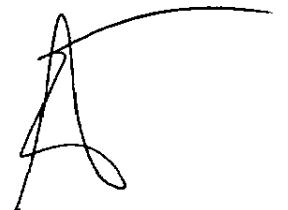
⁸⁸ "Artículo 1, 2 - A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovócito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde".

⁸⁹ Transcrição dos debates no STF, p. 9, *passim*.

⁹⁰ MOORE, Keith e PERSAUD, T.V.N., *op.cit.*, p. 51.

⁹¹ Segundo COCHARD, Larry R., *op. cit.*, p. 70, corresponde à "produção do mesoderma intra-embrionário na terceira semana que torna o disco embrionário bilaminar em um disco trilaminar (gástrula)".

⁹² Cf. COCHARD, Larry R., *op. cit.*, p. 57.

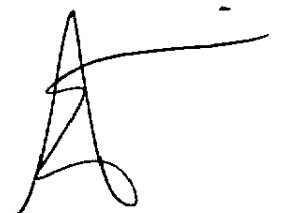


ADI 3.510 / DF

Ocorre que, a depender apenas do que dispõe a Lei de Biosegurança, a rigor, nada obsta que os embriões humanos sejam manipulados sem qualquer limite temporal. Com efeito, se a sobrevivência de embriões fora do corpo humano, para além de uns poucos dias, preservados em um meio de cultura apropriado, mostrar-se tecnicamente viável, a redação do art. 5º, *caput*, não obstará a extração de células-tronco em qualquer fase de seu desenvolvimento, ficando, até mesmo, franqueada a manipulação daqueles que, por qualquer motivo, tenham sido retirados ou expelidos do útero no qual foram implantados.

Penso, portanto, que, à luz da legislação comparada e, em especial, da Resolução do CFM sobre a reprodução assistida, que o art. 5º, *caput*, da Lei de Biosegurança precisa ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, compreendidos na acepção que lhes conferi acima.

Não se trata, evidentemente, de interpretar a norma impugnada com base no direito estrangeiro, ou com outra de hierarquia inferior, isto é, de confrontar uma lei em face de uma resolução, o que seria de flagrante atecnia. Cuida-se, ao contrário, de extrair, a partir da disciplina que o mundo civilizado e a corporação médica brasileira emprestam ao tema, o



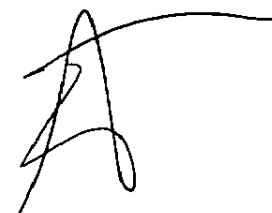
ADI 3.510 / DF

conteúdo ético-normativo dos comandos constitucionais que regem a espécie, em particular o constante do art. 226, § 6º, da Carta Magna, o qual estabelece que o **planejamento familiar**, arrima-se "nos princípios da **dignidade humana** e da **paternidade responsável**" (grifei).

11. SIGNIFICADO DE "INVIABILIDADE" DOS EMBRIÕES

Outro aspecto relevante para o exame da constitucionalidade da norma impugnada é a total indeterminação do conceito de "inviável", que figura no inciso I do art. 5º da Lei de Biosegurança, a partir do qual será definido o destino do embrião gerado *in vitro*. Com efeito, a redação do referido dispositivo permite que lhe seja conferida a mais elástica das interpretações, ao arbítrio do médico, do biólogo, do geneticista ou mesmo do técnico de laboratório encarregado da realização do diagnóstico pré-implantacional.

A título de confronto, ressalto que a *Stammzellgesetz* alemã é muito rigorosa no tocante ao critério de aproveitamento dos embriões para as pesquisas, vedando o seu uso caso tenham "sido descartados por razões inerentes às células-tronco", como



ADI 3.510 / DF

por doenças, pretendendo-se, com isso, "rejeitar todo o apoio a PID" - diagnóstico pré-implantacional - "ou qualquer vontade eugênica".⁹³ É que, como explica von Plattenberg, o tema suscita "profundas emoções", porquanto a experimentação com células-tronco e o diagnóstico pré-implantacional "exemplificam um perigo de 'criação seletiva' (genética), de eugenia, na qual o homem coloca-se a si mesmo à disposição para a suposta melhoria de sua espécie por meios técnicos".⁹⁴

Na Espanha, por sua vez, a Comissão Nacional de Reprodução Assistida, no já citado relatório de 2000,⁹⁵ estabeleceu que "o significado de 'não-viável' aplicado aos embriões é de índole biológica, no sentido de que não sejam aptos para iniciar ou continuar o processo de divisão celular".⁹⁶

É a mesma conclusão a que chega o acima mencionado José Miguel Ruiz-Calderón, o qual afirma que "não podem ser considerados legalmente inviáveis os embriões crioconservados que por diversos motivos ou circunstâncias pessoais ou sociais relacionados aos progenitores não podem ser destinados à reprodução (inviabilidade funcional), pois seria contrário ao

⁹³ *Idem, loc.cit.*

⁹⁴ Cf. PLATTENBERG, Walter von, *op. cit.*, p. 214.

⁹⁵ V. nota de rodapé nº 81.

⁹⁶ Cf. RUIZ-CALDERÓN, José Miguel, *op. cit.*, p. 230.



ADI 3.510 / DF

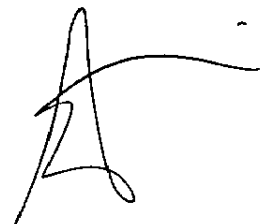
espírito e à letra da lei, independentemente do juízo que mereça essa consideração". Também não se mostra admissível, diz ele, deixar a definição de inviabilidade ao alvedrio exclusivo do pesquisador, permitindo que decida livremente sobre a possibilidade de o embrião continuar ou não o seu desenvolvimento no meio adequado, porquanto isso "tornaria supérflua a limitação protetora da lei".⁹⁷

Já na França, embora o diagnóstico pré-natal e o pré-implantacional sejam lícitos, este último sofre rigorosa restrição, uma vez que é admitido "apenas se um médico certifica que o casal, por sua situação familiar, tem grandes probabilidades de procriar um filho vítima de uma doença genética especialmente grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico".⁹⁸

Com efeito, não obstante constitua o diagnóstico pré-implantacional um valioso instrumento para detectar a presença de anomalias genéticas ou a possibilidade de desenvolvimento de moléstias graves, incuráveis, que podem comprometer o embrião durante a gestação ou mesmo após o seu nascimento, trata-se de uma metodologia que suscita inúmeros questionamentos éticos e jurídicos, pois, como adverte Renata da Rocha, "tem-se verificado

⁹⁷ *Idem*, pp. 229-230.

⁹⁸ Cf. MINTIER, Brigitte Feillet-le, *op. cit.*, p.148, arts. L 1231-1/5 do CSPub.



ADI 3.510 / DF

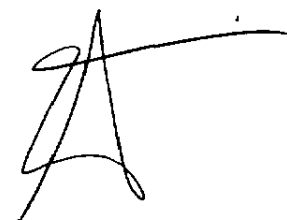
que tal prática vem sendo utilizada como um meio para a escolha de determinados traços genéticos, como por exemplo, a escolha do sexo do bebê, a cor de sua pele, o seu coeficiente intelectual, entre outros atributos".⁹⁹

Essa técnica permite que sejam descartados, isto é, deixem de ser implantados no útero receptor e tenham outro destino, não apenas os embriões considerados anormais ou defeituosos, mas também aqueles tidos como indesejáveis por razões de preferência, de caráter absolutamente subjetivo, seja da equipe médica, seja dos genitores.

Por isso, mostra-se válida a preocupação externada por Stella Maris Martínez, a qual chama atenção para o perigo representado pela possibilidade de estabelecer-se uma espécie de **"controle de qualidade"** dos embriões, **incompatível com o Estado Democrático de Direito**, cujo cerne é o respeito à dignidade humana, **"que impede taxativamente todo tipo de discriminação"** (grifei).¹⁰⁰

⁹⁹ ROCHA, Renata da. *O Direito à vida e a pesquisa com células-tronco: limites éticos e jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 52.

¹⁰⁰ Apud ROCHA, Renata da, *op.cit*, *loc.cit*.

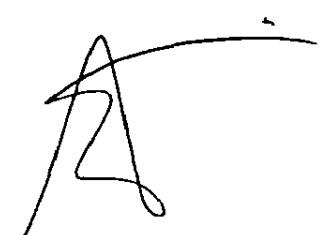


ADI 3.510 / DF

Pelos mesmos motivos é que a supra referida Convenção dos Direitos do Homem e da Biomedicina do Conselho da Europa proíbe, no art. 11, qualquer forma de discriminação decorrente do patrimônio genético de uma pessoa. Também a Declaração Universal sobre o Genoma Humano é taxativa nesse sentido, ao estampar, no art. 6, que "*ninguém poderá ser discriminado com base em suas características genéticas de forma que viole ou tenha o efeito de violar os direitos humanos, as liberdades fundamentais e a dignidade humana*".

Atento a essas questões, o Congresso dos Estados Unidos acaba de aprovar o *Genetic Information Nondiscrimination Act*, que proíbe a discriminação de pessoas, com base em seus dados genéticos pelos empregadores ou por parte das seguradoras. Na exposição de motivos, o novo diploma legal consigna que, atualmente, algumas anomalias genéticas são associadas a determinados grupos raciais ou étnicos, sabendo-se também que certos indivíduos, em virtude da conformação de seus genes, estão mais propensos a desenvolver dadas enfermidades, ensejando eventual discriminação ou estigmatização por aqueles que detêm tais informações.¹⁰¹

¹⁰¹ Cf. <<http://www.congress.org/congressorg/headlines.tt#news2>>. Acesso em 01/05/08.

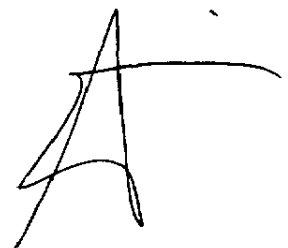


ADI 3.510 / DF

Entre nós, a disciplina desse importantíssimo aspecto da Lei de Biosegurança foi relegado a um mero decreto, complementado por instruções normativas das autoridades sanitárias, regras, por definição, mutáveis *ad libitum* de seus editores, sem qualquer intervenção dos representantes da cidadania congregados no Parlamento. Mesmo assim, cumpre registrar que o Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005, em seu art. 3º, XIII, o qual regulamenta dispositivos da Lei 11.105/2005, prudentemente, define os "embriões inviáveis" como "aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiverem seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior de vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião".

12. CRITÉRIOS PARA O USO DE EMBRIÕES CRIOPRESERVADOS

O inciso II do art. 5º também apresenta problemas do ponto de vista de sua constitucionalidade, em especial quando examinado sob o prisma do princípio da isonomia, estampado no art. 5º, II, da Carta Magna, o qual se arrima no postulado da dignidade da pessoa humana e tem como uma de suas vertentes o axioma da não-



ADI 3.510 / DF

discriminação. Sua interpretação há de fazer-se no sentido que lhe dá Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, o de um comando que determina que haja "uma correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado".¹⁰²

Mais especificamente, "se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir 'correlação lógica' entre o fator de *discrímen* tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou - o que ainda seria mais flagrante - se nem ao menos houvesse um fator de *discrímen* identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade".¹⁰³

Na mesma linha, ensina Canotilho que "o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária", explicitando que há "uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica: a) não se basear num fundamento sério; b) não tiver um sentido legítimo; e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável".¹⁰⁴

¹⁰² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Compostura jurídica do Princípio de Igualdade*. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 3, n. 11, jan./mar. 2003, p. 27.

¹⁰³ *Idem*, p. 24.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 577.

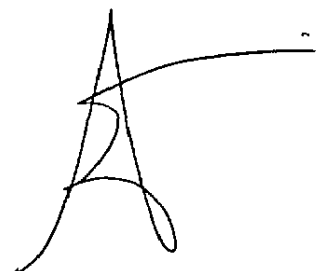


ADI 3.510 / DF

No caso sob exame, o discrimem empregado pelo legislador, para permitir a destruição de embriões a partir dos três anos de congelamento afigura-se infundado, sem sentido e destituído de justificativa razoável, pois não há qualquer explicação lógica para conferir-se tratamento diferenciado aos embriões tendo em conta apenas os distintos estágios de criopreservação em que se encontram.

Cuida-se, *data venia*, de uma decisão arbitrária que, como tal, repugna ao Direito. Com efeito, a explicação que se colhe da resposta a essa questão, apresentada no debate público levado a efeito nesta Suprema Corte, a saber, a de que tal prazo nada teria a ver com a viabilidade dos embriões, mas constitui, apenas, um lapso temporal para que o *"casal tenha certeza se, porventura, quiser doar aqueles embriões para pesquisa"*.¹⁰⁵ Tal motivação, ao que consta, acolhida pelos legisladores, apequena-se e deslegitima-se ante a informação de cientistas segundo a qual embriões com muito mais tempo de congelamento, até mesmo após treze anos de criopreservação teriam logrado sobreviver hígidos e

¹⁰⁵ Transcrição dos debates no STF, pp. 113 e 219-220.



ADI 3.510 / DF

se transformado em crianças saudáveis, depois de sua implantação no útero receptor.¹⁰⁶

Essa seríssima preocupação encontra guarida no item V, 2, da Resolução do CFM, que é taxativo ao estabelecer que 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**" (grifei).

A propósito, em profundo e abrangente estudo sobre o tema, que veio a lume em dezembro de 2005, a Comissão de Bioética de Rheinland-Pfaltz, do Ministério da Justiça daquela unidade da Federação alemã, recomendou aos legisladores que garantissem aos embriões, que não pudessem ser implantados no útero das respectivas mães genéticas, ou seja, aos extranumerários, como alternativa preferencial à sua destruição, a "chance de sobreviverem no corpo de uma mulher" que se disponha a adotá-los.¹⁰⁷

¹⁰⁶ *Idem*, p. 223.

¹⁰⁷ *Fortplanzungsmedizin und Embryonenschutz: Medizinische, ethische und rechtliche Gesichtspunkte zum Revisionsbedarf von Embryonenschutz und Stammzellgesetz*. Bericht der Bioethik-Kommission des Landes Rheinland-Pfaltz vom 12 Dezember 2005, pp. 54 (These 4) e 112 (Empfehlung 5).



ADI 3.510 / DF

O critério para a utilização de embriões criopreservados em pesquisas, pois, há de compatibilizar-se com a definição de "inviabilidade" acima proposta. Quer dizer, enquanto tiverem potencial de vida ou, por outra, enquanto for possível implantá-los no útero da mãe de que provieram os oócitos fertilizados ou no ventre de mulheres inférteis para as quais possam ser doados, a destruição de embriões congelados, a meu sentir, afigura-se contrária aos valores fundantes da ordem constitucional. Quem deu azo à produção de embriões excedentes, assepticamente denominados de "extranumerários", há de arcar com o ônus não só moral e jurídico, mas também econômico, quando for o caso, de preservá-los, até que se revelem inviáveis para a implantação *in anima nobile*.

Nesse aspecto, causa espécie, do ponto de vista ético, a lógica de cunho puramente voluntarista existente por detrás da resposta oferecida à pergunta por mim formulada, quando da audiência pública realizada nesta Suprema Corte, no tocante ao destino dos embriões congelados, segundo a qual sua utilização nas pesquisas estaria sujeita ao exclusivo alvedrio dos assim chamados "genitores".¹⁰⁸ O pragmatismo extremado de que se reveste tal solução parece-me deveras assustador. Lembro, a propósito, a

¹⁰⁸ Transcrição dos debates no STF, p. 219.



ADI 3.510 / DF

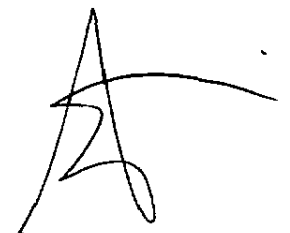
observação de Horkheimer acima transcrita, para quem a ciência que entroniza a práxis, separando o pensamento da ação, "já renunciou à humanidade".

Aliás, esse tipo de ética, fundada em critérios de utilidade, que avalia a conduta humana com base apenas em seus resultados, foi superiormente refutada por Kant, já no século XVIII, ao argumento de que "o valor moral de uma ação não reside no efeito que dela se espera", mas num "bem supremo e incondicionado" para o qual a vontade de um ser racional deve convergir.¹⁰⁹ Isso porque, para o filósofo de Königsberg, a utilidade constitui um predicado das coisas e não do homem, que existe como um fim em si mesmo, razão pela qual é defeso subordiná-lo, como simples meio, ao arbítrio de quem quer que seja.¹¹⁰

Cumprе registrar, por oportuno, que alguns estudos recentes apontam para a possibilidade de extrair-se uma ou duas células dos zigotos produzidos *in vitro*, para a obtenção de células-tronco, sem danificá-los ou com um risco mínimo de que isso aconteça, à semelhança do que ocorre com o diagnóstico pré-

¹⁰⁹ Cf. KANT, Immanuel. *Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals*. New York: Dover Publications, 2005, p.17.

¹¹⁰ *Idem*, pp. 27 e segs.



ADI 3.510 / DF

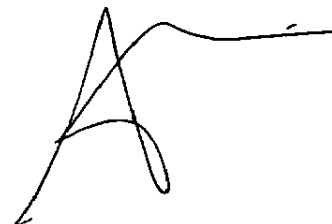
implantacional.¹¹¹ Caso tal método se revele efetivamente viável, nada impede seja ele empregado em experimentos voltados à cura de doenças, desde que observados os parâmetros éticos e legais pertinentes.

13. NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO LIVRE E INFORMADO

Também não se mostra compatível, a meu ver, com o postulado da dignidade humana, o mero consentimento, a simples anuência, dos genitores, isto é, dos cedentes de material genético, a que se refere o § 1º do art. 5º, desacompanhada de maiores esclarecimentos e formalidades, para viabilizar a realização de pesquisas com células embrionárias.

Isso porque, atualmente, as regras deontológicas que regem os experimentos com pessoas, universalmente adotadas, baseiam-se na doutrina do "consentimento livre e informado", em atenção aos princípios da liberdade e da autonomia humanas, o qual deve ser exteriorizado, prévia e expressamente, por todos aqueles que se submetem a cirurgias e procedimentos de risco ou experimentais, que sejam doadores de órgãos e de tecidos, ou que

¹¹¹<http://www.nature.com/stemcells/2007/0706/070614/full/stemcells.2007.28.html>>. Acesso em 12/05/08.



ADI 3.510 / DF

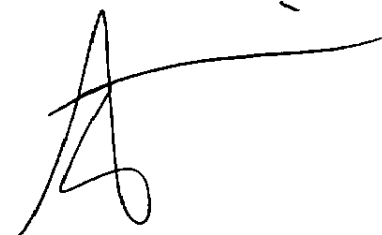
se sujeitam a pesquisas científicas.¹¹² Não basta, pois, para esse efeito, um trivial "sim", um banal "de acordo" ou um singelo "xis", que alguns logravam - e ainda logram - extorquir dos ágrafos, semiletrados ou hiposuficientes de outra natureza para fraudar-lhes a vontade.

Aliás, em se tratando de experimentos médicos de vanguarda, observa Henning Rosenau, o dever de informar há de ser ainda mais abrangente do que no caso de terapias padronizadas, visto que *"implicam um risco ampliado cuja natureza e extensão pode não ser claramente compreendido a seu tempo"*.¹¹³

É preciso que a pessoa da qual se pretende obter o consentimento esteja ciente e consciente de todas as conseqüências éticas, jurídicas, sociais e materiais que dele decorrerão, bem como das possíveis alternativas, além de estar absolutamente livre de quaisquer constrangimentos, sejam eles físicos, morais, psicológicos ou econômicos. E mais: cumpre que o consentimento possa ser retirado ou reformulado a qualquer tempo, sem nenhuma conseqüência para quem o deu.

¹¹² ROSENAU, Henning. Legal Prerequisites for Clinical Trials under the Revised Declaration of Helsinki and the European Convention on Human Rights. In: *European Journal of Health Law* 7: 105-121, 2000.

¹¹³ *Idem*, p. 108.

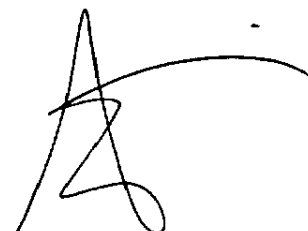


ADI 3.510 / DF

É o que dispõe o art. 16, 2, da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, *verbis*: "A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre, expesso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem acarretar qualquer desvantagem ou preconceito".

As questões envolvidas no consentimento, em se tratando de células embrionárias humanas, como é evidente, não são simples. Veja-se o que dispõe, nesse sentido, a Resolução do CFM, no item V, 3, sobre o tema: "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros deverão expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimentos de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los".

É preciso, portanto, informar aos doadores de material genético, com precisão e lealdade, acerca do que ocorrerá com os embriões destinados às pesquisas, bem como as possíveis alternativas à sua destruição, inclusive a possibilidade de sua



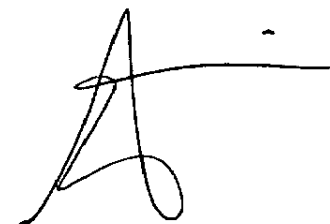
ADI 3.510 / DF

doação a casais inférteis. Russel Korobkin, insuspeito defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, inclusive entende que os pesquisadores devem revelar eventuais interesses financeiros envolvidos nos experimentos que desenvolvem.¹¹⁴ Tais esclarecimentos por parte de médicos, pesquisadores, instituições e serviços de saúde, assim como a anuência dos genitores a que se refere a Lei sob exame deverão ser exteriorizados sempre de maneira explícita e mediante ato formal.

14. INDEPENDÊNCIA E PLURALISMO DOS COMITÊS DE ÉTICA

Não se mostra, também, segundo penso, conveniente e nem jurídico, permitir que projetos de pesquisa e de terapia com células-tronco embrionárias humanas sejam exclusivamente aprovadas pelos comitês de ética das próprias instituições e serviços de saúde responsáveis por sua realização, a teor do que sugere o § 2º do art. 5º, aqui atacado. É que, seja-me permitido o recurso a uma conhecida parêmia romana - e com o devido respeito que os cientistas merecem -, *lupus non curat numerum ovium*.

¹¹⁴ *Op.cit.*, p. 165: "(...) a proper understanding of the autonomy principle underlying the doctrine of informed consent requires that they disclose their incentives to potential subjects so that those individuals may incorporate that information into their decision making process".



ADI 3.510 / DF

Caso prevaleça essa orientação, de muito pouca valia serão, à evidência, as recomendações exaradas na Resolução 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, para regular as atividades dos "comitês de ética" de um sem-número de clínicas de fertilização assistida e "institutos de pesquisa" que proliferarão no País, dentre os quais sobressairão apenas alguns poucos de indisputada idoneidade, ligados a universidades e instituições médicas de maior renome.

Como se viu acima, nos países desenvolvidos, as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas são rigorosamente controladas pelas autoridades. Nesse sentido, acrescento que, no Reino Unido, o *Human Fertilization and Embriology Act* admite as pesquisas com embriões, subordinado-as, todavia, a severos controles. Segundo a lei britânica, qualquer projeto que envolva a criação, o uso ou a conservação de embriões humanos criados por fertilização *in vitro* tem de ser autorizado pela *Human Fertilization and Embriology Authority*, constituindo delito, punido com pena de até dez anos de prisão, a realização de experimentos sem as devida permissão.¹¹⁵

¹¹⁵ Cf. PLOMER, Aurora. Direito, ética e política em relação à pesquisa com células-tronco no Reino Unido e nos Estados Unidos. In: MARTÍNEZ, Julio Luis, *op. cit.*, p. 128.



ADI 3.510 / DF

A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos de seu turno, cujos preceitos, como já se disse, o Brasil está obrigado a observar, no tocante à tomada de decisões nesse campo, estabelece, no art. 18, c que é preciso "*promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes*".

E, especificamente, quanto aos comitês de ética, consigna, no art. 19, que estes precisam ser "independentes, multidisciplinares e pluralistas". Ademais, devem "**ser instituídos, mantidos e apoiados em nível adequado**, com o fim de: i) avaliar questões éticas, legais, científicas e sociais relacionadas a projetos de pesquisa envolvendo seres humanos; ii) prestar aconselhamento sobre problemas éticos em situações clínicas; iii) avaliar os desenvolvimentos científicos e tecnológicos, formular recomendações e contribuir para a elaboração de diretrizes (...); iv) promover o debate, a educação, a conscientização do público e o engajamento com a bioética" (grifei).

Da experiência do direito comparado e da legislação internacional, segue-se que não é razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a horizontal line extending to the right.

ADI 3.510 / DF

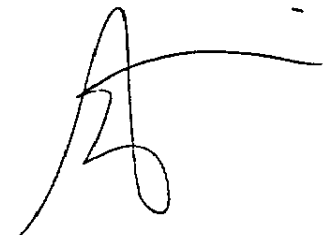
decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade.

15. PARTE DISPOSITIVA DO VOTO

Em face de todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra:

i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;

ii) inc. I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período



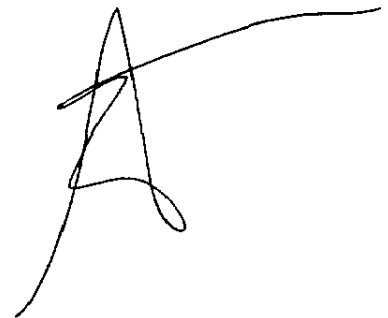
ADI 3.510 / DF

superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;

iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;

iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado;

v) § 2º do art. 5º: 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 dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right.

Supremo Tribunal Federal

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: Acompanhei atentamente a leitura do voto do relator e, agora, o voto do Ministro Carlos Alberto Direito, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Lewandowski. O espaço de tempo que passou desde o voto do Ministro Carlos Britto permitiu-nos ponderar prudentemente argumentos, bem assim o acesso a textos e esclarecimentos isentos de emoção. O pedido de vista feito pelo Ministro Carlos Alberto Direito foi sábio. Sem esse espaço de tempo, necessário ao exercício da reflexão própria à *phronesis* (φρόνησις), eu não teria logrado alinhar as razões que conformam o voto que passo a formular.

O tempo é indispensável ao exercício da prudência, ainda que isso cause transtorno aos interessados mais estouvados. Consumiremos, na prolação de nossos votos, as horas necessárias ao correto desempenho do nosso ofício. Nobre ofício, em especial quando diante de matéria dotada de complexidade, qual a de que ora cogitamos. Não há nem deve haver limitação de tempo para a prolação de nossos votos. Estou certo de que falo, neste momento, por toda a Corte, que aqui está para prestar acatamento à Constituição, não à comodidade dos interessados.

Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete 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*.

Forças sociais manifestaram-se intensamente --- de modo mesmo impertinente, algumas delas --- em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei n. 11.105 não opõe ciência e religião, porém religião e religião. Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fossemos parvos. Como todas as academias de ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a deliberar. Mesmo porque, a imaginar que as impedíssemos, estaríamos a opor obstáculo à cura imediata de doenças. A promessa é de que, declarada a constitucionalidade dos preceitos ora sindicados, algumas semanas ou meses após todas as curas serão logradas. Típica indução a erro mediante artifício retórico.

É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso. Nem seria preciso, no exercício da prudência que nos cabe, levantarmos o véu que algo oculta sob o discurso que se diz ser científico. Quais interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o biopoder? Há um tom críptico nessas expansões [e faço uso aqui do vocábulo com toda a sua carga de ambigüidade] que cumpre afastarmos.

À amplitude do mercado no âmbito do qual tais interesses predominam referiu-se há pouco o Ministro Ricardo Lewandowski. Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele --- não obstante, é verdade, as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento --- é o mercado.

2. A esta Corte incumbe, no caso, controlar a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05. Estamos preparados para decidir a esse respeito. A decisão que vier a ser aqui afirmada será conformada pelas pré-compreensões de cada um dos seus membros, pois a compreensão escapa ao âmbito da ciência. O compreender é algo existencial, consubstanciando experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é um "objeto" que não pode ser conhecido independentemente de um "sujeito". O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico. Decidiremos sob sentimentos herdados da nossa história pessoal, sentimentos éticos e, mais ainda, em cada um de modo diverso, de ordem religiosa (para afirmar ou negar). Porém a fundamentação da decisão contemplada em cada voto será literalmente jurídica. Sopitamos as expansões de infalibilidade, atentos às observações de Gadamer: toda interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, orientando seu olhar "à coisa mesma" (que para o filólogo são textos com sentido, que por sua vez tratam de coisas); o deixar-se determinar pela coisa mesma é, assim, "a tarefa primeira, constante e última" do intérprete.

Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada, especialmente as

criptoeconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o *direito à vida* e a *dignidade da pessoa humana* [arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da Constituição do Brasil].

3. O artigo 1º da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas¹ estabelece que “[a]s pessoas considerão-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes-conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”².

O novo Código Civil brasileiro define, em seu artigo 2º, que “[a] personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A proteção ao nascituro era já assegurada pelo direito justinianeu. No Brasil, prevista nas Ordenações Filipinas³ e Afonsinas⁴, foi definitiva e expressamente consagrada no art. 4º do Código Civil de 1.916. Recorro a Clóvis⁵:

“Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa”.

¹ Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1.957.

² Reproduzo a ortografia do original.

³ Livro III, Título 18, § 7.

⁴ Livro III, Título 36, § 7.

⁵ Citado por CARVALHO SANTOS, in Código Civil brasileiro interpretado, cit., pág. 246.

O nascituro não apenas é protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é também titular de direitos adquiridos. Diz Pontes de Miranda⁶:

"No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja".

Os nascituros podem receber doações [art. 542 do Código Civil], figurar em disposições testamentárias [art.1.799 do Código Civil] e mesmo ser adotados [art. 1.621 do Código Civil].

4. A ele assegurados direitos, não tenho dúvida em afirmar que o nascituro --- vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno --- é pessoa. Como está no artigo 16 do *Esboço* de Teixeira de Freitas⁷, "todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas". A capacidade de exercício de direitos que lhe respeitam enquanto personalidade jurídica apenas está sujeita à condição suspensiva do nascimento, de modo que, qual se lê em um texto de Cristiane Avancini Alves⁸, o vocábulo *pessoa*, presente no artigo 2º do Código Civil, denota ser *humano*. O nascituro --- vale dizer, o embrião --- faz parte do gênero humano. Recomende-se aos publicistas que não transitam pelo direito privado também a leitura, v. g., do artigo 1.798 do Código Civil: "[l]egitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão".

O embrião --- insisto neste ponto --- faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o

⁶ Tratado de direito privado, tomo I, Campinas, Bookseller, 1.999, p. 234.

⁷ Código Civil - Esboço, Ministério da Justiça, Brasília, 1.983, pág. 9.

⁸ Embrião humano: proposição de um estatuto jurídico no direito privado brasileiro, in Novos direitos, Mauro Nicolau Júnior [org.], Juruá, Curitiba, 2.007, pp. 80 e SS.



direito à vida. A autonomia do embrião manifesta-se de maneira especial, na medida em que sua única opção é nascer. Mas é autonomia. Há, no aborto, destruição da vida.

5. Bastam as razões que acabo de alinhar para encaminhar a conclusão de que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Não tenho a menor dúvida: a pesquisa em e com embriões humanos e conseqüente destruição afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Temo, contudo, que essas razões não conduzam à convicção de que os textos normativos objeto da presente ação direta sejam inconstitucionais.

Explico-me.

6. O nome *embrião* conota, no contexto da frase que acabo de pronunciar --- "a pesquisa em e com embriões humanos afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana" --- um ser em processo de desenvolvimento vital, vale dizer, um ser vivente, vida, movimento. Sucede que esse mesmo nome, *embrião*, poderá, em diversos contextos, estar a conotar outros significados, pois as palavras são potencialmente ambíguas e imprecisas.

É que as linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de *símbolos convencionais*, isso importando em não exista nenhuma relação necessária entre as *palavras* (de um lado) e os *objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos* (de outro) em relação aos quais as palavras cumprem suas múltiplas funções. Há mais de vinte

anos⁹ venho referindo, para exemplificar, o que diz Shakespeare, na voz poética de Julieta: "*What's in a name? That which we call a rose / by any other name would smell as sweet*"¹⁰. *Nomina non sunt consequentia rerum*, de modo que a mesma palavra conota, em contextos diversos, sentidos distintos. O significado de cada uma delas há de ser discernido sempre no quadro do jogo de linguagem no qual elas apareçam. Dizendo-o de outro modo, no seu contexto de uso.

7. O vocábulo *embrião* aponta, em estado de dicionário, ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intra-uterino. Não obstante, nada impede dele se lance mão com menor precisão, deliberadamente ou não de forma imprecisa, ou em sentido figurativo.

No contexto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, *embrião* é óvulo fecundado fora de um útero. A partir desses óvulos fecundados --- fertilizados --- *in vitro* é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito leal.

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 de que 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

⁹ Vide meu Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, pág. 57. Retomei o exemplo em meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.006, pág. 222.

¹⁰ Ato II, cena II.

abrigado em um útero. A palavra grega *ethos* --- de onde provem, pelo latim, *ética* --- porta, entre outros sentidos, o de *estadia habitual, local familiar, morada*, como se pode ver no Dicionário Grego de Bailly¹¹. Daí diremos --- exercendo liberdade de imagem de que o filólogo não dispõe --- desde o ponto de vista da raiz do vocábulo *ética*, que o útero é a *morada da vida* e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá --- e só lá --- a necessária *estadia* da vida anterior ao nascimento.

8. Não há vida humana no *óvulo fecundado* fora de um 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.

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.

9. Dir-se-á ainda, por outro lado, que o *topos* da dignidade da pessoa humana pode ser tomado para afirmarmos coisas distintas, inclusive antagônicas. Mas uma delas seria assim: a utilização de *óvulo fecundado congelado* há mais de três anos, com a prévia autorização dos que viriam a serem pais do embrião que poderia dele decorrer, é adequada à afirmação da dignidade da pessoa humana na medida em que potencialmente permitirá a evolução dos métodos de tratamento médico do ser humano e o aprimoramento da sua qualidade de vida.

¹¹ Dictionnaire grec français, Hachette, Paris, ####.

10. A linha de raciocínio jurídico que venho desdobrando leva-me a concluir pela constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05.

Mas isso não se deve afirmar de modo singelo, sem qualquer outra consideração. Cumpre a esta Corte enfatizar a circunstância de pesquisa e terapia a que refere esse artigo 5º não poderem, em coerência com a Constituição, ser praticadas de modo irrestrito. A ela se impõe estabelecer alguns limites. Seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida [no aborto] e o que pode vir a ser a construção da vida [na pesquisa em torno das *células tronco*]. Essa construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse artigo 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição.

11. Não nos cabe senão o controle da constitucionalidade das leis. Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados. E também não nos cabe a censura do legislador, salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta.

O fato, no entanto, é que a amplitude da permissão veiculada pelos preceitos que se examina no bojo da presente ADI, permissão concedida sob mínimas reservas, incompatibiliza-a com o *bloco de constitucionalidade* delineado pelo Supremo Tribunal Federal no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição. Pois a Constituição

do Brasil não é apenas o conjunto/sistema de normas situado, na pirâmide de hierarquia das normas, imediatamente abaixo da norma fundamental. A Constituição do Brasil é a representação mais elevada, no plano do direito positivo, de uma ordem concreta anterior ao *direito posto* pelo Estado ----- ordem concreta que arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nomos*. Daí que o caráter aberto da ação direta de inconstitucionalidade nos autorizaria a declarar a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105 por afronta à totalidade normativa que a Constituição é ou, em outros termos, por agressão ao *bloco de constitucionalidade* ao qual linhas acima referi. O risco da manipulação genética, o temor de que estejamos próximos à completa reificação da vida posta à mercê dos desígnios e princípios sem princípios do mercado, isso nos conduziria à declaração dessa inconstitucionalidade.

12. Não é recomendável, contudo, que tais riscos sejam dessa forma combatidos. A prudência indica dê-se ao mal o tratamento a que Tomás de Aquino faz alusão na Segunda Parte da Segunda Parte, questão 10, artigo 11 da Suma Teológica¹², ao cuidar dos ritos dos infiéis:

"O governo humano deriva do governo divino e o deve imitar. Deus, porém, ainda que seja onipotente e sumamente bom, permite que aconteçam alguns males no universo, que poderia impedir, para que não suceda que, uma vez supressos, suprimam-se também grandes bens ou sigam-se males piores. Assim também no governo humano: os que governam toleram, com razão, certos males, para que alguns bens não sejam impedidos ou não sucedam males piores, como diz Agostinho: 'Suprime as meretrizes da sociedade humana e perturbarás tudo com a libidinagem'. Assim, pois, ainda que os infiéis pequem em seus ritos,

¹² Volume V, Edições Loyola, São Paulo, 2.004, pág. 173.

eles podem ser tolerados ou por causa do bem que deles provém ou por algum mal evitado”.

O “mal”, no caso --- e digo “mal” entre aspas --- esse “mal”, a amplitude da permissão veiculada pelo preceito legal, há de ser combatido mediante a prolação, por esta Corte, de decisão aditiva visando a superar a incompletude [o vocábulo está incorporado ao vernáculo] do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05.

Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente --- digo-o com as vênias de estilo, ainda que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo --- como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-o para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões.

Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:



[i] pesquisa e terapia mencionadas no *caput* do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º];

[ii] a "fertilização *in vitro*" referida no *caput* do artigo 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados;

[iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, *caput* --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.



28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, como já ficou amplamente assentado na sessão precedente e nesta sessão, discute-se, no presente caso, a permissão para a pesquisa científica a partir da utilização de células-tronco embrionárias, na forma estabelecida no art. 5º da lei de Biossegurança (lei federal 11.101/2005). Delimito assim a questão posta nos autos porque não vejo a discussão sob a perspectiva de uma eventual fixação por esta Corte do momento do início da vida.

Como ficou demonstrado nos autos e nos debates, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida. E creio que a eventual definição desse momento biológico, por si só, não seria suficiente para solucionar adequadamente a importante questão posta nos autos, que se restringe à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas no Brasil.

Com efeito, 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

ADI 3.510 / DF

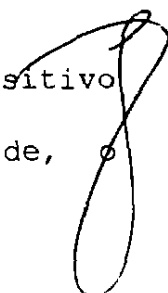
1988 é legítima. Em outras palavras, se a opção do legislador ordinário, consubstanciada no art. 5º da lei 11.105/2006, está ou não em consonância com os ditames da Constituição Federal.

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 fundamental.

Por essa razão, insisto, não é o caso de se tentar delimitar aqui quando a vida tem início. Cumpre, sim, verificar se a exceção à tutela ao direito à vida tal como disposta no art. 5º da lei 11.105/2006, ora atacado, atende aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

E a resposta, a meu sentir, é positiva.

Em primeiro lugar, no que se refere ao dispositivo objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o



ADI 3.510 / DF

objetivo da lei é bem claro: regulamentar a pesquisa científica que utiliza células-tronco embrionárias. Essa lei, conforme amplamente demonstrado nos autos e na audiência pública realizada em 2007 sobre o tema, foi fruto de debate social no âmbito próprio de discussão de questões dessa natureza que é o Congresso Nacional. Este, ao ponderar entre as várias faces de um mesmo direito - o direito à vida -, optou por aquela que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo com o desenvolvimento científico dentro de determinadas balizas.

Esclareço: a finalidade da lei foi regulamentar e permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Pesquisas, estas, que buscam tratamento e cura para inúmeras doenças hoje tidas por incuráveis. Há milhares de pessoas no Brasil que sofrem dessas doenças e que poderiam ter uma qualidade de vida melhor ou mesmo poderiam ter de volta sua saúde, se médicos e cientistas, através de pesquisas sérias, utilizando, também, células-tronco embrionárias, puderem ter a oportunidade de encontrar tratamentos eficazes para essas doenças.

Contudo, descobrir novas formas de tratamento exige trabalho árduo, dedicação, perseverança, enfim, exige tempo e recursos para pesquisa. A ciência não traz respostas rápidas. Entender o processo de formação do ser humano é tarefa hercúlea

ADI 3.510 / DF

a ser desenvolvida por grupos de todos os povos e em todos os lugares do mundo em prol de toda a humanidade. Os estudos existentes a respeito das células-tronco embrionárias e de sua potencialidade são recentes e, aparentemente, promissores.

Em outros termos, temos, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresse 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 referentes ao mesmo princípio - inviolabilidade da vida -, o legislador brasileiro deu primazia à 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.

Em segundo lugar, é importante que se diga, o dispositivo impugnado traz apenas uma permissão para que se utilizem células-tronco embrionárias, decorrentes de processos de fertilização *in vitro*, em pesquisas científicas. Trata-se, portanto, de uma faculdade outorgada por lei a todas as pessoas. E essa permissão legal é rigorosamente condicionada à conjugação

ADI 3.510 / DF

de três fatores: (1) que se trate de embrião inviável ou embrião congelado há mais de três anos; (2) que haja o consentimento expresso dos genitores; e (3) que a doação seja gratuita (proibição da venda de embriões). Ademais, o art. 24 da lei 11.105/2005 criminaliza a utilização de embriões humanos em desacordo com o que dispõe o artigo 5º da mesma lei, ora atacado.

Da análise do texto legal, portanto, resulta cristalino que não é todo e qualquer embrião que poderá ser objeto de pesquisa científica, assim como não há obrigação alguma a que os genitores doem os seus embriões para a pesquisa. E o mais importante: é terminantemente vedada a criação de embriões destinados à pesquisa.

Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, caput) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX).

Com efeito, como sabemos, com a instalação da República firmou-se entre nós a separação entre a Igreja e o

ADI 3.510 / DF

Estado, através do Decreto de 7 de janeiro de 1890 e, em seguida, com a Constituição de 1891. Na Constituição de 1988, o artigo 19, I estabelece que: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;"

Ademais, o artigo 5º, VI da Constituição de 1988 garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.

Assim, convivem em nossa sociedade os mais diversos credos e práticas religiosas. E todos os praticantes e seguidores das mais diversas religiões têm o direito de ver suas convicções religiosas respeitadas.

Por outro lado, e valendo-me das palavras de Daniel Sarmiento, entendo que "a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de 'autogoverno de uma esfera jurídica', e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão,

ADI 3.510 / DF

capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma idéia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no 'princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual'".

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro*, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se,

ADI 3.510 / DF

portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade.

A meu sentir, portanto, a regulamentação do uso das células-tronco embrionárias, mediante uma lei que preserva a autonomia privada, dentro de parâmetros objetivos pré-definidos, não padece do vício de inconstitucionalidade argüido. Muito pelo contrário, tendo em vista a gravidade da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas ou pesquisas de qualquer outra natureza, é imprescindível que o legislador estabeleça os parâmetros adequados à proteção da autonomia privada e ao desenvolvimento responsável da ciência no país, mediante mecanismos eficazes de fiscalização dessas pesquisas.

Nesse sentido, o dispositivo atacado concretiza o princípio da liberdade de expressão da atividade científica, que consiste, nas palavras de José Afonso da Silva, na *"atividade destinada a construir ciência, tomado o termo no sentido da disciplina do espírito que estabelece resultados e princípios rigorosos segundo as regras da causalidade, ou oposição à Arte, que executa suas criações sob o império da livre inspiração"*, e da *"disciplina do espírito que se infere num sistema de verdades gerais verificáveis (...) utilizando hipóteses como proposições provisoriamente necessárias para orientar as investigações"*¹.

ADI 3.510 / DF

Gostaria de lembrar, ainda, que muitos países vêm enfrentando ou já enfrentaram essa questão da pesquisa com células-tronco embrionárias.

A Inglaterra inicialmente regulamentou o tema através do **Human Fertilization and Embryology Act 1990 (Chapter 37)**, permitindo a pesquisa científica utilizando embriões com até 14 dias².

Na França, em 1994, o Conselho Constitucional foi chamado a apreciar a constitucionalidade da "Loi relative au respect du corps humain" e da "Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal", e considerou ambas compatíveis com a Constituição do país.

¹ Comentário Contextual à Constituição, p. 98-99

² *Activities governed by the Act*

3 Prohibitions in connection with embryos

(1) No person shall-

(a) bring about the creation of an embryo, or
(b) keep or use an embryo,

except in pursuance of a licence.

(2) No person shall place in a woman-

(a) a live embryo other than a human embryo, or
(b) any live gametes other than human gametes.

(3) A licence cannot authorise-

(a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak,
(b) placing an embryo in any animal,

(c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit its keeping or use, or

(d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo.

(4) For the purposes of subsection (3)(a) above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the period of 14 days beginning with the day when the gametes are mixed, not counting any time during which the embryo is stored.

A Espanha, através da lei 45/2003, que entrou em vigor em 2005, passou a permitir a doação de embriões excedentes para pesquisas científicas, desde que haja o consentimento dos genitores (Disposición final primera).

A Bélgica regulamentou o tema em 11 de maio de 2003, permitindo a pesquisa com embriões decorrentes de processos de fertilização *in vitro*, desde que a pesquisa tenha um objetivo terapêutico ou vise ao avanço dos conhecimentos em matéria de fertilidade, de esterilidade, "de greffes d'organe ou de tissus", de prevenção ou tratamento de doenças; que seja baseada nos mais recentes conhecimentos científicos e satisfaça às exigências de uma metodologia correta de pesquisa científica, que seja feita dentro de um laboratório ligado a um programa universitário de medicina reprodutiva ou genética humana e dentro de circunstâncias materiais e técnicas adaptadas; que seja realizada sob a supervisão de um médico especialista ou um doutor em ciências e por pessoas qualificadas; que seja realizada com embriões que tenham até 14 dias de desenvolvimento (período de congelamento não incluído) e que não exista outro método de pesquisa alternativa de eficácia comparável (art. 3º).

ADI 3.510 / DF

De todo modo, é proibida a criação de embriões *in vitro* para fins de pesquisa (art. 4º)³.

A Suíça também regulamentou o tema em 2003, através da "Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires - LRCS). Em seu artigo 3º, a lei proíbe a produção de embriões para fins de pesquisa.

Enfim, esses são apenas alguns exemplos, colhidos do direito comparado, que demonstram a preocupação dos países europeus com a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias. Vê-se que as legislações estrangeiras têm ao menos três pontos em comum: o primeiro, referente à obrigatoriedade de que os

³ Art. 3. La recherche sur les embryons *in vitro* est autorisée si toutes les conditions de la présente loi sont remplies et notamment si:

1º elle a un objectif thérapeutique ou vise l'avancement des connaissances en matière de fertilité, de stérilité, de greffes d'organe ou de tissus, de prévention ou de traitement de maladies.

2º elle est basée sur les connaissances scientifiques les plus récentes et satisfait aux exigences d'une méthodologie correcte de la recherche scientifique;

3º elle est effectuée dans un laboratoire agréé lié à un programme universitaire de soins de médecine reproductive ou de génétique humaine et dans les circonstances matérielles et techniques adaptées; la recherche décrite dans les programmes de soins de la médecine reproductive non universitaire ne peut être exécutée qu'après la conclusion d'une convention s'inscrivant dans un programme de soins de la médecine reproductive universitaire; cette convention prévoit que l'avis, tel que décrit à l'article 7, est rendu par le comité local d'éthique de l'institution universitaire;

4º elle est réalisée sous le contrôle d'un médecin spécialiste ou d'un docteur en sciences et par des personnes possédant les qualifications requises;

5º elle est exécutée sur un embryon au cours des 14 premiers jours du développement, période de congélation non incluse;

6º il n'existe pas de méthode de recherche alternative ayant une efficacité comparable;

Art. 4. § 1^{er}. La constitution des embryons *in vitro* à des fins de recherche est interdite, sauf si l'objectif de la recherche ne peut être atteint par la recherche sur les embryons surnuméraires et pour autant que les conditions de la présente loi soient remplies.

ADI 3.510 / DF

embriões sejam utilizados em pesquisas que visem ao bem-comum; o segundo, que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, o que, em outras palavras, significa a proibição de que sejam criados embriões para este fim; e, por último, que haja o consentimento expresso dos genitores.

Nessa ordem de idéias, parece-me que a legislação brasileira segue os critérios mínimos que têm sido exigidos por outros países que permitem a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias.

Ademais, creio que a existência de autorização expressa para pesquisa em diversos países no mundo certamente nos levará, mais cedo ou mais tarde, a outro dilema ético: se o Brasil proibir a pesquisa com essas células-tronco poderemos futuramente admitir que os tratamentos derivados de pesquisas feitas em outros países sejam aplicados no país? Em outras palavras, não aceitaremos que os embriões brasileiros, dentro dos limites objetivos fixados na lei de biossegurança, sejam objeto de pesquisa no país por ofensa ao direito à vida, mas aceitaremos, no futuro, os tratamentos que podem beneficiar milhares de pessoas decorrentes de pesquisas feitas com embriões de outras nacionalidades?

Por fim, julgo importante fazer uma última observação lateral. A pesquisa envolvendo seres humanos, sejam eles embriões, fetos, bebês, crianças, adultos ou idosos, deve ser pautada pelos mais rigorosos critérios, tanto no momento em que a pesquisa é autorizada como durante o desenvolvimento dos trabalhos. No direito comparado, o papel de fiscalização das pesquisas com seres humanos é desempenhado com qualidade pelos Comitês ou Conselhos de Bioética, órgãos multidisciplinares, compostos por diversos integrantes da sociedade, cuja missão é avaliar, autorizar e fiscalizar as pesquisas envolvendo seres humanos. Sem um Conselho ou Comitê sério e responsável, comprometido com a preservação da sociedade e o desenvolvimento da ciência, corre-se o risco da banalização da pesquisa envolvendo seres humanos.

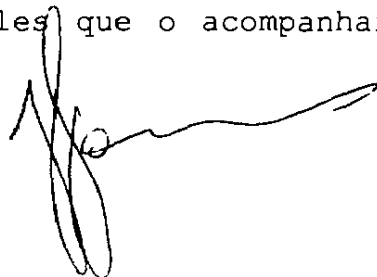
Vivemos um momento histórico da mais ampla significação, e não digo isso apenas em relação a este julgamento. De fato, a evolução da humanidade, em seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos outrora construídos sobre teorias filosóficas, teológicas e científicas fundamentadas numa visão de mundo (e de ser humano) agora aparentemente ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento.

ADI 3.510 / DF

Assim, o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país. A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade.

Essa Corte, em de seu papel de guardião da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais, tem o dever de proteger a democracia, a liberdade de crença religiosa e a liberdade de investigação científica. A meu sentir, pedindo vênias aos que pensam de maneira diferente, creio que a permissão para a pesquisa científica, tal como disposta na lei ora atacada, não padece de inconstitucionalidade.

Do exposto, senhor Presidente, acompanho o brilhante voto do ministro Relator e daqueles que o acompanharam e julgo totalmente improcedente o pedido.



28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALVOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: 1. Está a Corte diante da delicada e grave tarefa de decidir se deve mantida, à luz da Constituição da República, a autorização, dada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, no art. 5º e §§, para fins de pesquisa e terapia, sob determinadas condições, ao uso de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*.

Alega a demandante, a Procuradoria-Geral da República, em substância, que tal autorização violaria o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, objetos respectivos do art. 5º, *caput*, e do art. 1º, inc. III, da Constituição Federal.

A gravidade e a delicadeza da tarefa vêm, não apenas da já em si algo complexa questão jurídico-constitucional da causa, mas também do conflito, que lhe subjaz, de opiniões sobre os progressos e expectativas da engenharia genética e das técnicas de fertilização artificial, de um lado, e, de outro, das justas inquietações que, despertando a temática em relação à dignidade da pessoa humana e ao futuro da humanidade, evocam, como



ADI 3.510 / DF

paradigma perturbador do potencial escatológico da tecnologia,¹ os rumos dramáticos em que se transviaram os estudos sobre a fissão nuclear. E conflito exacerbado, senão deturpado em boa medida, pelo contraste de posições que, cada uma a seu feitio, não conseguem desvencilhar-se da forte carga de irracionalidade sobre assunto que toca as profundezas mais obscuras do psiquismo e do espírito humano.

I. Refutação dos argumentos impertinentes.

2. Antes de entrar a expor meu pensamento sobre a questão central da causa, gostaria de, não apenas por intuitiva necessidade de método e de coerência lógico-jurídica, senão também em homenagem a todos os ilustres interlocutores deste nobre diálogo, refutar, posto que com brevidade, dentre os principais argumentos apresentados por ambas as correntes, aqueles que, com o devido respeito, me parecem menos sólidos ou consistentes, e, como tais, irrelevantes para a decisão.

2.1 Em primeiro lugar, embora reconheça dê lugar a comparação ilustrativa, tenho por insuficiente a analogia retórica que se intenta estabelecer entre os momentos da chamada morte encefálica e, *a contrario sensu*, do início

¹ A expressão é tomada a **HANS JONAS**, que, sintetizando toda a preocupação inspiradora de sua notável obra, advertiu: "*Ante el potencial casi escatológico de nuestros procesos técnicos, la ignorancia de las consecuencias últimas será en sí misma razón suficiente para una moderación*



ADI 3.510 / DF

da vida, o qual se daria com a neurulação, ou estágio de esboço do sistema nervoso.²

A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal nº 9.434, de 1997,³ pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou tratamento, bem como sua regulamentação, por via da Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM nº 1.480/97, baseia-se na técnica normativo-operacional da *ficção jurídica*, que reproduz mera convenção, embora não despida de fundamentos médico-científicos. É que ninguém disputa que o ser humano vítima de morte cerebral não está, deveras, biologicamente morto.⁴ O fim da vida é determinado, nesse caso, menos por injunções intransponíveis de natureza biológica do que por específicas razões de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da manutenção de uma vida

responsable, que es lo mejor, tras la posesión de la sabiduría” (El principio de responsabilidad. 2ª ed. Barcelona: Herder, 2004. trad. Javier Mª Fernández Retenaga. p. 56).

² Argumento da AGU, fls. 87.

³ “Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

⁴ **LUÍS P. VILLARREAL**, Professor de Biologia Molecular e Bioquímica da Universidade da Califórnia em Irvine (EUA), explica de modo singelo o status da morte cerebral: “*La vida también puede entenderse como una propiedad emergente a partir de un conjunto de elementos inertes. La vida y la conciencia constituyen ejemplos de sistemas complejos emergentes. Ambos requieren un nivel crítico de complejidad o interacción para alcanzar sus respectivos estados. Una neurona por sí sola (...) no posee conciencia; para ello se necesita la complejidad del cerebro entero. Incluso un cerebro humano intacto puede estar vivo y carecer de conciencia, es decir, en estado de ‘muerte cerebral’.*” (¿Tienen vida los virus?, In: *Investigación y Ciencia: Edición Española de Scientific American*, n. 341, feb. 2005. g.n.).

ADI 3.510 / DF

em estado vegetativo, sob prognóstico fechado. Não é este o lugar para discutir a bondade ou a validade dessa concepção normativa.⁵

2.2. Em segundo lugar, em absoluto não vem ao caso, nem releva em nada a circunstância ou a eventualidade de, para experimentos científicos de finalidades terapêuticas, as pesquisas com células-tronco adultas (CTA) se prefigurarem mais ou menos promissoras ou frutíferas do que aquelas voltadas para as células-tronco embrionárias (CTE).

Os objetos teóricos de pesquisas não traçam caminhos mutuamente excludentes. Considerando-se que, ao propósito, nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico- terapêuticas, fica desde logo claro que o estudo com as CTE é de todo em todo adequado e recomendável, na medida em que pode contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica. E, porque é decisiva para a ciência, a consideração de sua velocidade ou aspecto temporal aparece ainda como manifestamente importante, até porque, como há de ver-se, não sacrifica nenhum princípio jurídico nem direito algum, sobretudo os que protegem a vida e a dignidade humanas, para realização daquelas outras altas finalidades, com a intensidade e amplitude desejáveis.

⁵ Sobre a necessidade de prudência jurídica no tema, cf. **ASCENSÃO, José Oliveira. A terminalidade da vida. In: GUSTAVO TEPEDINO e LUIZ EDSON FACHIN (coord.). O Direito e o**

ADI 3.510 / DF

2.3. Tampouco têm peso aqui recursos hermenêuticos tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de normas subalternas. Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da *quaestio iuris* da causa, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites materiais do ordenamento constitucional.

Tal é a razão óbvia por que já a nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende graduar o direito à vida com a régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio tem pena maior que a prevista para o delito de aborto, então teriam menor dignidade jurídico-constitucional a vida intra-uterina e, *a fortiori*, as células embrionárias.

O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a *reprovabilidade* de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo-criminal, que em nada deprecia o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos.

Para vê-lo em toda a nitidez, basta atentar na própria figura do homicídio, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de

ADI 3.510 / DF

qualificação, etc..⁶ A ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, valha menos a vida de uma vítima de homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso o infanticídio (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem isso signifique, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa.⁷

Poder-se-ia objetar que, neste segundo exemplo, a diferença de penas decorre da menor capacidade de compreensão do agente. Mas, a despeito de ser inconseqüente em si a objeção, outros casos há em que a cominação da pena está relacionada com a ponderação de elementos objetivos do *fato* criminoso, como se dá, *v. g.*, com o furto de veículo automotor, que, transportado para outro Estado, induz pena abstrata máxima no dobro (art. 155 do Código Penal)! O bem jurídico atingido e seu valor jurídico-patrimonial são exatamente os mesmos, mas são diversas as penas, porque diversos os graus de *desvalor normativo* das condutas típicas.

⁶ Cite-se, por exemplo, a agravante de o agente ter cometido o crime "*contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida*" (art. 61, inc. II, "h"). Aliás, como no aborto a capacidade de reação do feto é nula, a legislação penal poderia até ter previsto pena *maior* que a aplicável ao homicídio, sem que isso significasse demérito da vida das pessoas.

⁷ Esse é, no entanto, o argumento – incorreto no ponto – da **CONNECTAS**, que, comparando a pena do homicídio com a do aborto, sugere haja, em relação à vida "*da pessoa destinada a nascer, (...) uma valoração 'pela metade' de seu valor*" (fls. 158). A ilação, tirada de forma automática entre o valor da pena e o valor do bem jurídico tutelado, não colhe.

ADI 3.510 / DF

Dai se tira que a pena cominada, embora guarde certo nexó lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, nem sempre é *diretamente proporcional* ao valor normativo deste, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à fixação teórica das penas dos crimes de aborto e de homicídio, cuja diversidade, de modo e em sentido algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações axiológicas no seu *status* jurídico de fundante valor objetivo constitucional.

Por razões até mais graves e intuitivas, que por isso não merecem senão notas de rodapé, parece, nesse sentido, não menos estéril e ilegítima a invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às idéias de nascituro⁸, de nascimento com vida e de personalidade jurídica⁹, todas as quais estão impregnadas de vício metodológico radical e absoluto que, à moda de pecado original, as invalida todas, enquanto mal disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República.

⁸ A AGU chega a conclusão correta, empregando, contudo, raciocínio que se não remete à Constituição. É verdade que há diferença entre vida intra-uterina e embriões não-implantados ou congelados, mas isso não decorre da *incerteza* do nascimento (relacionada à idéia de nascituro, "*ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro e certo*", fls. 111). Deriva, sim, do não enquadramento dos últimos em nenhum conceito aceitável de *vida*.

⁹ É inócua a afirmação da CGU às fls. 116 ("*só tem direitos quem tem personalidade*"), porque o material embrionário pode não ser sujeito de direitos, mas é *objeto* de proteção jurídica.

ADI 3.510 / DF

2.4. Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva.

A caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de vida intra-uterina, isto é, de gravidez, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e ss. do Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido?

Essa conclusão cristalina e irrefutável não permite a ninguém de bom senso descobrir afinidades entre aborto e pesquisa científica com células embrionárias congeladas, nem sequer no plano da crítica extrajurídica, como o advertiu a insuspeita **MAYANA ZATZ**:

“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”.¹⁰

2.5. Não colhe, ademais, por representar verdadeiro contra-senso, o argumento *ad terrorem* centrado na possível tendência à comercialização de

¹⁰ p. 13. grifos nossos.

ADI 3.510 / DF

embriões que se desencadearia por conta da declaração de constitucionalidade da lei de biossegurança.

Esta veda expressamente a mercantilização de embriões excedentários,¹¹ tipificando-a como crime (art. 5º, § 3º), e, mediante a previsão de outras medidas de controle, ainda que algo tímidas na sua literalidade, mas bastantes, na sua força latente, para justificar e exigir a atuação efetiva dos órgãos e instituições responsáveis por sua observância, concorre para inibir atividades abusivas clandestinas, que de outro modo poderiam ser ignoradas pela indiferença oficial, sob pretexto de vácuo legislativo. As conseqüências práticas supostas pela disciplina normativa e por sua correta interpretação conforme à Constituição da República desacreditam o argumento, pois transportam as pesquisas científicas para o campo delimitado da licitude jurídica, recobrando de legitimidade e responsabilidade assim o trabalho dos pesquisadores, como as fontes de financiamento e investimento, que já não pré-excluem os estímulos e recursos públicos. A ausência de lei é que incentivaria experimentos abstrusos, antiéticos ou abusivos, à sombra de uma clandestinidade que, conquanto inevitável na medida da natural incontinência humana, o Estado já não pode tolerar sob o domínio de normas cogentes.

2.6. Estou, por fim, em que engenhosas referências à noção de paternidade responsável servem apenas à justificação dos procedimentos de fertilização *in vitro* (IVF) e de um de seus efeitos colaterais, que é a produção de



ADI 3.510 / DF

excedentes embrionários. Cuida-se de questão prévia mas autônoma, que não guarda vínculo direto com a solução do problema jurídico-constitucional agora submetido à Corte.

II. A ausência de *vida* nos embriões humanos congelados.

3. Há, em tese, alguns – convenhamos predicar a todos eles, à míngua de outro mais preciso e curial, este termo – teóricos sujeitos de direito à *vida* por considerar no quadro da causa: um é o embrião congelado; outro, o embrião implantado e o feto e, por fim, o ser humano, criança ou adulto, que porta plenamente os atributos a cuja coexistência a ordem constitucional atribui a qualidade de *pessoa*. A pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela constitucional da *vida* se aplica, na integralidade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e aos crioconservados.

Meu esforço está em perquirir se existe diferença de *graus* de proteção constitucional a que façam jus, de um lado, as *pessoas* dotadas de vida atual e em plenitude, e, de outro, os *embriões*. E começo por identificar em ambos esses conjuntos de organismos o predicado da *humanidade*, mas somente no primeiro consigo discernir, à luz de todos os critérios discretivos disponíveis, a presença de *vida*. Por isso, o único ponto de semelhança que as características e as distinções biológicas me autorizam a encontrar, no plano da

¹¹ A expressão, com o neologismo, consta do art. 1.597, inc. IV, do vigente Código Civil.

ADI 3.510 / DF

ordem jurídica, entre um embrião congelado e um adulto, é que esse participa, em grau primitivo, dos requisitos da proteção à dignidade humana deste, e apenas isso. É o que me proponho a demonstrar.

4. Antes de declinar o extenso rol de direitos fundamentais do art. 5º, cujo *caput* assegura o direito à vida, a Constituição da República enuncia seus princípios fundantes no art. 1º, fazendo constar do inc. III a *dignidade da pessoa humana*. Harmonizam-se todas estas disposições, pois o vocábulo *vida*, constante do art. 5º, 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 viventes.

Desta indiscutível premissa, segundo a qual a vida objeto da larga e genérica tutela constitucional é apenas a *vida da pessoa humana*, derivam duas teóricas linhas de raciocínio, conducentes ambas ao reconhecimento de permissão constitucional para pesquisas com células-tronco embrionárias: a primeira baseia-se em que o embrião não é, ou não é ainda, *pessoa*; a outra concebe que no embrião, congelado ou inservível, não há *vida* atual. E tais posições não são contraditórias, pois basta seja admitida a consistência lógico-jurídica de uma delas para ter-se por legítima a conclusão de constitucionalidade da norma ora impugnada. Como, para efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da República, deve haver *vida*, e vida



ADI 3.510 / DF

de *pessoa humana*, a falta de qualquer um dos componentes desta conjunção invalida o fundamento básico da demanda.

Há argumentos respeitáveis na posição dos que sustentam que embriões isolados não se caracterizam nem definem como *pessoas*. É, por exemplo, a formulação da **AGU**, segundo a qual “a ofensa à dignidade da *pessoa humana* exige a existência da *pessoa humana*, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*”,¹² e, ainda, a do *amicus curiae* **MOVITAE**, que, ao afirmar não ser “o embrião uma *pessoa*”,¹³ invoca esta lição do Prof. **ANTONIO JUNQUEIRA AZEVEDO**:

“[D]o embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no **fluxo vital contínuo** da natureza humana, é difícil dizer que se trata de ‘*pessoa humana*’. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente da vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, à vida em geral..”¹⁴

Na mesma direção, **CLAUS ROXIN** inclina-se a reconhecer certa forma de vida ao embrião, ao tempo em que lhe nega, porém, condição análoga à do homem nascido, por considerá-lo apenas uma *forma prévia* de pessoa:

“É inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozóide, surge uma *forma de vida* que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que um tal embrião tem de

¹² fls. 114.

¹³ p. 18 da manifestação data de 30.09.2005.

¹⁴ *Caracterização da dignidade da pessoa humana*, Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 91, n. 797, p. 21, mar/2002.

ADI 3.510 / DF

participar, em até certo grau, na proteção e na **dignidade** do homem já nascido. (...)

Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma **forma prévia**, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o **homem nascido** – ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe.”¹⁵

De minha parte, estou convencido de que o atributo de *humanidade* já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura. Mais do que o caráter e o sentido elementar da identidade da matéria-prima de que um e outro se compõem, o embrião em si constitui, como depositário dos ainda misteriosos princípios da vida, mais que procriação, a re-produção ou a multiplicação enquanto prolongamento mesmo das pessoas que lhe dão origem e, como tal, não pode deixar de ter a mesma natureza biológica e de compartilhar da mesma suprema dignidade moral e jurídica do ser humano. Essa é, aliás, a razão por que não é lícito reservar-lhe tratamento menos respeitoso sequer no campo jurídico.

As divergências toleráveis ao propósito, essas concernem e restringem-se ao problema de sua caracterização, em termos absolutos ou relativos, como *pessoa*, pois, a despeito de o código genético completo, enquanto conjunto das disposições suficientes para, sob certa condição externa, se desenvolver e transformar em ser humano autônomo, já estar inscrito no embrião, não se pode reduzir a complexidade da *pessoa humana* como organismo vivo e, sobretudo, como sujeito de direito, ao aspecto puramente

¹⁵ *A proteção da vida humana através do direito penal*. Trad. Luís Greco. Disponível em <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto808.doc>, acesso em 31.03.2008, g.n.

ADI 3.510 / DF

biológico de sua mera completude ou perfeição genética, encravada na célebre “escada torcida em forma helicoidal.”¹⁶ Nesta sede, onde pretensas concepções científicas e posturas racionais se confundem, menos no enunciado das teses contrastantes do que na profundidade das motivações inconscientes, com a adesão apaixonada das crenças religiosas, é preciso renunciar a toda busca de consenso e de pontos de vista comuns, até porque, como verdadeiros atos de fé, não se acomodam a testes de refutabilidade, nem prometem conclusões seguras para a solução da causa.

Menos discutível, ou, quem sabe, menos incerto parece-me a via da indagação dos critérios perante os quais se pode reconhecer, com o nível de certeza postulado pela resposta jurídica, que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional.¹⁷

5. E, para tanto, tampouco é mister disputar, aqui, a respeito do momento exato em que começa a vida, pela mesmíssima razão de que, por mais convergentes e sedutoras que sejam as proposições revestidas de aparente autoridade científica, esta é também seara de opiniões e teorias controversas,

¹⁶ TELLES JR., Goffredo da Silva. *A Folha Dobrada – lembranças de um estudante*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 850.

¹⁷ É evidente que, existindo *vida* de pessoa humana, sob qualquer forma e manifestação, deve ser protegida pelo ordenamento. É o caso, p. ex., dos fetos, sadios ou anencéfalos, das pessoas que, por infortúnio, sejam vítimas de deformidades, das mais leves às mais teratológicas, e ainda daquelas em estado terminal, todas dignas do maior respeito e proteção constitucionais. Assim também é o caso dos embriões implantados. Não, porém, dos simples embriões isolados, que, posto corporifiquem patrimônio genético humano, não têm vida no sentido e como objeto da tutela constitucional.



ADI 3.510 / DF

que, incapazes de ser refutadas, guardam o estatuto lógico das profissões de fé. A decisão seria, muito provavelmente, arbitrária.

Para efeito do meu raciocínio, é suficiente partir de uma epítrope, figurada na concessão retórica de que o **início** da vida ocorra deveras no preciso instante da fecundação, entendida esta no estrito significado biológico do mero fato objetivo da junção dos gametas, abstraída a circunstância de se perfazer, ou não, no ventre de alguma mulher ou alhures. Noutras palavras, assumamos esta premissa como verdadeira, consoante o fez o eminente Ministro Relator,¹⁸ e concordemos integralmente com a assertiva da **CNBB**, segundo a qual “*está cientificamente comprovado que a vida **começa** com o zigoto. (...) Cientificamente, a vida **começa** com a concepção*”¹⁹

Nessa moldura lógica pressuposta, a pergunta decisiva está em saber se a idéia de que a vida tem *início* na fecundação, qualquer que seja o *locus* onde aconteça, é capaz de legitimar juízo de inconstitucionalidade da norma contestada, sob o fundamento e a inferência imediata de que a correspondente autorização de pesquisas com embriões ofenderia o primado constitucional da tutela da *vida* humana. Ou, vista doutro ângulo, saber se a tese proposta de reconhecimento da licitude constitucional de experimentos científico-terapêuticos com células-tronco embrionárias, subordinados a rigorosos

¹⁸ Está no voto do Min. **CARLOS BRITTO**, p. 22: “*não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino (...). Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana...*”

¹⁹ p. 16 do memorial datado de 14.04.2007. Grifos nossos. 

ADI 3.510 / DF

expedientes de controle e garantias legais, não estaria comprometida pela admissão daquele postulado.

É de todo em todo negativa a resposta.

A primeira objeção, mas talvez a menos grave, é que, desconsiderando o fator concorrente da presença e do papel decisivos do útero materno na cadeia causal, essa difusa concepção sobre o ponto histórico absoluto do início da vida deveria, na prática, sob pena de grosseira e perceptível contradição, levar necessariamente à mesma conclusão de franca ilegitimidade constitucional da corriqueira produção de múltiplos embriões para fins reprodutivos, não obstante dirigida ao elevado fim dessa particular modalidade de procriação assistida, que é a fertilização extracorpórea, cujo processo médico-científico gera incontáveis embriões excedentes, condenados todos a congelamento prolongado ou a destruição imediata que quase ninguém recrimina!

Pouco se dá que esse resultado invariável, a sobra de embriões, represente conseqüência da particular necessidade de produção múltipla, ditada pela observação científica e empírica de todos os riscos de fracasso envolvidos nas práticas e experimentos dos processos de fecundação para tratamento de infertilidade. O fato incontornável é que se têm por lícitos, quando menos naturais ou, até, moralmente legítimos, a formação e o estoque de u'a multidão sempre crescente de embriões excedentários. Mais que isso, tal práxis é, sob pretexto de servir de boa garantia à eficácia das técnicas de fertilização em laboratório, tolerada, senão até justificada, pela assombrosa indiferença de

ADI 3.510 / DF

quase todos os que, sustentando ser o embrião como entidade a se, portador de vida nos mesmíssimos termos em que a têm o feto e o homem nascido e, como tal, merecedor de igual valoração ética e tutela constitucional, não lhe costumam opor nenhum reparo de ordem moral nem jurídica. Mas não podem negar que se trata de produção descontrolada de embriões sem préstimo, que não têm, ao perecimento certo, destino alternativo compatível com a grandeza e a dignidade reservadas ao ser humano, ao qual os equiparam na raiz da sua concepção ideológica.

Se, de regra, aos defensores dessa concepção não parece eticamente censurável, nem insultuosa à Constituição da República – antes, a muitos se lhes afigura prática legítima -, a produção de tantos embriões predestinados a longa crioconservação ou a pronta destruição consentida, embora escusada pelas exigências técnicas e finalidade médico-reprodutiva do processo em que se dá, não lhes poderia aparecer inconstitucional, nem censurável que a lei tenha previsto a esses embriões sorte diversa, evidentemente útil e nobre, que é a de se prestarem a objeto de promissoras investigações científicas em proveito da raça humana, cuja subsistência, integridade e aperfeiçoamento na história é o alvo último das preocupações da Constituição e de todo o ordenamento jurídico.

Sobre trair-lhes de modo inconsciente as convicções declaradas, deixando entrever que admitem, no fundo, a licitude do sacrifício dos embriões excedentários como procedimento natural em relação a matéria humana dotada de certa dignidade ética, mas carente de vida plena, tamanha incoerência dos

ADI 3.510 / DF

defensores da teoria da vida embrionária já lhes desacredita a tese ou deprecia a crença.

Manter congelado ou logo destruir organismo que já tenha *vida* em plenitude seria tão ou mais indigno e repulsivo do que destiná-lo a frutuosas pesquisas científicas a bem da humanidade. Daí porque, vergando-se talvez à recôndita certeza de que células-tronco embrionárias isoladas não contêm *vida* no rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra, não condena a requerente, em nenhum passo de sua atuação na causa, a produção necessariamente ilimitada, nem o anunciado e rotineiro sacrifício de embriões excedentes. Nem pleiteia tampouco o que seria o mais conspícuo disparate de obrigar a conservá-los congelados *ad aeternum* ou de submetê-los despoticamente a implantação sistemática em úteros de mulheres, mediante aplicação simultânea de *vis corporalis* e de *vis compulsiva*, em prática inconcebível e degradante que aviltaria a dignidade humana. Nisso guarda coerência.

Mas não posso deixar de insistir na inexplicável contradição em que se enreda essa atitude, a qual, como signo do antagonismo irracional às pesquisas, condena a destruição das células embrionárias excedentes para fim de desenvolvimento de experiências científicas com propósitos terapêuticos, mas aquiesce ao seu inútil sacrifício no descarte final inexorável, como se, em ambos os casos, não houvera aniquilação ilícita da mesma vida pressuposta!



ADI 3.510 / DF

Convém referir e discutir, neste ponto, com **RUSSEL KOROBKIN**,²⁰ duas posturas que, pretendendo validar a cerrada oposição às pesquisas com as células embrionárias, sintetizam de algum modo as concepções comuns de que o blastócito constitui *equivalente moral de pessoa* e, como tal, predica, nos planos ético e jurídico, o mesmo indiscutível valor que impede sejam ambos submetidos a experimentos científicos, sobretudo capazes de destruição. A primeira sustenta que blastócitos e pessoas são idênticos nas qualidades que lhes atribuiriam e justificariam a mesma dignidade moral e o conseqüente tratamento jurídico. A segunda afirma que, conquanto se diferenciem das pessoas sob importantes aspectos, os blastócitos guardam o potencial de se transformarem em pessoas, donde gozarem do mesmo estatuto moral e jurídico destas.

É certo que, salvo o caso de gêmeos idênticos, cada blastócito contém, ativo, um genoma humano único. Mas o reconhecimento da posse desse material genético de pessoa não é suficiente para lhe fundar e estender idêntico valor moral e jurídico. É que há hoje, ao propósito, relativo consenso científico de que a presença de *alguma estrutura de neurônios*, que exige transcurso de certo tempo no processo, é requisito mínimo indispensável para induzir o *status* moral de uma pessoa. Ora, cinco dias depois da fertilização, o blastócito não tem nenhuma capacidade de interagir com o mundo exterior, nem de experimentar afetos, de modo que não pode, sob esse ponto de vista,

²⁰ *Stem cell century*. New Haven and London: Yale University Press, 2007. p. 29-34

ADI 3.510 / DF

equiparar-se em valor ao ser humano, do qual só apresenta uma característica, que é o DNA.

Por outro lado, o termo *potencialidade* assume, no segundo argumento, conotação muito mais larga do que pode semanticamente suportar, pois, como expressão de propriedade conceitual, implica a idéia de aptidão de tornar-se algo mais por si mesmo, sem intervenção ou assistência externa (*self-actualizability*), ou já de elevado grau de probabilidade de tornar-se algo mais (*likelihood*). Mas, fertilizado em laboratório, o blastócito não tem nem uma coisa nem outra, assim porque precisa ser transplantado para útero de mulher para adquirir tal potência ou capacidade, como porque, não passando, segundo as estatísticas, de vinte a quarenta por cento suas chances de bom sucesso na implantação uterina, é muito baixo o nível de probabilidade de transformação.

De mais a mais, e esta é incisiva objeção de **KOROBKIN**, igual potencialidade poderia ser reconhecida, com todas as conseqüências éticas e jurídicas, ao esperma e ao óvulo humanos:

"If a five-day-old in vitro blastocyst is inviolate because of its potential (understood without any bounds) to develop into a human life, it is hard to say why each individual egg or sperm cell does not have the same potential and therefore deserve the same consideration. Under appropriate conditions, with help from humans, and with a fair bit of luck, these cells (which also possess human DNA) also have the potential to develop into a person. If SCNT one day makes the cloning of humans possible, then it might also become literally true that every human cell of any type will have the potential to develop into a person, but it seems quite a stretch to think that this potential would render the destruction of any individual cell a moral transgression or that the value of a single skin cell should be considered comparable to the value of a person."²¹

²¹ *Op. cit.*, p. 34.

ADI 3.510 / DF

(Se um blastócito *in vitro* de cinco dias é inviolável em virtude do seu potencial (compreendido sem qualquer limite) de desenvolvimento em uma vida humana, é dificultoso dizer por que cada ovo ou célula de esperma, individualmente, não tenha o mesmo potencial e, portanto, merece a mesma consideração. Sob condições apropriadas, com ajuda de humanos, e com um pouco de sorte, essas células (que também possuem DNA humano) da mesma forma têm o potencial para desenvolver-se em uma pessoa. Se uma SCNT²² (transferência do núcleo de célula somática) um dia tornar a clonagem de humanos possível, então também seria literalmente verdadeiro que toda célula humana de qualquer tipo terá o potencial de se desenvolver em uma pessoa, mas parece quase exagerado pensar que este potencial faria com que a destruição de qualquer célula individual fosse uma transgressão moral ou que o valor de uma única célula epitelial deveria ser considerado comparável ao valor de uma pessoa.)

Como se vê, o argumento prova demais.

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 substância, por equivalência ou analogia, o estatuto ético-jurídico de pessoa.

6. Não é tudo, porém. A condição de embrião congelado não se deixa envolver nem abraçar pelo próprio conceito de *vida* que, compondo o substrato de opiniões dominantes em diversos setores das ciências físicas e da própria filosofia, deve ser recolhida pela reflexão dogmática e pela inteligência do ordenamento jurídico, ainda que a título de verdade provisória, mas como única

²² *Somatic cell nuclear transfer*. Tecnologia utilizada para clonagem.

ADI 3.510 / DF

disponível, no estágio atual do conhecimento, para julgar e decidir, à luz de critérios não arbitrários, a questão posta de constitucionalidade.

Não convém, aqui, deixar de acentuar a relativa submissão da ordem jurídica às visões e juízos científicos da realidade sobre a qual deve operar:

“Qualsiasi scelta di ordine giuridico dovrebbe presupporre una considerazione obiettiva della realtà sulla quale vorrebbe incidere. In particolare, risulterebbe contraddittoria per il diritto, in quanto strumento di organizzazione sociale, la pretesa di descrivere secondo esigenze precostituite le situazioni di fatto nei confronti delle quali sia di volta in volta chiamato ad operare.

Se ciò è vero, non può in alcun modo configurarsi, rispetto al nostro tema, un concetto giuridico autonomo di vita prenatale. Il diritto, piuttosto, deve giustificare razionalmente le modalità del suo atteggiarsi rispetto alla tutela della vita umana intendendo quest'ultima quale dato preesistente alla elaborazione normativa.

In questa prospettiva, sarà necessario muovere dalla definizione della vita offerta dalla biologia, per poi considerare se possano ritenersi fondate altre nozioni di esistenza umana e se eventualmente ad esse, invece che al paradigma biologico, debba riferirsi l'ordinamento giuridico.”²³

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 fases*” do “*ciclo da vida*”, reconhecendo-lhe caráter cinético e concordando em que, “*para o embrião humano ir à frente, ele precisa estar no*

²³ EUSEBI, Luciano. *La tutela penale della vita prenatale*. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milão. fasc. 3, p. 1063-1064, luglio-settembre 1988.

ADI 3.510 / DF

útero, precisa ser implantado".²⁴ **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."²⁵ **ANTÔNIO JOSÉ EÇA**, também adversário das pesquisas, acentuou que "a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no momento da concepção."²⁶ Foi ainda mais incisiva **ELIZABETH KIPMAN CERQUEIRA**, ao advertir que ser vivo é "aquele que tem um início, segue processos (...) até a 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."²⁷ E, logo mais adiante, referiu-se à vida como "processo de autoconstrução e de autodesenvolvimento, (...), ontogênese."²⁸ 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".²⁹

²⁴ *Transcrição dos debates*, p. 59. Todas as referências e citações dos cientistas que intervieram na audiência pública de 20.04.2007 têm por fonte essa transcrição.

²⁵ *Ibid.*, p. 64-66.

²⁶ *Ibid.*, p. 103.

²⁷ *Ibid.*, p. 108.

²⁸ *Ibid.*, p. 112.

²⁹ *Ibid.*, p. 194.

✍

ADI 3.510 / DF

A convergência dos cientistas, sobretudo da área biológica, quanto à identificação da vida como *processo* ou fenômeno dinâmico, é reflexo do que já tinham percebido os filósofos, dentre cujas opiniões transcrevo, por todos, a de intelectual que é dos mais isentos no quadro da causa:

“Il y a maintenat une classe de corps particulièrement intéressants, et qui semble supérieurs à tous les autres: ce sont les corps vivants, depuis le plus humble microorganisme jusqu'à l'organisme humain. Une propriété les distingue de tous les autres corps, c'est qu'ils se **meuvent eux-mêmes**; le sens comum, à cause de cela, admet en eux une **âme** ou principe de vie, irréductible à n'importe quels facteurs ou éléments physico-chimiques”³⁰

(“Temos agora uma classe de corpos particularmente interessantes, e que parecem superiores a todos os outros: são os corpos vivos, desde o mais humilde microorganismo até o organismo humano. Uma propriedade os distingue de todos os outros corpos, é que se **movem por si mesmos**; por causa disso o senso comum admite neles uma **alma** ou princípio de vida, irreduzível a qualquer fator ou elemento físico-químico”).³¹

A natureza ou essência da vida como sucessão de eventos foi também percebida pelo nobre Min. Relator, **CARLOS BRITTO**, que nos regalou com expressiva descrição dos diferentes momentos e etapas da vida que se aninham “*no âmbito de um processo*”.³²

E é, ao propósito, insuspeita a manifestação da **CNBB**, que, talvez o mais ardoroso dos *amici curiae* antagonistas dos experimentos, não

³⁰ **MARITAIN, Jacques**. *Éléments de philosophie*. Tomo I. Paris: Pierre Tequi, 1994, p. 118-119, nº 40. Grifos do original. No mesmo sentido, entre nós, **GOFFREDO TELLES JUNIOR** diz: “A vida, a vida em si mesma, que é (...) É evidente que a palavra ‘vida’, enquanto palavra, é um símbolo, como todas as palavras. Portanto, essa palavra pode ser usada para simbolizar as manifestações a que o pensador, levado por suas próprias tendências espirituais, quiser atribuir o nome vida. No campo rigoroso da ciência, porém, a palavra vida - como logo aprendi - tem sentido restrito. Ela designa, não o movimento, mas uma forma particular do movimento.” (Op. cit. P. 844. Grifos nossos)

³¹ *Introdução geral à filosofia*. trad. Ilza das Neves e Heloísa de Oliveira Penteadó. 7ª ed. Rio: Agir, 1966, p. 111, nº 40.

³² Seu voto, p. 23.

ADI 3.510 / DF


destoa dessa percepção científica comum, ao sustentar que o embrião “*é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um.*”³³

Como substantivo inerente aos humanos e a outras espécies, a vida, em qualquer de suas manifestações típicas, se propõe desde logo ao espírito como sucessão unitária e permanente de mudanças ou continuo processar-se, que distingue dos entes inanimados os chamados seres vivos. Do ponto de vista biológico, que é o que mais de perto interessa e serve à construção do correlato conceito jurídico-constitucional, não só “*a formação e o desenvolvimento do embrião humano*” podem ser considerados “*um processo gradual, contínuo e coordenado desde o momento da fertilização*”,³⁴ mas a própria vida, enquanto fenômeno inteligível, se reduz a essa idéia e postula igual conceito. Como acentua outra opinião não menos isenta, provinda aqui de notável jurista,

“è oggi ampiamente riconosciuto che, sotto il profilo biologico, l'unico ‘salto qualitativo’ riferibile alla trasmissione della vita avviene all'atto della fecondazione. Infatti, nel momento in cui il gamete maschile penetra nell'ovulo femminile, dando luogo al c.d. sistema genomico, si producono modificazioni molecolari tipiche della formazione di una nuova vita, con le quali si instaura un processo destinato a svolgersi senza soluzione di continuità e senza necessità di ulteriori stimoli esterni”.³⁵

³³ fls. 868.

³⁴ CLÁUDIA BATISTA. *Transcrição*, p. 70

³⁵ EUSEBI, Luciano. *op. cit.*, p. 1064. Grifos nossos. 

ADI 3.510 / DF

Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a *vida*, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por conseqüência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui *capacidade de movimento autógeno*.

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana.

Mas não é esse algo simples mas esclarecedor critério discretivo da qualidade do movimento autógeno, adotado pela biologia e pela filosofia para caracterizar os seres vivos, ou para, na sua falta, excluir de modo absoluto a existência de vida, que leva a negá-la aos embriões congelados. Em situações empíricas de emergência, nas quais a necessidade de resposta não deixa tempo a racionalizações – compreendido o vocábulo aqui no significado próprio de mecanismo psicológico de defesa que cria um conjunto de explicações

ADI 3.510 / DF

alternativas e logicamente satisfatórias, mas todas falsas, para justificar atitude angustiante cujas verdadeiras motivações não conhece ou inconscientemente não aceita -, as pessoas surpreendem-se com reações prontas que revelam extraordinário discernimento dessa diferença que parece custosa. É o que demonstra ainda **KOROBKIN**:

"The intuition that a blastocyst lacks the moral value of a person is vividly demonstrated with the following hypothetical: Imagine that a fire starts in a fertility clinic and you must choose between saving a Petri dish containing two blastocysts and a five-year-old child. Is there any question that you should (and would) save the child? The appropriate answer to the question is just as obvious if the blastocysts would be destroyed by the fire and the child only injured. The reason is that the child possesses not only human DNA but also such qualities as sentience, consciousness, emotions, the ability to interact with the environment, and the capacity to experience pain.

Contrast this with a different hypothetical: Imagine that you must choose between saving a five-year-old child and a twenty-five-year-old adult in a fire. Here it is far from obvious that you either should or would choose the twenty-five-year-old. If you did choose to save the adult, it almost certainly would not be because she is at a more advanced stage in human development. Beyond some point, a human's developmental stage is irrelevant to her moral worth. But prior to some point, the developmental stage does matter. The precise location of that point is difficult to determine, but it is less difficult to recognize that blastocysts have not reached it."³⁶

(A intuição de que um blastócito é desprovido do valor moral de uma pessoa é vividamente demonstrado pela seguinte hipótese: Imagine que incêndio tenha início em uma clínica de fertilização, e você deva escolher entre salvar uma placa de Petri que contém dois blastócitos e uma criança de cinco anos. Há alguma dúvida de que você deveria salvar a criança (e a salvaria)? A resposta apropriada a esta questão é igualmente óbvia, se os blastócitos fossem destruídos pelo fogo e, a criança somente ferida. A razão é que a criança possui não somente DNA humano, mas também características tais como sensibilidade, consciência, emoções, a habilidade de interagir com o ambiente, e a capacidade de sentir dor.

³⁶ *Op. cit.*, p. 31.

ADI 3.510 / DF

Compare isso com hipótese diferente: Imagine que você deva escolher entre salvar, de incêndio, uma criança de cinco anos e um adulto de vinte e cinco anos. Neste caso, está longe de ser óbvio que você deveria escolher ou escolheria o adulto de vinte e cinco anos. Se você escolhesse salvar o adulto, quase certamente não seria porque este se encontra em um estágio mais avançado do desenvolvimento humano. Além de certo ponto, o estágio de desenvolvimento humano é irrelevante para seu valor moral. Mas, antes deste, o estágio de desenvolvimento é significativo. A precisa localização deste ponto é difícil de se determinar, mas é menos difícil reconhecer que um blastócito não o alcançou).

7. A demandante professa que a vida se dá “na, e a partir da fecundação (...) porque a vida humana é um contínuo desenvolver-se”.³⁷ E, invocando a ciência, chama o embrião de “agente do seu próprio desenvolvimento”, entendido este sob a expressão de “fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte”.³⁸ E assevera que a célula-ovo apresenta desenvolvimento contínuo, “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 (...), constituindo-se um ser humano único e irrepetível”.

Ora, de um lado, tais afirmações não dizem absolutamente nada a respeito do autodesenvolver-se como ato ou processo em curso, pois tão-só reconhecem aos embriões a potência que, nos estritos termos e limites semânticos tolerados no confronto com a hipótese, pode atualizar-se, ou não, na

³⁷ Afirmação, aliás, prontamente repelida pelo Min. Rel. CARLOS BRITTO, que considerou, com acerto, a meu juízo, o embrião confinado *in vitro* “Insuscetível de progressão reprodutiva” (p. 27 do voto), isto é, incapaz por si só de desencadear o desenvolvimento contínuo do ciclo vital.

³⁸ fls. 3 e 5.

ADI 3.510 / DF

cadeia autônoma de transformações biológicas em que se traduz o fenômeno da vida.

De outro lado, deixam transparecer o que me parece grave desconsideração ou depreciação da função biológica e da correspondente condição jurídico-normativa que, no quadro das indagações sobre o fato da nidificação, desempenha o útero da mulher, reduzido, na inicial, às expressões literais de mero "ambiente adequado" e de simples fonte de "nutrientes necessários" ao desenvolvimento do embrião.³⁹

Se, por pressuposição, vida é processo, tem-se de concluir sem erro, como já antecipei, que, no caso das células-tronco embrionárias congeladas, o ciclo subjetivo de mudanças iniciado no momento da concepção foi suspenso ou interrompido, antes de lhes sobrevir a condição objetiva de inserção no útero, sem a qual não adquirem a capacidade de desenvolvimento singular autônomo que tipifica a existência de vida em cada uma. Ninguém tem dúvida de que, sem esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição *sine qua non* de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como *processo* ou *projeto*. Nele, está longe de ser coadjuvante ou secundário o papel causal representado pela participação do útero ou, antes, de todo o corpo feminino, que, como agente de



ADI 3.510 / DF

complexas e ainda mal conhecidas interações físicas, biológicas e psicológicas com o feto, algumas das quais decisivas à conformação da sua irrepetível estrutura unitária de pessoa dada à luz, aparece como elemento intrinsecamente constitutivo da vida humana. A mulher não é, como a proveta, apenas um *locus* de procriação. Esta é, aliás, uma das muitas razões por que já sustentei alhures que “a vida *intra-uterina* é também valor constitucional proeminente”.⁴⁰

O prognóstico ou a profecia de contínuo desenvolvimento do ciclo vital não convém, destarte, à realidade biológica dos embriões congelados, que, desde o instante do congelamento, deixam de reger-se pela lei natural que lhes seria imanente.

8. Todas essas razões, segundo as quais os embriões isolados não são, já do ponto de vista biológico, portadores de vida atual, nem podem equiparar-se ou equivaler a pessoas *in fieri* ou perfeitas, sequer no plano moral, não vejo como nem por onde a regra impugnada, que lhes dá análogo valor e qualificação ao incorporá-los na experiência jurídica e autorizar-lhes a destruição em experiências científicas de finalidades terapêuticas, mutile ou ofenda o *chamado direito à vida*, objeto da tutela constitucional. Os embriões humanos ditos excedentários, não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito.

³⁹ fls. 5.

⁴⁰ In ADPF nº 54 – QO, j. 27.04.2005.



ADI 3.510 / DF

Até que seja implantado, carece o embrião extracorpóreo do impulso que, brotando apenas da conjugação das forças acolhedoras do ventre feminino, lhe reinfunde o sopro que perfaz a vida. Antes da superveniência dessa condição objetiva, a qual, independentemente das aptidões virtuais inscritas no programa genético do embrião, pode ou não implementar-se, não há lugar para excogitação de paternidade em senso jurídico próprio mas genérico, senão apenas de *poder jurídico de disposição* dos doadores sobre o material fertilizado. O casal que forneceu os gametas para a formação do zigoto possui relativa mas indiscutível **disponibilidade jurídica** sobre ele.⁴¹

E é este, a meu aviso, o ponto nodal da causa, cuja pretensão tende, no fundo, a subtrair ou a mutilar esse *poder jurídico de disposição* dos casais sobre os embriões, que não é negado nem contestado por ninguém, quando exercido com o propósito de determinar-lhes o destino de reprodução, de congelamento ou de descarte. E, deveras, tal poder, inerente à liberdade e ao domínio plenos que o ordenamento jurídico sempre reconheceu às pessoas sobre a produção e o uso das suas células reprodutivas presentes no esperma e no óvulo, ninguém o pode contestar ou negar, sem claro e gravíssimo insulto à dignidade humana.

⁴¹ Como afirmei, no julgamento da **ADPF nº 54-MC**, “no instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (*res*) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.” Naquela hipótese, tratava-se de vida plena, posto que pré-natal; nesta, cuida-se de algo sobre o qual o ordenamento jurídico franqueia *disponibilidade*, de um lado, e, de outro, determina *proteção*. Pode, até, não sem abuso ou perigo, ser chamada de *res*, mas *res* especialíssima, matéria-prima da vida, enquanto metaforicamente assimilável ao barro, pó da terra ou solo (*adamah*, em hebraico) de que fala a tradição judaico-cristã, no Antigo Testamento (Gen. 2,7).



ADI 3.510 / DF

Ora, assente que a natureza do estatuto moral e jurídico do embrião isolado não muda segundo o destino prescrito pelo casal que o gerou, porque guarda, em qualquer hipótese decisória, a mesma elevada dignidade ética e jurídica de sua origem e do seu papel primordial na instauração de todo processo que se converte em vida humana, então não se encontra fundamento algum, nem puramente lógico, biológico, nem jurídico, para, sob pretexto de violação dessa dignidade, espoliar o casal do mesmo poder jurídico de dispor de suas células-tronco embrionárias para pesquisas científicas de cunho terapêutico, tal como pode licitamente fazê-lo para fins não tão nobres ou para sorte de todo inútil, como de as congelar sem limite ou destruir sem proveito. A restrição preconizada é arbitrária, ou supersticiosa.

Tal irracionalidade, que está em distinguir posições substancialmente jurídicas idênticas sem razão palpável, é que, a meu aviso, compromete, sem remédio, a tese da demanda. Respeitadas as condições legais, prevalece no tema, sem óbice nem limitação constitucional, a plena autonomia jurídica da vontade dos genitores para, na destinação das células-tronco embrionárias, adotar qualquer das alternativas que a lei contempla ou o ordenamento não veda, quais sejam, implantação, doação para adoção, congelamento, destruição por descarte, ou doação para pesquisas científicas de finalidade exclusivamente terapêutica.

9. Não me impressiona nem perturba a objeção de que, à luz dessa liberdade jurídica, poderia conceber-se a vida em úteros artificiais criados pelo

ADI 3.510 / DF

inventivo engenho humano. Este tenebroso e hipotético cenário merece da consciência universal e de todas as ordens jurídicas a mais veemente repulsa, porque supõe admitir a reificação dos embriões e do processo mesmo de reprodução, em lucubração de todo em todo incompatível com a intangibilidade ética e constitucional da dignidade humana. Se houvera viabilidade técnica e possibilidade prática de vida humana exógena, independente da intervenção do útero, sua produção seria *ética e juridicamente* reprovável, não apenas por sua perversidade intrínseca, mas também porque aviltaria, senão que aniquilaria a mulher, não só como pessoa, mas sobretudo como figura e função maternas, essenciais à sobrevivência da espécie, e, como tal, corromperia nosso senso de civilização e aprestaria o colapso da humanidade. Em suma, seria prática manifestamente alheia ao limites conceituais e ao alcance do *poder jurídico de disposição* garantido aos genitores.

A mesma conclusão aplica-se ao receio de risco, que não é próximo nem real, de se "*classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são adequadas e inadequadas à nossa sociedade.*"⁴² A resposta à indagação teórica de **LENISE GARCIA** - "*se detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?*" – não pode deixar de ser, ainda nos quadrantes do ordenamento jurídico, insofismavelmente *negativa*. Trata-se de mera conjectura que, remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e retomadas pelo regime nazista, esbarra

⁴² p. 61.



ADI 3.510 / DF

desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico.

10. Convém, aliás, não perder de vista o objeto específico da questão de constitucionalidade da norma impugnada, cuja autorização de uso adscrive-se a embriões já congelados à data de publicação da Lei,⁴⁹ com três anos completos ou por completar de congelamento, após esse termo, ou, ainda, já inservíveis, que como tais *não foram nem serão nunca* implantados e, por conseguinte, *não gerarão* seres humanos. E seu uso lícito, devo adiantar e frisar, é, à luz da Constituição, restrito a pesquisas e experimentos científicos preordenados exclusivamente a desenvolvimento de terapias. Nenhum tipo de experiência eugênica é aí admitido, donde a nítida diferença entre material congelado, de que se cogita na causa, e células-tronco embrionárias já implantadas ou que devam sê-lo em algum corpo feminino.

No caso, o blastócito pode ser utilizado para gerar linhagens celulares, jamais para propiciar manipulação ou sondagem genética e posterior inserção em útero. Por isso, cogita a lei apenas de embriões produzidos mediante técnica de fertilização *in vitro* e - note-se a conjunção - "*não utilizados no respectivo procedimento*". E isso significa, com toda a clareza possível, que os embriões destinados à pesquisa, porque satisfeitas todas as condições previstas no *caput*, incisos e parágrafos do art. 5º da Lei, não foram nem *nunca*



ADI 3.510 / DF

poderão ser usados para implantação. A par dos embriões inservíveis, que jamais seriam implantados em razão de suas anomalias genéticas ou deformidades morfológicas,⁴⁴ têm-se os antigos, com mais de três anos de congelamento.

Também embriões congelados há menos tempo, a rigor, já se ressentiriam de presunção de aproveitabilidade reprodutiva. Mas aquele prazo foi estabelecido por legítimo alvitre político-legislativo, que considerou não só aspectos científicos ligados a exigências de um termo de provável serventia genético-reprodutiva, mas também fatores de ordem sociológica e psicológica, relacionados à necessidade de tempo para amadurecimento da decisão dos provedores de gametas, que detêm o *poder de disposição jurídica* sobre o material genético que constitui prolongamento das suas próprias pessoas.

Como o que está em jogo, pois, não é somente a probabilidade de bom sucesso da fertilização, são irrelevantes as referências, feitas algures,⁴⁵ a casos, aliás conhecidos nos meios científicos, de pessoas sadias geradas a partir de embriões congelados havia mais de três anos, precisamente sete⁴⁶ e, até, doze anos.⁴⁷ Eventual certeza científica de que embriões com mais de três

⁴³ Até os cientistas contrários às pesquisas com CTE, como **LENISE GARCIA**, admitem que “a Lei tentou evitar justamente que se façam embriões especificamente para serem usados em pesquisas, porque isso abre todo um campo para comércio de embriões” (p. 223).

⁴⁴ Cf. as considerações de **PATRICIA PRANKE**, especialmente p. 17 e ss. O Decreto regulamentar nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, define como **Inviáveis** os embriões com alterações genéticas que tenham o desenvolvimento interrompido por falta espontânea de clivagem após vinte e quatro horas da fertilização *in vitro*, e os que apresentem modificações morfológicas que lhes comprometam o pleno desenvolvimento (art. 3º, inc. XIII).

⁴⁵ E.g., no pronunciamento de **ALICE TEIXEIRA FERREIRA**, p. 76.

⁴⁶ *Id.*, *ibid.*

⁴⁷ **RODOLFO ACATAUASSU NUNES**, p. 133. 

ADI 3.510 / DF

anos de preservação criogênica não sejam sempre inviáveis, embora apresentem sobremaneira aumentadas as possibilidades de anomalias e malformações, não é razão definitiva nem suficiente contra a realização de pesquisas com CTE.

Não obstante embriões antigos ou ainda inviáveis possam, tecnicamente, gerar pessoas, seu uso em pesquisas está sempre condicionado à autorização dos provedores dos gametas, que, como se viu, têm relativa disponibilidade jurídica sobre o produto da concepção antes de sua introdução no útero. Assim, na hipótese concreta, não há dúvida de que o consentimento informado dos genitores, emitido na esfera desse poder jurídico, implica autêntica, automática e irrevogável *renúncia* à faculdade de produzirem vida a partir do material genético de que dispuseram. A doação para fins de pesquisa é, numa metáfora processual, verdadeira *preclusão lógica* do poder de gerar filhos com os embriões doados. Em suma, com o ato de doação perdem aquele poder jurídico.

11. A manterem alguma coerência, os opositores das pesquisas com células-tronco embrionárias deveriam, ademais, conceder que as próprias técnicas de fertilização artificial são, do ângulo das suas premissas, em tudo e por tudo inaceitáveis.⁴⁸

⁴⁸ Diz **LYGIA PEREIRA**: "Aceitamos as gerações desses embriões no dia em que aceitamos as técnicas de fertilização *in vitro*. É inerente dessas técnicas (...) a produção de um número excedente ou pelo menos descontrolado desses embriões, esses embriões sobram" (pp. 174-175). Já **LENISE GARCIA** assevera que "o marco ético era que eles nunca deveriam ter sido

ADI 3.510 / DF

Já que seu argumento é baseado num princípio, não poderiam justificar a criação artificial de embriões e dos conseqüentes seres humanos por via de raciocínio instrumental, mediante cálculo entre meios e fins, tendo em vista o objetivo da procriação. Afirmar, subentender ou supor que, para gerar vida humana, a manipulação é, moral e juridicamente, admissível, mas, quando se trate de empregar embriões em pesquisas que podem salvar vidas, seja a prática condenável, contradiz o princípio mesmo que alegam defender. O desvio da ordem natural das coisas é exatamente o mesmo em ambas as hipóteses. De modo que, sob sua ótica, não faria sentido permitir que o ser humano pudesse ousar *criar* a vida.⁴⁹ E esta é mais uma das contradições em que se enleiam e perdem, até porque é agora marginal e sem nenhuma ressonância a crítica indiscriminada da produção extracorpórea de embriões, a cujo respeito sintetiza

CLAUS ROXIN:

“Não se questiona a legitimidade de um tal procedimento. Afinal, o embrião não é lesionado, mas conduzido a seu destino natural, uma vez que, após a sua implantação no corpo da mãe, o embrião se desenvolve naturalmente até tornar-se um homem”.⁵⁰

congelados, e o foram sem que a legislação brasileira tenha qualquer definição a respeito (...). A verdade é que a reprodução assistida no Brasil está num vácuo legal’ (p. 224). Daí, a subordinação legal do uso do embrião em pesquisas à forma pela qual foi esse concebido e ao estado em que se encontra em dado momento (no caso, congelado).

⁴⁹ Essa posição é coerentemente defendida pela Igreja Católica no documento “*Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, istruzione della congregazione per la dottrina della fede, 1987, donum vitae*”, que condena a IVF, de acordo com o MOVITAE (p. 22 de sua manifestação).

⁵⁰ *Op. cit.*, p. . Grifos nossos.



ADI 3.510 / DF

Não custa insistir em que o só início do processo, como etapa estancada e destacada, não é ainda o processo em ato que revela e define a vida. Esta não pode reconduzir-se ao estágio inaugural do processo que foi suspenso ou interrompido por uma causa artificial, nem se pode dizer que o uso de embriões em pesquisas equivalha a destruir a vida, enquanto indébita interferência externa no curso natural de seu desenvolvimento programado. O processo é aí interrompido ou suspenso, pelo congelamento, de modo tão artificial quanto aquele mediante o qual começou, pela fertilização *in vitro*.⁵¹ Somente uma condição objetiva, futura e incerta, consistente na introdução do embrião no útero materno, pode dar impulso à concretização da vida como movimento autógeno. Só essa intervenção de fator externo, de certo modo antinatural no contexto e aviada pelas mesmas mãos que fundiram os gametas no laboratório e os armazenaram em receptáculo criogênico, é capaz de promover a coexistência do embrião com a entidade que o transformará, aí sim, em vida: o útero materno⁵². Em síntese, ou a vida decorre da concepção natural,

⁵¹ A Resolução nº 1.358/1992, do CFM, cuida da matéria. No que toca à criopreservação de embriões, dispõe: "V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES. 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e pré-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 doá-los."

⁵² Não se está a defender, aqui, a teoria do início da vida na nidação. O 14º dia é apenas o momento que marca o princípio da formação de órgãos diferenciados. Não é o prazo em si que confere a dignidade constitucional de pessoa humana, mas um contexto claro de existência de vida, no qual é imprescindível a associação com o útero. Os embriões congelados, ainda que já datem de cinco dias, não gozam da mesma proteção franqueada às pessoas, suposto tenham certa dose de dignidade constitucional.

ADI 3.510 / DF

em que há um *continuum* definidor da existência de processo vital em ato, ou seu impulso fica subordinado a certa condição por realizar⁵³.

12. Estou consciente de que tal postura introduz ou desperta, e não apenas perante nosso ordenamento, alguns sérios problemas jurídicos paralelos, relacionados com métodos contraceptivo-abortivos, designadamente a chamada "pílula do dia seguinte" e o dispositivo intra-uterino (DIU).⁵⁴ Tais questões não concernem à causa, mas não há como não reconhecer aqui que essas técnicas provocam interrupção do fluxo contínuo do ciclo vital, que deixa de seguir o curso autônomo geneticamente predeterminado da evolução de uma subjetividade singular.

Mais importante, no caso, do que fixar um ponto arbitrário na linha do tempo para situar o preciso momento do início da vida, é discernir, à luz das premissas postas, três fatos incontestáveis e decisivos: que se não verifica a fluência necessária para caracterização da vida como movimento autógeno (i); que a origem da matéria-prima genética considerada é sua concepção *in vitro* (ii); 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.

Aliás, não custa repetir que, nas pesquisas em questão, todos – absolutamente **todos** – os embriões foram criados como resultado de

⁵³ Como bem notou, na audiência pública, MAYANA ZATZ, "a fecundação é uma condição necessária, mas não suficiente para o embrião se desenvolver." (p. 08)

ADI 3.510 / DF

manipulação genética pelo homem. Essa manipulação, não contestada pela requerente, teve como objetivo imediato a procriação, mas, dadas as características da fertilização *in vitro*, que recomenda a produção de mais embriões⁵⁵ do que os efetivamente implantados – dos quais, aliás, nem todos serão bem-sucedidos – houve a formação de um contingente excedente de embriões, os supranumerários. É deles, e apenas deles, de que se trata.

III. Os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas.

13. Pesa-me, no passo seguinte de meu raciocínio, divergir do eminente Min. Relator, no ponto em que S. Ex^a proclama que a proteção normativa dos embriões residiria no nível infraconstitucional,⁵⁶ parecendo nisso admitir, de maneira implícita, possibilidade de cenário diverso, no qual pudera faltar-lhes essa mesma tutela.

Prefiro confrontar a lei impugnada com a Constituição, porque, como já antecipei, entendo provenha diretamente dela, ainda que em grau ou predicamento mais reduzido em comparação com os das pessoas, o substrato

⁵⁴ Sobre a questão na Itália, p. ex., cf. EUSEBI, Luciano. *op. cit.*, p. 1071-1072.

⁵⁵ Além da redução dos custos dos ciclos de recolocação de embriões no futuro, procura-se contornar o fator estatístico, que indica, entre nós, taxas de bom sucesso de 28% (a fresco) ou menos (na hipótese de congelamento) na obtenção de gestação (cf. PATRÍCIA PRANKE, p. 17 e ss.).

⁵⁶ Mesma opinião tem a CONECTAS: "neste caso, são as leis ordinárias, em ponderação legislativa, que dispõem sobre a suposta vida de embrião congelado (...) e dimensionam a sua proteção. (...) a Lei de Biossegurança reconhece que, mesmo que tais embriões não estejam sujeitos a mesma proteção constitucional do direito à vida conferida ao feto ou a pessoa já nascida, trata-se de material sujeito a alguma proteção. (...) Não bastaria ao legislador apenas

ADI 3.510 / DF

jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada 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 desta convicção é a dimensão constitucional da 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.

14. Porque embriões congelados não têm vida atual, suscetível de proteção jurídica plena (art. 5º, *caput*), eliminá-los não constitui, em princípio, crime, nem ato ilícito menos grave. Mas este juízo abstrato não dispensa o intérprete de apurar se, em qualquer hipótese, independente do fim a que se predestine, está sempre a salvo a compatibilidade entre o tipo de destruição de embriões excedentes ou inaproveitáveis e a dignidade e o estatuto jurídico-constitucionais de que se revestem. Nesta, como em outras tantas questões jurídicas, é preciso discernir.

Para reinfundir-lhes a embriões isolados o impulso vital que transforme em ato sua totipotência, é preciso implantá-los em útero feminino. Ora, assim no caso de desembaraço puro e simples de células-tronco

relativizar a proteção jurídica da vida e da dignidade da célula-tronco embrionária para autorizar fazer-se qualquer coisa com tais células." (fls. 157-160).

ADI 3.510 / DF

embrionárias, como no de seu sacrifício em experimento científico de finalidade terapêutica, a implantação *jamaiz* se dará, porque já tecnicamente impossível ou inviável, ou porque não desejada ou não consentida pelos genitores.⁵⁷

É certo, a meu aviso, que nem todo tratamento ou destinação última de células embrionárias se harmonizam com o grau de valor ético e de tutela constitucional que se lhes devem reconhecer, assumindo, em algumas hipóteses, como as de clonagem, projetos eugênicos e engenharia genética, a natureza criminosa de severos atentados à dignidade humana, mas nelas não se pode incluir o descarte de embriões congelados. Por mais paradoxal que à primeira vista se revele, o raciocínio não sofre, porque em si o embrião, que não pode vindicar sequer expectativa de direito à vida, é deveras protegido pelo ordenamento jurídico, mas tal proteção lhe não assegura direito subjetivo de evoluir e de nascer. Doutro modo, fora mister descobrir ou inventar absurda obrigação jurídica de gerar filhos, com inconcebível recurso a métodos de forçada fertilização em massa!

Ora, bem, se o desprezioso e rotineiro descarte de embriões congelados, como ato que não traz benefício algum à sociedade, é autorizado pela ordem constitucional, *a fortiori* é-o seu emprego em pesquisas científicas dirigidas exclusivamente ao desenvolvimento de terapias. Cabe, aqui, estoutra

⁵⁷ Pode, é verdade, ocorrer implantação em caso da adoção de embriões, mas esse caminho está igualmente subordinado à deliberação dos genitores, porque tal possibilidade teórica lhes não subtrai nem reduz o poder decisório. Ademais, embora se sugira, utopicamente, que seria preferível a alternativa da adoção de embriões, como sustentaram, da tribuna, a CNBB e a PGR, estas entidades não têm dados para se contrapor ao fato estatisticamente comprovado da baixíssima aceitação social dessa prática.

ADI 3.510 / DF

opinião de **KLAUS ROXIN**, invocada com toda a pertinência por um dos *amici curiae*:

“(…) enquanto um embrião destruído não cria qualquer valor positivo, um embrião que não possa mais ser salvo, e que seja sacrificado para fins de pesquisas pode contribuir consideravelmente para a futura cura de doenças graves (…). Quem renuncia a esta possibilidade não serve à vida, mas a lesiona”.⁵⁸

15. A legislação infraconstitucional posta sobre o tema, à qual os críticos lhe não regateiam os atributos de “prudência e moderação”,⁵⁹ cerca de eficientes e compreensíveis cuidados o manejo desse nobre material genético, aliás em reverente e linear submissão às exigências constitucionais. Veda-lhe a comercialização. Proíbe a produção intencional de embriões para pesquisas. Obriga as instituições e serviços de saúde a obter autorização dos respectivos comitês de ética e pesquisa. Tipifica como crime, punível com detenção de um a três anos e multa, o uso de embriões em desacordo com o disposto no art. 5º. Pune, com penas de reclusão ainda mais acerbadas, a engenharia genética em material genético ou embrião humanos (art. 25), bem como a clonagem humana (art. 26).

A racionalidade da lei inspira-se também em outros valores de estatura constitucional, em particular o amplo direito à vida com dignidade daqueles cuja saúde, sobretudo física, depende de tratamentos que possam,

⁵⁸ **CONECTAS**, fls. 163.

⁵⁹ **MOVITAE**, p. 06 de sua manifestação.

ADI 3.510 / DF

eventualmente⁶⁰, resultar das pesquisas com células-tronco embrionárias.⁶¹ É o caso, também, da admissibilidade da doação de embriões para adoção reprodutiva e do rigoroso controle bio sanitário de seu descarte. Daí, aliás, se infere, logo, que sob nenhum aspecto esta causa envolve conflito de normas ou de princípios constitucionais, nem, por conseguinte, necessidade de recurso ao critério mediador da proporcionalidade, cuja invocação, de todo modo, em caso de algum contraste hipotético ou aparente, não excluiria à lei as qualificações de adequada,⁶² necessária⁶³ e proporcional em sentido estrito.⁶⁴

⁶⁰ Não se vê propósito em indagar acerca da suficiência, ou não, das pesquisas com células-tronco **adultas** (CTA), pois, tratando-se de argumento prático (*practical reasoning*), basta que a rotina contida na premissa conjectural – no caso, as pesquisas com CTE – “*possa contribuir para a conclusão prática proposta, ou seja, fomentá-la, promovê-la (no sentido do verbo alemão fördern, cf. Virgílio Afonso da Silva, 2002, p. 36)... Utilizamos a expressão “contribui para” ou “fomenta” a fim de dar conta das mais variadas concepções sobre como uma ação pode colaborar para a consecução da meta. Seja necessária, indispensável, ou apenas aumente o grau de probabilidade de o agente conseguir atingir o fim, será uma justificativa para a ação.*” (SILVA NETO, Paulo Penteadado de Faria E. *Estratégias argumentativas em torno da política de cotas (...): elementos de lógica informal e teoria da argumentação*. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Brasília: UnB, 2007, pp. 42-50). Por isso, não releva saber quais células-tronco, adultas ou embrionárias, estejam em etapas mais avançadas de pesquisas ou abram mais vastos horizontes terapêuticos. Como ambas contribuem para a persecução de um fim prestigiado pela Constituição, sem ferir-lhe outras normas ou princípios, reputam-se ambas adequadas, perdendo todo o sentido a discussão sobre a superioridade técnica de uma sobre outra.

⁶¹ Aliás, do ponto de vista constitucional, o direito de uma família a ter filho não é maior nem mais nobre do que o de um doente a ter esperanças de salvar a vida ou aplacar o sofrimento, por meio do desenvolvimento de terapia para seus males.

⁶² Cf. nota nº 54, *supra*.

⁶³ Porque, conquanto sejam também adequadas as pesquisas com CTA, não parecem elas representar expediente capaz de promover com igual amplitude, traduzida aqui pela velocidade, plasticidade e versatilidade das CTE, a realização dos mesmos bens jurídicos.

⁶⁴ Insisto em que não há colisão alguma de princípios ou regras. Mas, se a houvera, a limitação do direito à suposta “vida” dos embriões (que estes não têm, como penso estar demonstrado) ou ao grau de sua dignidade ética e constitucional, seria suficientemente justificada pelo resguardo do direito à vida e à dignidade de todas as pessoas suscetíveis de serem beneficiadas pelos resultados das pesquisas, aliada à promoção da saúde e à livre expressão científica.

ADI 3.510 / DF

16. Mas o direito posto, e aqui se confirma uma das minhas divergências mais relevantes com o brilhante voto do ilustre Min. Relator, *não poderia*, a meu ver, *ser diferente*. Se a lei subalterna não previsse, nos significados emergentes dos textos normativos interpretados à luz da Constituição, estratégias eficazes para resguardo da dignidade imanente aos embriões, seria *inconstitucional*.

18. E, nesse contexto, é mister extrair-lhe, ainda com apoio na técnica da chamada *interpretação conforme*, todas as garantias inerentes à intangibilidade constitucional do genoma humano, na sua expressão e valor de programa hereditário que identifica, caracteriza e distingue, na sua irreduzível singularidade, toda pessoa humana, sobretudo no plano prático das limitações necessárias das pesquisas científicas e da regulamentação de um sistema de atribuição e controle de responsabilidades, sem as quais não se passa dos apelos dos princípios gerais à instauração de uma práxis consentânea.

E a primeira e mais importante dedução respeita à inteligência das expressões "*para fins de pesquisa e terapia*" e "*pesquisa ou terapia*", constantes do *caput* e do § 2º da lei, cujo único significado normativo afeiçoado ao disposto no art. 6º, III, que proíbe engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humanos (art. 6º, III), e à própria Constituição, que não toleraria degradação destes organismos, é de autorização exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins exclusivamente terapêuticos. Para ser mais claro e preciso, nem a Constituição nem a lei permitem produção de

ADI 3.510 / DF

embriões humanos por fertilização *in vitro* senão para fins reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade, nem tampouco o uso de excedentes em pesquisas ou intervenções genéticas que não sejam de caráter exclusivamente terapêutico (a).

A segunda observação está em que, não obstante haja a lei instituído, para fiscalização e controle das múltiplas atividades regulamentadas incidentes sobre os chamados *organismos geneticamente modificados* (OGM), o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) e as Comissões Internas de Biossegurança (CIBios), além de prever a atuação de “*órgãos e entidades de registro e fiscalização*”, como os Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Meio Ambiente, relegou os deveres substantivos dessa tremenda responsabilidade, quando tratou das pesquisas com CTE, apenas aos comitês de ética e pesquisa (CEP) das respectivas instituições e serviços de saúde (art. 5º, § 2º).

Esses comitês, cuja pontual disciplina em vigor consta da Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, são formados por, pelo menos, sete profissionais das mais variadas áreas (saúde, ciências exatas e humanas: juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas) e, no mínimo por um representante dos usuários da instituição ou do serviço. Embora lhe ressalte a heterogeneidade disciplinar e a respectiva autonomia, prevendo, em tese, sua independência (itens VII.5 e VII.12), estatui a Resolução, no item VII.9, que “*a composição de cada CEP deverá ser definida a critério da instituição*”.



ADI 3.510 / DF

Tal regra envolve, quando menos, sério risco de ocorrência daquilo que a teoria econômica denomina *problema de agência*⁶⁵, ou seja, grave *conflito de interesses* que compromete a independência da entidade, enquanto instância imediata responsável pela garantia de rigorosa observância das gravíssimas restrições de ordem constitucional e legal das pesquisas autorizadas. Na reconstituição desse quadro deficiente, a possibilidade real de dominação ou subjugação dos comitês pelas instituições e serviços não pode ser ignorada, nem subestimada. A incerteza ou omissão da lei, ao propósito, apesar de não *afrontar*, no sentido etimológico da palavra, a Constituição da República, deixa de atender-lhe a uma exigência essencial à eficácia prática da tutela outorgada às células-tronco embrionárias, porque por si só é inoperante a qualificação teórica de antijuridicidade de certos comportamentos. Como já se acentuou na Itália, à falta de normas penais expressas sobre o assunto,

“l'importanza della riflessione sull'antigiuridicità attuale di determinate condotte, pur in assenza di corrispondenti norme sanzionatorie, non va trascurata. La 'nuda' antigiuridicità, infatti, non è priva di riflessi pratici”.⁶⁶

17. Ora, as células-tronco embrionárias não são OGM (art. 3º, §1º), donde as pesquisas e experimentos que as tomem por objeto não se sujeitam a

⁶⁵ JOSEPH STIGLITZ resume assim a teoria: “*the principal-agent problem is simply the familiar problem of how one person gets another to do what he wants (...), ensuring that [the latter's] behavior conforms with [the former's] wishes*” (*Economics of the public sector*, 3rd ed. New York: W.W. Norton, 1999, p. 202-203). Na hipótese, o problema é precisamente o oposto, já que não há relação de mandato: o grande risco é o de ocorrer subordinação dos CEP, que se tornariam agentes das instituições, em lugar de manter a altivez e a independência reclamadas. O alinhamento de interesses, neste caso, é ostensivamente deletério para todo o sistema.

ADI 3.510 / DF

controle direto do CNBS, da CTNBio, nem da CIBio. Qual, então, a solução viável, reclamada por injunção constitucional? Não pode ser a de os submeter a essas instituições, porque sua composição e tarefas são outras, nem a de esta Corte criar por si órgão congênere, porque carece da competência de legislador positivo para condicionar a validade da lei.

A legislação vigente precisa ajustar-se, no ponto, aos ditames constitucionais, para que compreenda, no alcance de normas mais severas e peremptórias, todos os responsáveis pelo efetivo controle que pretende seja exercido, sobretudo pelo Estado, de modo bastante próximo".⁶⁷ Isto exige edição de lei específica para cominação de responsabilidade criminal, ou interpretação que não excluísse das hipóteses legais da lei vigente, à primeira vista só imputável aos pesquisadores, os integrantes dos comitês de ética e pesquisa. Não sendo possível, no âmbito da função jurisdicional, nem a criação de normas, nem tal extensão hermenêutica em matéria criminal, será preciso acentuar, perante a ordem constituída, a responsabilidade penal dos membros dos comitês de ética (CEPs) e da própria Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS), nos termos do art. 319 do Código Penal, sob pena de ficar dúvida sobre a existência de instrumentos de intimidação ou inibição legal com força suficiente para, acomodando as normas à Constituição, refrear a tendência à lassidão ou à estudada passividade no controle das pesquisas. É

⁶⁶ EUSEBI, Luciano. *op. cit.*, p. 1060.

⁶⁷ Acertado, a respeito, o diagnóstico do **SENADO FEDERAL**: "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" (fls. 240). E não menos

ADI 3.510 / DF

que os membros dos comitês estão obrigados a: **a)** revisar os protocolos de pesquisa, para os aprovar, até sob condições, ou não; **b)** acompanhar o desenvolvimento dos projetos; **c)** receber denúncia de abusos e irregularidades, fazendo instaurar sindicância a respeito e decidindo sobre a continuidade, modificação ou suspensão da pesquisa (item VII.13, letras **a**, **b**, **d**, **f** e **g**). E os da Comissão Nacional de Ética têm dever de aprovar e acompanhar os protocolos nas áreas temáticas de genética e de reprodução humanas, provendo normas específicas no campo da ética em pesquisa, bem como de rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente (item VIII.4, letras **c**, **d** e **f**). E, considerando que todos são, para esses efeitos, reputados servidores públicos *lato sensu*, submetem-se àquele tipo penal (art. 319 do Código Penal), mas sem prejuízo de incorrerem nas penas dos delitos previstos nos arts. 24, 25 e 26 da Lei nº 11.105/2005, por omissão imprópria, quando, dolosamente, deixarem de agir de acordo com tais deveres (**b**).

Dada a superlativa magnitude dos bens jurídicos envolvidos na causa, todos conexos com primado da dignidade da pessoa humana e das suas expressões genéticas, cujo imperativo de integridade radica na Constituição, mais do que conveniente, seria mister que o Parlamento logo transformasse todas as formas de inadimplemento de tão graves deveres em tipos penais autônomos, com cominação de penas severas (**c**).

sensata a sugestão de que a fiscalização deva ser exercida também pelo Ministério da Saúde, pelo Conselho Nacional de Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

ADI 3.510 / DF

Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao “*Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária*”, na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte (d).

18. Diante do exposto, julgo **improcedente** a ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dou interpretação conforme à Constituição aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins já declarados (a, b e d).



28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALEXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Ministro Cezar Peluso, fui citado por Vossa Excelência ainda há pouco quanto a arrancar da Constituição a dignidade do embrião ou de uma vida intra-uterina.

Eu disse o seguinte em meu voto:

"Sucedê que - este é o *fiat lux* da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é **princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento**. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa."

Apenas, conforme Vossa Excelência, entendi que o embrião **in vitro**, nas condições da lei, jamais vai desaguar no indivíduo-pessoa, mas acredito que a Constituição, em última análise, é o fundamento de validade dessas leis protetivas de toda e qualquer vida, início de vida, seja intra-uterinamente, seja extra-uterinamente, com essa ressalva que Vossa Excelência vem fazendo desde o início do seu judicioso voto.



PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE. (S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO. (A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO. (A/S): CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

ADV. (A/S): ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS

INTDO. (A/S): MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE

ADV. (A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO

INTDO. (A/S): ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E
GÊNERO

ADV. (A/S): DONNE PISCO E OUTROS

ADV. (A/S): JOELSON DIAS

INTDO. (A/S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV. (A/S): IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento



Supremo Tribunal Federal

foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Plenário, 28.05.2008.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.
Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


fr Luiz Tomimatsu
Secretário

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

E S C L A R E C I M E N T O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, embora, a rigor, isto fosse absolutamente desnecessário, parece-me que conviria deixar esclarecida alguma coisa a respeito do julgamento que ontem foi suspenso.

Eu li - entre envergonhado e, de certo modo, entristecido -, nos jornais da minha terra, dos quais sou assinante há muitos anos, notícias sobre o julgamento e, em particular, sobre o meu voto, as quais me justificaram fundado temor de haverem induzido a opinião pública em erro grave. Decerto, nenhuma de ambas as notícias foi inspirada por propósito menos nobre - porque evidentemente não o posso supor a nenhum jornalista -, mas, sem dúvida alguma, decorreu de equívoco - eu diria - quase inescusável. Os que fizeram referências ao teor do meu voto ou não me ouviram ou, se me ouviram, não me entenderam.



ADI 3.510 / DF

O meu voto não contém nenhuma ressalva às pesquisas. E a conclusão dele, de improcedência da ação, apenas enuncia duas coisas: primeiro, a responsabilidade dos membros dos comitês de ética, coisa que está na lei; e, nesse passo, acentua a responsabilidade criminal dos respectivos membros. E, em segundo lugar, acena para a necessidade de que exista órgão que aprove a nomeação dos membros dos comitês. Apenas isto.

De modo que, Sr. Presidente, gostaria ficasse constando esse registro por não subsistir dúvida a respeito do conteúdo e da extensão de meu voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -

Na verdade, como já tivemos oportunidade de observar, os votos ontem proferidos, e, aí, falou-se em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, bem como em julgamento pela improcedência com adições. Vossa Excelência, inclusive, fez, na verdade, apelo ao legislador na parte final do seu voto. Isso tudo levou a alguma dificuldade de interpretação. Mas isso vai ser devidamente esclarecido no momento da proclamação, se for o caso.



29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, embora já tenha manifestado voto numa assentada anterior, gostaria de roubar alguns minutos do tempo dos colegas para, até em respeito aos votos brilhantes produzidos na assentada de ontem, fazer algumas brevíssimas observações, justificando o fato por que não posso desta vez, infelizmente, acompanhar a divergência, tão bem-enunciada pelo meu colega, Ministro Menezes Direito.

Entendo, Sr. Presidente, que a proposição final do voto de Sua Excelência, praticamente produz uma adulteração da norma contida no art. 5º, pelo acrescentamento de tais e tantas condicionantes que eliminam a sua força normativa.

Por isso, lamento, não poder acompanhar Sua Excelência na adição destas condicionantes, até porque, segundo entendo, aí, estaríamos excedendo, e muito, ao mandato que é conferido a este Supremo Tribunal Federal.

No mais, Sr. Presidente, faço também um reparo no quanto diz respeito a toda a construção que, de certa maneira, foi acompanhada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau para o estabelecimento dessas condicionantes. Salvo equívoco meu, esta construção vem baseada em informação de um cientista que acredita possível - e terá feito pesquisas nesse sentido -, que se extraiam células sem eliminação do blastocisto. Se não me engano, Ministro Menezes Direito - porque não tive acesso a essa documentação científica -, creio que é um trabalho único e não publicado; portanto, não submetido à comunidade científica internacional. Sabemos que esses trabalhos geralmente exigem uma ampla discussão para que, afinal, possam ser adotados como norma geral e difundidos.

ADI 3.510 / DF

Recentemente houve, exatamente nesta matéria de células-tronco, umas pesquisas realizadas por cientistas coreanos que depois - creio eu - tiveram que retroceder das suas afirmações originárias, porque foram contestadas pela comunidade científica internacional.

Assim sendo, Sr. Presidente, são essas as razões pelas quais prefiro, no caso, apoiar-me nas afirmações feitas pela séria comunidade científica brasileira, em sua grande maioria; muito embora, especialmente o Relator, tenha tido o grande cuidado de contrastar posições através de um criterioso trabalho, inclusive com uma audiência pública, a qual se desenrolou durante o dia todo e da qual todos nós, embora não pudéssemos estar presentes fisicamente, recebemos cópias mediante gravação de vídeo e som.

Então, Sr. Presidente, mais uma vez pedindo vênias e louvando o brilhante voto dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, reafirmo a posição anteriormente manifestada pela ausência de qualquer inconstitucionalidade na norma.




29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALESCLARECIMENTO

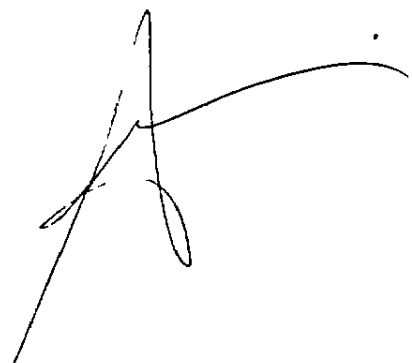
O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, peço a palavra.

Apenas uma brevíssima observação, já que a eminente Ministra Ellen Gracie fez alusão - e agradeço a alusão que fez - às condicionantes que eu teria apostado em meu voto. Na verdade, dei uma interpretação conforme a lei. Mas, ainda que tivesse colocado algumas condicionantes, gostaria apenas de ponderar que esta Corte, nos últimos tempos, tem estabelecido às diversas leis que examinam condicionantes quase que adentrando ao campo do legislador no concernente a algumas atividades. Por exemplo, no caso da lei de greve dos servidores públicos em que nós condicionamos, contra o meu voto, aliás, a atividade da greve no serviço público. Em outro caso, também, no da fidelidade partidária. Em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral, esta Casa entendeu de estabelecer uma série de condicionantes ao direito de mudar de partido.



ADI 3.510 / DF

Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta Casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade de pesquisa, realmente importantes para o avanço do conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa lei é extremamente vaga e foi formulada, *data venia*, de forma tecnicamente imprecisa.

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes. It appears to be a stylized name, possibly starting with a large 'A' or 'S'.

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte da Ministra Ellen Gracie.

ESCLARECIMENTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Senhor Presidente, eu tenho sempre, desde que aqui cheguei, o maior respeito, a maior admiração e o maior carinho pelos meus eminentes Colegas. E tenho procurado, ao longo do tempo, dar o testemunho desta certeza de que cada um de nós, quando a esta Casa comparece, o faz na mesma perspectiva daquele diálogo que teve Santo Agostinho com seu filho Adeodato: quando alguém fala, ou ele pretende aprender ou pretende ensinar. E eu tenho sempre aqui me posto na posição de aprender continuamente.

Lamento muito, embora compreenda, que a eminente Ministra **Ellen Gracie**, que antecipou o seu voto na sessão em que pedi vista, não tenha tido a oportunidade de acompanhar detalhadamente o voto que proferi. Não seria eu leviano de trazer a esta Corte alguma informação de natureza científica que não estivesse embasada em lastro de pesquisa, com todo o cuidado, com toda a tranqüilidade e com toda a certeza possível, em matéria de ciência.

Procurei ontem, tomando até tempo demasiado da Corte, fundamentar o meu voto na perspectiva que me pareceu mais correta. E

Supremo Tribunal Federal

compreendo que a Ministra **Ellen Gracie**, diante daquela fundamentação, tenha sentido necessidade de complementar as razões do voto que apresentou na primeira sessão. Todavia, peço licença a Sua Excelência para repelir, de maneira muito enérgica, mas com muito afeto, qualquer afirmação que possa ter levantado dúvida no que concerne à informação científica que trouxe, não apenas dos cientistas com os quais eu tive o privilégio de contactar pessoalmente como, de igual modo, daqueles que, lamentavelmente, só mesmo por via de comunicação eu pude também contactar. Mas, sem dúvida, eu terei enorme prazer em ceder à eminente Ministra **Ellen Gracie** o meu voto para que Sua Excelência possa constatar que a alternativa que propus não foi uma alternativa que existisse apenas numa perspectiva de probabilidade. Foi uma alternativa que existe em concreto, com pesquisas realizadas, com resultados constatados, se bem que, como todos os resultados de ciência, tenha eu destacado e até mesmo procurado listar os esforços que foram realizados nesta matéria com resultados que se vão confirmando ao longo do tempo. Mas, sob nenhum aspecto, por isso usei a expressão "repelir energicamente", pude trazer a esta Corte, em respeito até mesmo aos seus Membros, qualquer informação que não estivesse embasada criteriosamente nos dados que obtive.

Por fim, ainda pedindo desculpas por tomar o tempo desta Corte, mas mantendo-me fiel à posição que adotei, entendo que ela está lastreada suficientemente e que não necessita de maior explanação. Todos aqueles que desejarem certamente terão acesso ao voto que proferi, sempre respeitando, como o faço, as posições contrárias, porque esta Corte não pode ter a pretensão de decidir sempre à unanimidade.

Não me preocupam, sob nenhum ângulo e de nenhuma forma, as interpretações que possam surgir a respeito do voto de cada um de nós, seja pela imprensa, seja pelos cientistas, seja

Supremo Tribunal Federal

pelos advogados, porque isso faz parte do jogo democrático, faz parte da sociedade plural. E nós temos, necessariamente, obrigação moral, para não dizer uma obrigação ética, que é superior, de respeitar essas opiniões, de respeitar essas interpretações, porque é através dessas interpretações e dessas opiniões que nós vamos construindo uma sociedade mais livre, mais justa, na qual as pessoas possam realizar, na integralidade da sua natureza, a bem-aventurança desse dom da vida.

Portanto, Senhor Presidente, era apenas esse registro que gostaria de fazer no alvorecer desta sessão.

Agradeço a Vossa Excelência.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Senhor Presidente, sem mais tomar o tempo do Plenário, mas creio que comecei a minha manifestação exatamente dizendo que lamentava não poder aderir à divergência inaugurada pelo Ministro Carlos Alberto Direito, cujo voto, de forma alguma, tentei desqualificar. Creio que Sua Excelência haverá de me fazer justiça. Apenas mencionei o fato de que - pareceu-me assim - a estrutura das condicionantes colocadas por Vossa Excelência partia do pressuposto de que existe essa possibilidade, possibilidade esta de utilização sem destruição do blastocisto. E Vossa Excelência - prestei muita atenção ao voto de Vossa Excelência - até comparava este fato à doação de órgãos. Então, esta possibilidade que, ao que me parece, salvo melhor juízo, é utilizada por apenas um único grupo de cientistas no mundo inteiro, poderá no futuro, quem sabe, com o desenvolvimento da

ciência, com o desenvolvimento destas pesquisas, cuja continuidade talvez a Casa hoje autorize, venha a se tornar prevalecente. Mas, no momento, é apenas a pesquisa realizada por um único grupo de cientistas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Vossa Excelência me perdoe mais uma vez, não é não. São duas as hipóteses que foram postas, e talvez Vossa Excelência não tenha acompanhado as duas hipóteses. Eu me referi, primeiro, ao conceito de embrião inviável, e utilizei este conceito num dos termos postos pelo decreto regulamentar. Quanto ao outro, eu fiz referência à utilidade possível, que é realizada pelas diversas clínicas de reprodução assistida no que concerne ao diagnóstico pré-implantacional. E isso não é realizado nem por um, nem por dois cientistas; é realizado por todas as clínicas de reprodução assistida como objeto do processo normal de diagnóstico pré-implantacional.

Mas é certo, Senhor Presidente, que não convém agora reabrirmos esta discussão, porque ela está estampada no voto. Eu apenas fiz o registro, diante da complementação do voto da eminente Ministra **Ellen Gracie** nesta sessão, mas certamente Sua Excelência terá oportunidade de ler na integralidade o meu voto e certamente haverá de compreender, como é normal nos dissensos, a posição que adotei.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Menezes Direito. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Antes de tudo, registro a valia do pedido de vista formulado pelo ministro Menezes Direito. Permitiu a reflexão maior sobre o tema, ensejando, já agora, o término do julgamento. A iniciativa mostrou-se regimental e harmônica com o interesse coletivo no que repousa na segurança dos pronunciamentos do Supremo, porquanto, decidida a matéria, não há órgão judicante capaz de revisá-la.

Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo - contrariando e não protegendo a Constituição Federal - o papel de legislador positivo. Em síntese, a interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem presentes.

Também não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas, uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal, jamais

ADI 3.510 / DF

presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja ao Poder Legislativo, seja ao Executivo, em substituição de todo extravagante.

Para efeito de documentação, transcrevo o artigo da Lei nº 11.105/2005 - Lei de Biossegurança - atacado por meio desta ação direta de inconstitucionalidade:

[...]

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

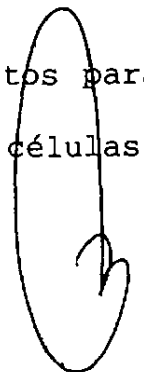
II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 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.

Pinço do dispositivo impugnado certos requisitos para a realização da pesquisa e da terapia mediante o uso de células-tronco embrionárias:



ADI 3.510 / DF

1. Haver embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* não utilizados.
2. Tratar-se de embriões inviáveis ou estarem os embriões congelados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou, se já congelados em tal data, após completarem três anos de congelamento.
3. Existir o consentimento daqueles que forneceram o material.
4. Submeterem as instituições de pesquisa e serviços de saúde os respectivos projetos, com vistas à aprovação, a comitês de ética em pesquisa.
5. Não ocorrer a comercialização do material biológico, configurado, no caso de inobservância da lei, tipo penal.

Ante tais requisitos, cabe indagar, simplesmente, onde reside a ofensa do citado artigo 5º à Carta Federal a ponto de levar à declaração de inconstitucionalidade. Mas, até mesmo em respeito a ópticas diversas, à atuação do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao ajuizar esta ação, cumpre a análise do tema.

Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo

ADI 3.510 / DF

notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei - e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante - 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade.

No tocante à questão do início da vida, não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa. É possível adotar vários enfoques, a saber:

- a) o da concepção;
- b) o da ligação do feto à parede do útero;
- c) o da formação das características individuais do feto;
- d) o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos;
- e) o da viabilidade em termos de persistência da gravidez;
- f) o do nascimento.

ADI 3.510 / DF

Os filósofos da antigüidade e Santo Agostinho revelaram ópticas diversas¹. Aqueles acreditavam que o embrião ou o feto não se mostrava formado senão após quarenta dias da concepção no caso masculino e entre oitenta e noventa dias no caso feminino. O pensamento de Aristóteles derivava da teoria dos três estágios da vida: vegetal, animal e racional. O estágio vegetal era alcançado na concepção, o animal na animação - quando incorporada a alma - e o racional logo após o nascimento com vida. Essa teoria passou a ser aceita pelos primeiros pensadores cristãos. O debate teológico refletiu-se nos escritos de Santo Agostinho, que traçava distinção entre *embryo inanimatus*, quando não presente a alma, e *embryo animatus*, portanto o já animado. Tal enfoque, acredita-se, teria origem na interpretação emprestada a versículo do livro bíblico Êxodo, cuja autoria é atribuída a Moisés:

Êxodo 21:22 Se alguns homens brigarem, e um ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, não resultando, porém, outro dano, este certamente será multado, conforme o que lhe impuser o marido da mulher, e pagará segundo o arbítrio dos juízes;

Êxodo 21:23 mas se resultar dano, então darás vida por vida,

Êxodo 21:24 olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé,

Êxodo 21:25 queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

Nota-se que haveria punição diferente para a hipótese de aborto se comparada à ocorrência de outro dano. O certo é que se

¹ Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 133 (1973).

ADI 3.510 / DF

encontra, nos escritos de Santo Agostinho, a visão de que poderes humanos não podem determinar o ponto, durante o desenvolvimento do feto, em que a mudança crítica ocorre, ou seja, o feto adquire a alma.

Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta - o aborto -, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto - inconfundível com o embrião - sob o ângulo científico. Nessa perspectiva, a Suprema Corte americana, no controverso caso *Roe versus Wade*, decidido em 1973, estabeleceu que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo ocorrer até com vinte e quatro semanas. Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto². Vale frisar que esse precedente tornou irrelevante a discussão, na América, sobre a constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida, havendo tão-somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo.

No caso concreto, não está envolvida a denominada viabilidade. Em primeiro lugar, o artigo 5º da Lei nº 11.105/2005

² *Id.*, p. 162-163.

ADI 3.510 / DF

versa sobre o uso de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, não cogitando de aproveitamento daqueles fecundados naturalmente no útero. Em segundo lugar, a lei - contendo inúmeras cláusulas acauteladoras e até mesmo proibitivas, como é o caso da referente à clonagem - condiciona a pesquisa a embriões não utilizáveis no procedimento de inseminação. É bem explícita ao considerar apenas os inviáveis e os congelados há três anos, ao prever o consentimento dos fornecedores dos óvulos e dos espermatozóides e ao proibir a comercialização, versando diversos tipos penais. A viabilidade, ou não, diz diretamente com a capacidade de desenvolver-se a ponto de surgir um ser humano.

Ora, está-se diante de quadro peculiar a afastar tal resultado. Levem em conta, para tanto, a existência do embrião *in vitro*, e não no útero, e, mais, a constatação da inviabilidade de uso considerada a destinação inicial. Soma-se a essa limitação o necessário consentimento daqueles que forneceram o material, os elementos, ficando assim descartada, seja sob o ângulo da utilidade, seja sob o da vontade do casal, a possibilidade de implantação no útero.

Vale dizer que, na prática, ocorre a fecundação de vários óvulos, mantendo-se banco próprio para fazer frente ao insucesso da inseminação. Verificando-se o contrário - e a realidade tem-se mostrado extremada no que gerados gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos -, os óvulos que sobejam acabam desprezados, dando-se-

ADI 3.510 / DF

lhes o destino do lixo, já que dificilmente quem de direito delibera por implantá-los em terceira pessoa.

Então, quer pela passagem do tempo sob o estado de congelados, quer considerada a decisão dos que forneceram o material, os embriões jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento. A propósito, expressivas são as palavras do biólogo David Baltimore, ganhador de prêmio Nobel, ao emitir opinião sobre a discussão ora submetida a este Tribunal:

Não sei falar a respeito do aspecto jurídico do assunto, mas do ponto de vista científico é uma discussão sem sentido. Afinal, os embriões humanos foram descartados porque o casal já teve o número de filhos que queria ou por qualquer outra razão. O fato é que os embriões serão destruídos de qualquer modo. A questão é saber se serão destruídos fazendo o bem a outras pessoas ou não. A meu ver, a resposta é óbvia.³

No tocante ao aspecto constitucional e considerado o direito à vida, expressou-se José Afonso da Silva, para quem as pesquisas não podem ser interrompidas⁴:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que

³ Veja. Páginas amarelas: Editora Abril, edição 2062, ano 41, nº 21, 28 de maio de 2008.

⁴ SILVA, José Afonso. A questão das células-tronco embrionárias. *Jornal Folha de S. Paulo*, 21 de março de 2008.

ADI 3.510 / DF

interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.⁵

Cito este trecho de José Afonso da Silva para revelar o descompasso entre a situação concreta versada no artigo em comento da Lei de Biossegurança e aquela outra que pode resultar, sem interferências estranhas, em uma vida.

No 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.

Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido - a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro -, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente. Por isso mesmo, o pró-reitor de graduação da Universidade Federal de São

⁵ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197.

ADI 3.510 / DF

Paulo e presidente da Federação de Sociedade de Biologia Experimental, o médico Luiz Eugenio Mello, ressaltou:

Um embrião produzido em laboratório, sem condições para implantação em um útero de uma mulher, ou nos termos da lei, um embrião inviável, que seria descartável, não é uma pessoa humana⁶.

Se, de um lado, é possível dizer que a criminalização do aborto compele a grávida a gerar o filho concebido, concebido naturalmente mesmo contra a respectiva vontade, ficando com isso enfatizado na legislação de regência o interesse do nascituro -, de outro, não se pode imaginar estejam os fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides obrigados a dar conseqüências a esses atos, chegando a forçar a mulher a gerar todos os embriões fecundados artificialmente, potencializando, a mais não poder, o ato de vontade inicial. Caminhar em tal sentido - isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação - é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição. Em síntese, aqui não se trata de questionar a possibilidade de obrigar uma pessoa - a gestante - a ficar fisicamente conectada a outra, tema a ser discutido, sob o ângulo constitucional, oportunamente, mas de definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem - e devem ser - aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade.

⁶ MELLO. Luiz Eugenio. Entre células e pessoas: a vida humana. Jornal Folha de S. Paulo, 1º de março de 2008.

ADI 3.510 / DF

Vale notar ainda que, no campo da doação de órgãos, inexistiu base, na Carta Federal ou em lei, que compila os pais a fazê-la para salvar a vida dos filhos.

Contrapõe-se à visão avessa à utilização dos embriões *in vitro* dado da maior importância considerado até mesmo predicado que transparece em desuso - a solidariedade. É fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Ora, o que previsto no artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 objetiva, acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória.

No mundo científico, é voz corrente que as células-tronco não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a formar neurônios. Então doenças neuromusculares e o tratamento da medula de alguém que ficou paraplégico ou tetraplégico bem como de acometidos por Parkinson não terão possibilidade de serem alcançados pela pesquisa a partir de células-tronco adultas. Confirmam a entrevista da bióloga Mayana Zatz a seguir referida.

Em outras palavras, os valores cotejados não possuem a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo no que, ante material biológico que terá, repito, destino único - o lixo -, seja proibida a utilização para salvar vidas. Quanto preconceito, quanto egoísmo,

Supremo Tribunal Federal

ADI 3.510 / DF

fazendo lembrar Vieira no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, em 1669:

A cegueira que cega cerrando os olhos não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas.

Sob esse aspecto, faz-se necessário ter presente passagem de obra de Márcio Fabri dos Anjos:

A ética não se nutre simplesmente da ordem colocada, mas de objetivos e finalidades segundo os quais a ordem se refaz para garantir o processo humano.⁷

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 têm 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?

Trago, para ilustrar, informações sobre o assunto, relativamente a diversos países - cujos nomes estão em ordem alfabética -, veiculadas em sítios na internet⁸:

⁷ ANJOS, Márcio Fabri dos. "Ética e clonagem humana na questão dos paradigmas" in Pessini, Leo, BARCHIFONTAINE, Christian Paulo de, orgs / Fundamentos da Bioética. São Paulo: Paulus, 1996 / p. 126.

⁸ Informações obtidas nos sítios eletrônicos do Jornal Herald Tribune e Wikipédia, confirmadas no sítio eletrônico da The International Society for Stem Cell Research (ISSCR). Endereços eletrônicos abaixo:

ADI 3.510 / DF

África do Sul - Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. É o único país africano com legislação a respeito.

Alemanha - Permite a pesquisa com linhagens de células-tronco existentes e sua importação, mas proíbe a destruição de embriões.

Austrália - Lei aprovada em Dezembro de 2006 permite o clone terapêutico, a união do DNA de células da pele em ovos para produzir células-tronco, também conhecidas como células-mestre, capazes de produzir todos os tecidos do corpo humano. Os embriões clonados não podem ser implantados no útero e precisam ser destruídos em 14 dias. Em 2002, o Parlamento autorizou os cientistas a extraírem células-tronco de embriões divididos para fertilização *in vitro*, mas banuiu a clonagem de células.

China - Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Cingapura - O país se proclamou como um centro internacional para a pesquisa em células-tronco, atraindo cientistas de diversas partes do mundo, incluindo os cientistas britânicos que clonaram a ovelha Dolly. São fornecidos incentivos robustos para a pesquisa em células-tronco, incluindo a clonagem de embriões humanos.

Coréia do Sul - Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Espanha - Em maio de 2006, o Parlamento votou para expandir o número de embriões disponíveis para a pesquisa em células-tronco, de forma a incluir qualquer congelado até 14 dias da concepção. Antes, os pesquisadores apenas poderiam usar os embriões congelados anteriormente a Julho de 2003. A lei também permite aos pais de crianças com doenças incuráveis a conceberem novos embriões e escolherem um saudável para servir como doador de tecidos, em casos em que todos os demais tratamentos falharam.

Estados Unidos - Proíbe a aplicação de verbas do governo federal a qualquer pesquisa envolvendo embriões humanos - a exceção é feita para 19 linhagens de células-tronco derivadas antes da aprovação da lei norte-americana. Mas Estados como a Califórnia permitem e patrocinam esse tipo de pesquisa - inclusive a clonagem terapêutica.

França - Não tem legislação específica, mas permite a pesquisa com linhagens existentes de células-tronco embrionárias e com embriões de descarte.

- http://www.iht.com/articles/ap/2006/12/07/asia/AS_GEN_Australia_Stem_Cell_Glance.php. Acessado em 19 de maio de 2008.
- http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A9lula_tronco, acessado em 19 de maio de 2008.
- <http://www.isscr.org/public/regions/index.cfm>, acessado em 27 de maio de 2008.

Supremo Tribunal Federal

ADI 3.510 / DF

Índia - Proíbe a clonagem terapêutica, mas permite as outras pesquisas.

Israel - Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Itália - Proíbe totalmente qualquer tipo de pesquisa com células-tronco embrionárias humanas e sua importação.

Japão - Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Mas a burocracia para obtenção de licença de pesquisa é tão grande que limita o número de pesquisas.

México - Único país latino-americano além do Brasil que possui lei permitindo o uso de embriões. A lei mexicana é mais liberal do que a brasileira, já que permite a criação de embriões para pesquisa.

Reino Unido - Tem uma das legislações mais liberais do mundo e permite a clonagem terapêutica.

Rússia - Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica.

Suíça - Os eleitores aprovaram a pesquisa em célula-tronco embrionária mediante um referendo nacional ocorrido em Novembro de 2004, autorizando apenas o uso de células-tronco embrionárias não utilizadas em processo de fertilização *in vitro*. A lei proíbe a clonagem humana e a criação de embriões para a pesquisa em células-tronco.

Turquia - Permite pesquisas e uso de embriões de descarte, mas proíbe a clonagem terapêutica (como o Brasil).

No Brasil, pesquisa efetuada em janeiro último pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população - e este deve ser sopesado neste julgamento. O índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco embrionárias - desconsiderada a parcela dos que não opinaram - chegou a 95%⁹.

Relembro o que consignei no exame da Questão de Ordem na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF, quando o Plenário veio a mitigar a medida acauteladora deferida, que

⁹ Pesquisa IBOPE/CDD, Ibope Inteligência, JOB 110/2008, janeiro de 2008. Base de cálculo: 1.863 entrevistados, desconsiderando a parcela de pessoas que não concorda e nem discorda, não sabe dizer e não respondeu.

ADI 3.510 / DF

implicara o afastamento da glosa penal quanto à gestante e ao pessoal médico no caso de interrupção de gravidez de feto anencéfalo:

A questão, a partir de 1º de julho de 2004, data em que concedida a medida acauteladora no processo, movimentou, como não tinha acontecido jamais com qualquer tema submetido ao Judiciário - salvo, agora, relativamente à possibilidade de pesquisa em células-tronco -, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados, pró e contra o pedido formulado, variando as opiniões conforme as concepções técnicas, religiosas e morais. Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o ângulo - o da pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade inafastável inviabilizadora da própria vida -, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa. Frisei que os olhos da nação voltavam-se ao Supremo Tribunal Federal - e permanecem voltados - e este há de se pronunciar quer em um sentido, quer em outro, evitando a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. Lembrei que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos.

Cumpra a esta Corte a guarda da Constituição Federal e a estará implementando a todos os títulos, sob as mais diversas ópticas, vindo a julgar improcedente o pleito formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, mantendo a esperança, sem a qual a vida do homem torna-se inócua. Bem o disse a pró-reitora de pesquisa e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano da Universidade de São Paulo, professora Mayana Zatz, ao ressaltar que:

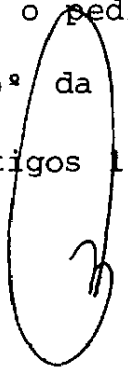
A terapia com células-tronco pode ser considerada como o futuro da medicina regenerativa. Entre as áreas mais promissoras, está o tratamento para diabetes, doenças neuromusculares, como as distrofias musculares progressivas e a doença de Parkinson. Com as células-tronco, também se poderá promover a regeneração de tecidos lesionadas por causas não hereditárias, como acidentes, ou pelo câncer [...]¹⁰

¹⁰ Veja. Páginas Amarelas: Editora abril, edição 2050, ano 41, nº 9, 5 de março de 2008.

ADI 3.510 / DF

Então, que se aguarde o amanhã, não se apagando a luz que no Brasil surgiu com a Lei n° 11.105/2005.

Acompanho o relator, ministro Carlos Ayres Britto, e os que o seguiram no voto proferido e julgo 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 da Carta e com o princípio da razoabilidade.



29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Em quase 40 anos de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento.

Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do progresso da ciência e do desenvolvimento da biotecnologia, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Ressalto a importância do pedido de vista formulado pelo eminente Ministro MENEZES DIREITO, cujo voto, rico, denso e



ADI 3.510 / DF

finamente elaborado, e porque dissentindo do pronunciamento do eminente Ministro CARLOS BRITTO, permitiu, aos Juizes desta Suprema Corte, ampla reflexão e análise responsável sobre as várias questões suscitadas pelo exame do pedido formulado pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Destaco, ainda, Senhor Presidente, a excelência dos magníficos votos proferidos pelos eminentes Senhores Ministros que me precederam (CARLOS BRITTO, ELLEN GRACIE, MENEZES DIREITO, CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU, JOAQUIM BARBOSA, CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO), que, fundados em estudos sérios e apoiados em muita reflexão, revelaram idéias respeitabilíssimas e exprimiram a visão de mundo que os orientaram na formulação de suas decisões.

Relembrando o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, e considerando o alto significado da decisão a ser tomada por esta Suprema Corte, tenho presente a grave advertência, por ele então lançada, de que, em casos emblemáticos como este, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele próprio, "jugado pela Nação" (RTJ 63/299, 312).

ÍTALO CALVINO, em suas "Seis Propostas para o Próximo Milênio" (p. 72, 1990, Companhia das Letras), formula observação que



ADI 3.510 / DF

me parece apropriada para iluminar o caminho e alimentar a reflexão de todos os que participam deste julgamento: "**Não me interessa aqui indagar se as origens dessa epidemia devam ser pesquisadas na política, na ideologia, na uniformidade burocrática, na homogeneização das 'mass media' ou na difusão acadêmica de uma cultura média. O que me interessa são as possibilidades de salvação**" (grifei).

Daí porque o eminente Professor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO ("**Problemas Jurídicos da Reprodução Assistida**", "in" Revista Forense, vol. 328/80 e seguintes), tendo presente o desenvolvimento da ciência, **assinala que nos sentimos** no direito de reformular o sistema porque o direito é fato, norma e valor. Alterado, radicalmente, o fato, a norma **não pode** deixar de sofrer alteração à luz dos valores.

Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade do direito à vida. **Reconheço**, ainda, **para além** da adesão **a quaisquer** artigos de fé, **que o direito à vida reveste-se**, em sua significação mais profunda, de um sentido **de inegável** fundamentalidade, **não importando** os modelos políticos, sociais **ou** jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, **pois** - qualquer que seja o contexto histórico em que nos situemos - "o valor incomparável da



ADI 3.510 / DF

pessoa humana" representará, sempre, o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais.

Ressalto, ainda, por irrecusável, a essencialidade que assume, em nosso sistema jurídico, como fator estruturante do ordenamento estatal, a dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o postulado da dignidade da pessoa humana - considerada a centralidade 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.

É certo, ainda, que a presente controvérsia jurídica, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade temática, não pode nem deve ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre poder secular e poder espiritual, entre fé e razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos.

Na realidade, o debate em torno da utilização das células-tronco embrionárias não pode ser reduzido à dimensão de uma

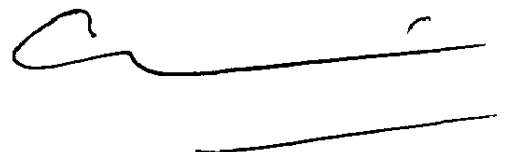


ADI 3.510 / DF

litigiosidade entre o poder temporal e o poder espiritual, pois o sistema jurídico brasileiro estabelece, desde o histórico Decreto 119-A, de 07/01/1890, elaborado por RUI BARBOSA e DEMÉTRIO RIBEIRO, então membros do Governo Provisório da República, a separação entre Estado e Igreja, com afastamento do modelo imperial consagrado na Carta monárquica de 1824, que proclamava o catolicismo como religião oficial do Estado brasileiro.

Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro, representando, nesse contexto, uma decisão política fundamental adotada pelos Fundadores da República, cujas opções - consideradas as circunstâncias históricas então presentes - teve em perspectiva a desgastante experiência proporcionada pela Carta Política do Império do Brasil, notadamente aquela resultante do gravíssimo conflito que se instaurou entre o Estado monárquico brasileiro e a Igreja Católica Romana, a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia episcopo-maçônica (1872-1875), que opôs o trono imperial ao altar católico.

A laicidade do Estado, enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe a separação entre



ADI 3.510 / DF

Igreja e Estado, não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente no direito de professar ou de não professar qualquer confissão religiosa), como assegura absoluta igualdade dos cidadãos em matéria de crença, garantindo, ainda, às pessoas, plena liberdade de consciência e de culto.

O conteúdo material da liberdade religiosa compreende, na abrangência de seu significado, a liberdade de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa, que representam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria configuração da idéia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao pluralismo.

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa

ADI 3.510 / DF

revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal, proibido, ainda, ao Estado, o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos ou em razões de ordem confessional ou, ainda, em artigos de fé, sendo irrelevante - em face da exigência constitucional de laicidade do Estado - que se trate de dogmas consagrados por determinada religião considerada hegemônica no meio social, sob pena de concepções de certa denominação religiosa transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais.

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.

Vale referir, neste ponto, o preciso magistério de DANIEL SARMENTO ("Legalização do Aborto e Constituição", "in" "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a

ADI 3.510 / DF

Perspectiva dos Direitos Humanos", p. 03/51, p. 26/27, 2007, Lumen
Juris):

"A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas - ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé - ainda que professados pela religião majoritária -, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes - ou que não adotam nenhuma -; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os 'outsiders'.



ADI 3.510 / DF

Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, 'um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.'

(...) O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar." (grifei)

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

Não podemos ignorar que as liberdades públicas do pensamento são prerrogativas constitucionais essenciais, cujo respeito efetivo, por parte do Estado e de seus agentes, qualifica-se como pressuposto necessário à própria legitimação substancial do regime democrático. A livre expressão e divulgação de idéias não deve ser impedida pelo Estado, especialmente se se considerar que o



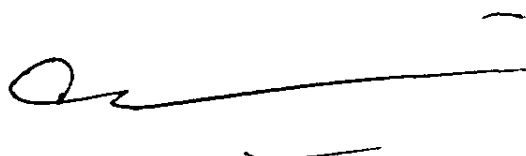
ADI 3.510 / DF

pluralismo de idéias, enquanto fundamento desta República, revela-se subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito, consoante prescreve o art. 1º da Constituição do Brasil.

Na verdade, a nossa Lei Fundamental proclama - em norma plenamente compatível com a natureza democrática do regime político que hoje caracteriza o Estado brasileiro - a liberdade de manifestação do pensamento, assegurando, em consequência, a livre expressão e transmissão de idéias, inclusive aquelas de caráter religioso ou as de índole não-confessional, sem a possibilidade de qualquer interferência prévia do aparelho estatal, seja para favorecer, seja para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

O Estado não tem - nem pode ter - interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das idéias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditá-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade



ADI 3.510 / DF

fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica - que busquem atribuir densidade teórica a idéias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa - estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.

A separação constitucional entre Estado e Igreja, desse modo, além de impedir que o Poder Público **tenha preferência ou** guarde hostilidade em relação a **qualquer** denominação religiosa, objetiva resguardar duas (2) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, de outro, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, **impor**, aos **demais** cidadãos, a **observância** de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Dai porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma



ADI 3.510 / DF

perspectiva de índole confessional, tal como acertadamente assinalou o eminente Relator da causa.

O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta no texto da Constituição e das leis da República e que se revela informado por razões de ordem eminentemente social e de natureza pública, estimuladas pela necessidade de desenvolvimento das pesquisas científicas em nosso país, em ordem a viabilizar o domínio de técnicas que permitam o manejo e a utilização de terapias celulares, com células-tronco embrionárias, destinadas ao tratamento de doenças ou de alterações degenerativas.

Tenho para mim, considerados os aspectos que venho de referir, que se mostra relevante rememorar, neste ponto, alguns fragmentos que compõem documento elaborado por Grupo de Trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências, constituído pelos Professores Doutores MAYANA ZATZ, do Instituto de Biociências da USP, MARCO ANTONIO ZAGO, da Faculdade de Medicina da USP, e ANTONIO CARLOS CAMPOS DE CARVALHO, do Instituto de Biofísica "Carlos Chagas Filho" da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

"O Procurador-Geral da República interpôs perante o Supremo Tribunal Federal a ADI 3510 impugnando o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105 de 24 de março



ADI 3.510 / DF

de 2005. **Sua tese central é que a vida humana acontece na, e a partir da fecundação, sustentando que o referido preceito **desrespeita** a inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana.**

Para apoiar essa conclusão o Procurador-Geral toma por base argumentos da biologia, da embriologia e da medicina, **fundamentando-se** em opiniões que sustentam que existe evidência científica de que a) a vida individual inicia-se com a fecundação, b) a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, c) a existência na Alemanha de uma lei de proteção do embrião que proíbe a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias (embora permita a pesquisa com células da mesma natureza que sejam importadas).

O Grupo de Trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências decidiu, pois, restringir sua atenção a esses três tópicos retro citados, abstendo-se de analisar em profundidade a grande potencialidade dessas células para pesquisa médica e biológica e para terapêutica de doenças humanas.

Início da vida individual

1. Não se trata propriamente do momento do 'início da vida individual', mas sim em que momento do ciclo vital a sociedade decide dar ao ente biológico o 'status' de indivíduo (pleno ou potencial), que passa então a merecer do Estado a proteção de sua integridade. Essa não é uma questão científica biológica, mas sim filosófica e moral, definida arbitrariamente pela legislação de cada país em consonância com os costumes (cultura) da população. É de esperar, pois, que seja variável segundo o local e o tempo.

Por analogia, o mesmo ocorre com a morte. A definição do momento da morte individual varia, segundo a evolução da medicina (O conceito de 'morte cerebral', por exemplo, que permite retirar órgãos de um indivíduo cujo coração e pulmão estejam funcionando, é bastante recente na história da humanidade).

.....
3. É certo que o início do desenvolvimento embrionário ocorre com a fecundação. Neste ponto forma-se um novo 'genoma' pela fusão de metade do patrimônio genético materno e metade paterna. No entanto, essa



ADI 3.510 / DF

célula ovo, e mesmo o blastocisto que daí deriva, está muito longe de ser algo semelhante a um ser humano. **Contrariamente** ao argumento do Dr. Demerval Brandão inserido na ADI 3510 'O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa', **há enormes diferenças qualitativas** entre esse conjunto de células e o organismo adulto. **Em particular**, esse conjunto de células está muito longe de ter qualquer primórdio de atividade neural que caracteriza os animais evoluídos, e está muito distante ainda do momento em que terá qualquer início de atividade cerebral superior que caracteriza os animais mais evoluídos. **Trata-se de um conjunto de células que, do ponto de vista biológico, não se distingue de uma cultura ou uma colônia de células de animais ou plantas.** Sua característica mais importante é a de poder, em condições apropriadas, dar origem a todos os diferentes tecidos que compõem o organismo adulto. **Mais especificamente**, se houver condições adequadas de implantação em útero, elas podem dar origem a um feto e eventualmente a um indivíduo adulto.

4. Por isso, a potencialidade de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada irremediavelmente por uma condição 'sine qua non': **a implantação 'in utero'**. **Pode-se afirmar**, pois, que 'o ovo fecundado (ou embrião em fase inicial de desenvolvimento) **somente poderá ser considerado** um ser humano em potencial, **se tiver a possibilidade** de ser implantado em útero'. **Um ovo ou embrião que não tem a possibilidade de ser implantado em útero não é um ser humano potencial** (...).

A necessidade de pesquisas com células-tronco embrionárias

Há necessidade de pesquisas com células-tronco embrionárias? Não basta utilizar células tronco-adultas?

1. Dentre os argumentos apresentados na ADIN 3510, **o Procurador-Geral da República usa declarações** do Professor Garcia-Olmo que induzem a uma falsa idéia de que as terapias com células tronco-adultas já teriam alcançado a comprovação científica de sua eficácia. **É necessário enfatizar** que a única forma de tratamento com células-tronco adultas de eficiência comprovada e amplamente utilizada em medicina é o transplante de células-tronco hematopoéticas, popularmente conhecida como 'transplante de medula óssea'. **Todas as demais**



ADI 3.510 / DF

terapias com células-tronco adultas são ainda experimentais, o que significa dizer que se encontram em fase de pesquisa para atestar sua segurança, exequibilidade, ou eficácia. **As evidências científicas atualmente disponíveis** não permitem afirmar que o transplante de células-tronco adultas de medula óssea trará benefícios para pacientes portadores de outras doenças, além daquelas que hoje são tratadas regularmente com transplante de medula óssea.

2. **Do mesmo modo** é necessária extrema cautela na interpretação dos resultados obtidos pelo grupo da Professora Catherine Verfaillie, que teria identificado uma diminuta população de células-tronco da medula óssea adulta com propriedades semelhantes às das células-tronco embrionárias. A destacar inicialmente o contraditório de que para validar esta descoberta seria necessário estudar as células-tronco embrionárias humanas, objeto da contestação feita pela presente ADI. (...).

.....
3. **Obviamente**, os cientistas brasileiros, como outros de vários países, continuam pesquisas buscando isolar um tipo de célula-tronco pluripotencial (semelhante à célula-tronco embrionária) em adultos. A posição das sociedades científicas e dos órgãos de financiamento à pesquisa é de apoiar essas investigações, mas no momento não há evidências de que esse tipo celular exista em quantidade e com características que permita substituir as células-tronco embrionárias. Em vista do volume de trabalho já investido nesta área parece-nos que as perspectivas não são otimistas.

4. **As células-tronco embrionárias têm uma pluripotencialidade que é inconteste e aceita por todos os cientistas que trabalham na área**. Em contraste, há intenso debate na comunidade científica sobre o grau de plasticidade (ou seja, sua capacidade de diferenciar-se em outros tecidos) de células tronco-adultas de qualquer origem (medula óssea, cordão umbilical, tecido adiposo, entre outras). **Alguns poucos grupos** de pesquisa **relataram** a existência de células-tronco adultas pluripotentes, **enquanto outros - hoje majoritários - contestam** a existência destas células. **É neste cenário contraditório** que a questão da pesquisa com células-tronco embrionárias **precisa** ser considerada e devemos novamente destacar que mesmo para comprovar a suposta pluripotencialidade das células-tronco adultas



ADI 3.510 / DF

será necessário e indispensável pesquisar com as células-tronco embrionárias. (...)." (grifei)

Em torno da matéria em exame, Senhor Presidente, há um dado da realidade sumamente importante, que evidencia que as células-tronco embrionárias possuem genes estáveis, ordinariamente insuscetíveis de sofrer alterações bioquímicas no curso do processo terapêutico, e que, por efeito de seu potencial ilimitado, permitem inúmeras aplicações, notadamente no tratamento de acidentes vasculares cerebrais, de diabetes, de doença de Alzheimer, do mal de Parkinson, do reparo de tecidos lesados, de traumas na medula espinhal, dentre outras gravíssimas patologias.

Note-se, portanto, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não-religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de idéias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não-confessional, para que não se repita, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei ("eppur si muove!"), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema



ADI 3.510 / DF

heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.

A controvérsia constitucional ora em exame também não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto, pois, como bem destacou a ilustre Professora MAYANA ZATZ, "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 entenda a diferença" (grifei).

Ainda que assim alguns não entendam, penso, Senhor Presidente, que este julgamento impõe, a meu juízo, dentre outros temas, grave reflexão sobre a bioética do começo da vida, em face, até mesmo, da própria secularização dos valores envolvidos neste processo.



ADI 3.510 / DF

É interessante observar, neste ponto, que são diversas as abordagens em torno da formulação de "um conceito substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente" (MIGUEL KOTTOW, "Bioética del Comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana?", "in" Simpósio Bioética n° 2, vol. 9, 2001).

Torna-se correto assinalar, em consequência, que vários podem ser os inícios da vida humana, tal seja a opção que se faça por qualquer das formulações teóricas ou teses que buscam estabelecer conceitos bioéticos sobre o início da vida individual.

A esse respeito, e consideradas as diversas propostas sobre o tema em exame, há diferentes teses científicas que discutem, cada qual com argumentos próprios, o início da vida, destacando-se, dentre essas várias abordagens, como observa LETÍCIA DA NÓBREGA CESARINO ("Nas Fronteiras do 'humano': os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões"), as seguintes:

<u>Tese</u>	<u>Marco Inicial</u>	<u>Fundamentos Biológicos</u>
<u>Genética</u>	Fertilização - encontro do óvulo com o espermatozóide.	Com a fecundação, há a formação de estrutura celular com código genético único.

ADI 3.510 / DF

<u>Embriológica</u>	14º dia - completa-se a nidacão (fixação do embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna vertebral).	O embrião configura-se como estrutura propriamente individual: não pode se dividir em dois ou mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos embrionários.
<u>Neurológica</u>	8ª semana - aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao sistema nervoso central (SNC). <hr/> 20ª semana - completa a formação do SNC 'per se'.	Baseada no mesmo argumento da morte cerebral: assim como a vida só termina com a parada dos sinais neurológicos, ela começa com o aparecimento das estruturas nervosas e/ou de seus sinais.
<u>Ecológica</u>	Entre a 20ª e a 24ª semanas - completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta.	Principal fundamentação da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero.
<u>Gradualista</u>	Não há.	Supõe a continuidade do processo biológico, no qual a vida é concebida como um ciclo. Neste sentido, a formação de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós.

ADI 3.510 / DF

As divergências a propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam, por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões, como o evidencia um estudo altamente informativo sobre a questão em análise ("O primeiro instante"), realizado por ELIZA MUTO e LEANDRO NARLOCH:

"A história da vida

Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga. Tão velha quanto a arte de perguntar - a questão despertou o interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia. Em seu livro República, Platão defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a idéia de que casais deveriam gerar filhos para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa função cessava e a indicação era clara: o aborto. Para Platão, não havia problema ético algum nesse ato. Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento.

As idéias do filósofo grego repercutiram durante séculos. Estavam por trás de alguns conceitos que nortearam a ciência na Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era considerada legal e moralmente aceitável. Sêneca, um dos filósofos mais importantes da época, contou que era comum mulheres induzirem o aborto com o objetivo de preservar a beleza do corpo. Além disso, quando um habitante de Roma se opunha ao aborto era para obedecer à vontade do pai, que não queria ser privado de um filho a quem ele tinha direito.

A tolerância ao aborto não queria dizer que as sociedades clássicas estavam livres de polêmicas semelhantes às que enfrentamos hoje. Contemporâneo e pupilo de Platão, Aristóteles afirmava que o feto tinha, sim, vida. E estabelecia até a data do início: o primeiro movimento no útero materno. No feto do sexo masculino, essa manifestação aconteceria no 40º dia de gestação. No feminino; apenas no 90º dia - Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se



ADI 3.510 / DF

desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto, **o pensamento aristotélico defendia** que o aborto **deveria ser permitido** apenas até o 40º dia da gestação.

A teoria do grego Aristóteles sobreviveu cristianismo adentro. Foi **encampada** por teólogos fundamentais do catolicismo, como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, e **acabou alçada a tese oficial** da Igreja para o surgimento da vida. **E assim foi por um bom tempo - até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º condenou a interrupção da gravidez, sob pena de excomunhão. Nascia aí a condenação do Vaticano ao aborto (...). O sucessor de Sixto, Gregório 9º, voltou atrás na lei e determinou que o embrião não formado não poderia ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. **Essa visão perdurou até 1869, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição. Foi a solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba: quando começa a vida?** Como cientistas e teólogos não conseguiam concordar sobre o momento exato, Pio 9º decidiu que o correto seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da concepção na união do óvulo com o espermatozóide.**

A opinião atual do Vaticano sobre o aborto, no entanto, só seria consolidada com a decisão dos teólogos de que o primeiro instante de vida ocorre no momento da concepção, e que, portanto, o zigoto deveria ser considerado um ser humano independente de seus pais. 'A vida, desde o momento de sua concepção no útero materno, possui essencialmente o mesmo valor e merece respeito como em qualquer estágio da existência. É inadmissível a sua interrupção', **afirma** dom Rafael Llano Cifuentes, presidente da Comissão Episcopal Pastoral para a Vida e a Família da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

O catolicismo é das únicas grandes religiões do planeta a afirmar que a vida começa no momento da fecundação e a equiparar qualquer aborto ao homicídio. O judaísmo e o budismo, por exemplo, **aditem a interrupção da gravidez em casos como o de risco de vida para a mãe (...).** Isso mostra que a **idéia de vida e a importância que damos a ela variam de acordo com culturas e épocas.** Até séculos atrás, eram apenas as

ADI 3.510 / DF


crenças religiosas e hábitos culturais que davam as respostas a esse debate cheio de possibilidades. **Hoje, a ciência tem muito mais a dizer sobre o início da vida.**

A ciência explica

O astrônomo **Galileu Galilei** (1554-1642) passou a vida fugindo da Igreja por causa de seus estudos de astronomia. Ironicamente, sem uma de suas invenções - o telescópio, fundamental para a criação do microscópio -, a Igreja não teria como fundamentar a tese de que a vida começa já na união do óvulo com o espermatozóide. Foi somente no século 17, após a invenção do aparelho, que os cientistas começaram a entender melhor o segredo da vida. Até então, ninguém sabia que o sêmen carregava espermatozóides. Mais tarde, por volta de 1870, os pesquisadores comprovaram que aqueles espermatozóides corriam até o óvulo, o fecundavam e, 9 meses depois, você sabe. Foi uma descoberta revolucionária. Fez os cientistas e religiosos da época deduzir que a vida começa com a criação de um indivíduo geneticamente único, ou seja, no momento da fertilização. É quando os genes originários de duas fontes se combinam para formar um indivíduo único com um conjunto diferente de genes.

(...) **Hoje sabemos que não existe um momento único em que acontece a fecundação.** O encontro do óvulo com o espermatozóide não é instantâneo. **Em um primeiro momento**, o espermatozóide penetra no óvulo, **deixando** sua cauda para fora. **Horas depois**, o espermatozóide já está dentro do óvulo, **mas os dois** ainda são coisas distintas. **'Atualmente**, os pesquisadores preferem enxergar a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas', **afirma** o biólogo americano Scott Gilbert, no livro *Biologia do Desenvolvimento*. **Além disso**, são necessárias outras 24 horas para que os cromossomos contidos no espermatozóide se encontrem com os cromossomos do óvulo.

(...) **A teoria da fecundação** como início de vida **sofre um abalo** quando se leva em consideração **que o embrião** pode dar origem a dois ou mais embriões **até 14 ou 15 dias após** a fertilização. Como uma pessoa pode surgir na fecundação se depois ela se transforma em 2



ADI 3.510 / DF

ou 3 indivíduos? E tem mais complicação. É bem provável que o embrião nunca passe de um **amontoadado de células**. Depois de fecundado numa das trompas, ele precisa percorrer um longo caminho até se fixar na parede do útero. Estima-se que **mais de 50% dos óvulos** fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com a menstruação.

Além dessa visão conhecida como 'genética', há pelo menos outras **4 grandes correntes** científicas que apontam uma linha divisória **para o início da vida**. Uma delas estabelece que a vida humana se origina na **gastrulação** - estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião, formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe. **Nesse ponto**, o embrião, que é menor que uma cabeça de alfinete, é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais pessoas. Ou seja, a partir desse momento, ele seria um ser humano.

Com base nessa visão, muitos médicos e ativistas defendem o uso da pílula do dia seguinte, medicação que dificulta o encontro do espermatozóide com o óvulo ou, caso a fecundação tenha ocorrido, provoca descamações no útero que impedem a fixação do zigoto. Para os que brigam pelo o direito **do embrião à vida**, a pílula do dia seguinte equivale a uma arma carregada.

Para complicar ainda mais, há uma terceira corrente científica defendendo que, para saber o que é vida, basta entender o que é morte. E países como o Brasil e os EUA definem a morte como a ausência de ondas cerebrais. A vida começaria, portanto, com o aparecimento dos primeiros sinais de atividade cerebral. E quando eles surgem? Bem, isso é outra polêmica. Existem duas hipóteses para a resposta. A primeira diz que já na 8ª semana de gravidez o embrião - do tamanho de uma jabuticaba - possui versões primitivas de todos os sistemas de órgãos básicos do corpo humano, incluindo o sistema nervoso. Na 5ª semana, os primeiros neurônios começam a aparecer; na 6ª semana, as primeiras sinapses podem ser reconhecidas; e com 7,5 semanas o embrião apresenta os primeiros reflexos em resposta a estímulos. Assim, na 8ª semana, o feto - que já tem as feições faciais mais ou menos definidas, com mãos, pés e dedinhos - tem um circuito básico de 3 neurônios, a base de um sistema nervoso necessário para o pensamento racional.



ADI 3.510 / DF

A segunda hipótese aponta **para a 20ª semana**, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, capaz de se sentar de pernas cruzadas, chutar, dar cotoveladas e até fazer caretas. É nessa fase que o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto. Se a menor dessas previsões, a de 8 semanas, for a correta, mais da metade dos abortos feitos nos EUA não interrompem vidas. Segundo o instituto americano Allan Guttmacher, ong especializada em estudos sobre o aborto, 59% dos abortos legais acontecem antes da 9ª semana.

Apesar da discordância em relação ao momento exato do início da vida humana, os defensores **da visão neurológica** querem dizer a mesma coisa: somente **quando as primeiras conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral** do feto ele se torna um ser humano. **Depois**, a formação **dessas vias** neurais resultará na aquisição da 'humanidade'. E essa opinião também é partilhada por alguns teólogos cristãos, como Joseph Fletcher, um dos pioneiros no campo da bioética nos EUA. **'Fletcher acreditava que, para se falar em ser humano, é preciso se falar em critérios de humanidade, como autoconsciência, comunicação, expressão da subjetividade e racionalidade'**, diz o **filósofo e teólogo** João Batistiolle, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

.....
1. Visão genética

A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

2. Visão embriológica

A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.



ADI 3.510 / DF

3. Visão neurológica

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

4. Visão ecológica

A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

5. Visão metabólica

Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozóides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

1. Catolicismo

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de 'negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano.'

2. Judaísmo

'A vida começa apenas no 40º dia, quando acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana', diz o rabino Shamai, de São Paulo. 'Antes disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio.' Dessa forma, o judaísmo permite a pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de estupro.



ADI 3.510 / DF

3. Islamismo

O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, **cerca de 120** dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias.

4. Budismo

A vida é um processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozóide, mas está presente em tudo o que existe - nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões.

5. Hinduísmo

Alma e matéria se encontram na fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe, o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que colocam em risco a vida da mãe." (grifei)

Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete - necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido



ADI 3.510 / DF

real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde.

Como largamente reconhecido no curso deste julgamento, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput"), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos define o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão.

A vida e a morte, na realidade, qualificam-se como conceitos indeterminados. Dai porque a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual "vita in motu est"!

Como se sabe, a Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, estabelece, em seu art. 3º, "caput", como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica, ao prever que a retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes do corpo humano



ADI 3.510 / DF

destinados ao transplante "(...) deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica (...)" (grifei).

A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, "a contrario sensu", servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização "in vitro", transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida.

As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central.

Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso.



ADI 3.510 / DF

Inexiste, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial, como advertem os cientistas que compuseram o Grupo de Trabalho constituído pela Academia Brasileira de Ciências para examinar a matéria em análise, enfatizando que "a potencialidade de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada, irremediavelmente, por uma condição 'sine qua non': a implantação 'in utero'. Pode-se afirmar, pois, que 'o ovo fecundado (ou embrião em fase inicial de desenvolvimento) somente poderá ser considerado um ser humano em potencial, se tiver a possibilidade de ser implantado em útero. Um ovo ou embrião que não tem a possibilidade de ser implantado em útero não é um ser humano potencial'" (grifei).

É por isso, Senhor Presidente, que não vislumbro paridade ontológica, no plano normativo, entre o embrião (que se ache nas condições fixadas pelo art. 5º da Lei de Biossegurança) e a pessoa nascida, ressaltando, como o faz PIERANGELO CATALANO, da Universidade de Roma, que "A pandectística e a civilística europeias eliminaram conceitualmente a concretitude da relação 'naturalística' entre 'qui in utero est' e 'homo'" (v. Revista de Direito Civil, vol. 45/9).



ADI 3.510 / DF

É importante destacar, neste ponto, trecho do douto voto proferido pela eminente Ministra ELLEN GRACIE, no qual Sua Excelência, com muita propriedade, enfocou a matéria em exame:

"A professora Letícia Cesarino, acima referida, corroborando pensamento de Michael Mulkay, conclui que a agregação deste conjunto de 'fatos' na nova categoria 'pré-embrião' permitiu, assim, remover o objeto da experimentação científica do escopo do discurso moral para inseri-lo num universo técnico.

4. No Brasil (após inclusão em projeto que objetivava a urgente regulamentação do processo de liberação dos organismos geneticamente modificados), surge o art. 5º da Lei 11.105/2005, que autoriza o manejo das células-tronco embrionárias de uma maneira restrita, com a precaução sempre recomendada nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e explorados.

A primeira restrição imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades de pesquisa e de terapia.

Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização 'in vitro' - técnica de reprodução humana assistida - não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem.

Além de excedentes no procedimento de fertilização 'in vitro', os embriões de uso permitido ainda deverão estar dentre aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improbabilidade



ADI 3.510 / DF

de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento.

As restrições não param por aí. É preciso, ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expresse consentimento dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa.

Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido artigo 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26).

5. Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo 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.

Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do préembrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), **destaco** a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida." (grifei)

ADI 3.510 / DF

Nem se diga que o texto normativo inscrito no art. 5º da Lei de Biossegurança (que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões produzidos por fertilização "in vitro") e a interpretação que o eminente Relator da causa deu a essa regra legal representariam ofensa ao dever de proteção que incumbe ao Estado em matéria de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Não se põe em debate, presente referido contexto, a questão concernente à proteção insuficiente (uma das dimensões em que se projeta o postulado da proporcionalidade), pois a existência de tensão dialética resultante do antagonismo entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura.

Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da 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



ADI 3.510 / DF

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, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, "A Ponderação de Interesses na Constituição Federal" p. 193/203, "Conclusão", itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "Temas de Direito Constitucional", tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias", "in" "Constituição Federal de 1988 - Dez Anos (1988-1998)", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, "Direito Constitucional", p. 661, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, "Colisão de Direitos", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", p. 216, "Conclusão", 2ª ed., 2000, Brasília Jurídica).



ADI 3.510 / DF

Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecidas 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 se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por milhões de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis, cujá 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.

Há um ponto que merece registro especial. Refiro-me ao fato de que, ao longo do processo constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas Emendas objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. Tais Emendas, no entanto, não lograram aprovação, como se vê, não apenas dos Anais da Assembléia Nacional Constituinte, como, notadamente, do próprio texto inscrito no "caput" do art. 5º de nossa Lei Fundamental.



ADI 3.510 / DF

É certo que a Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, proclama, em seu Art. 4º, § 1º, que "toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção (...)" (grifei).

A Declaração Americana de Direitos e Deveres da Pessoa Humana, no entanto, promulgada na IX Conferência Internacional dos Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu Artigo I, ao "direito à vida", sem qualquer menção ao instante da concepção.

Também o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre Direitos Civis e Políticos (1966), em seu Artigo 6º, § 1º, reconhece, de maneira geral, igualmente sem qualquer referência ao momento da concepção, a inviolabilidade do direito à vida.

Vê-se, desse modo, que esses dois últimos documentos internacionais, que precederam a promulgação do Pacto de São José da Costa Rica, não incorporaram a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção.

Foi por essa razão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso "Baby Boy" (Resolução nº 23/81),



ADI 3.510 / DF

advertiu que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da cláusula "em geral" tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse, desse mesmo Artigo, a expressão (nele inexistente) "desde o momento da concepção", a significar, portanto, como se reconheceu em referido processo (Resolução nº 23/81 - Caso 2141), que a Convenção Americana de Direitos Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção.

É importante conferir, nesse específico ponto, o que resolveu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

"30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase 'en general, desde el momento de la concepción' no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula 'en general, desde el momento de la concepción' son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta 'desde el momento de la concepción', que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios." (grifei)

Disso resulta a clara possibilidade, como registra o Código Penal brasileiro, ao permitir a prática do aborto em duas situações excepcionais (gravidez resultante de abuso sexual e

ADI 3.510 / DF

gestação que põe em risco a vida da mulher), de o legislador ordinário, mesmo em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispor, validamente, sobre a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia, tal como o fez no ora questionado art. 5º da Lei de Biossegurança.

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, registro o caráter histórico deste memorável julgamento, seguramente o mais importante de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou. Também desejo destacar a excelência e a solidez de todos os votos aqui proferidos, dentre eles o do eminente Relator e o do eminente Ministro MENEZES DIREITO, que instaurou, com brilhante fundamentação, a divergência no exame da presente causa.

Peço vênia, no entanto, para acompanhar, integralmente, o douto voto que proferiu o Ministro CARLOS BRITTO, Relator deste processo, cuja decisão - como salientei na assentada anterior deste julgamento - será certamente lembrada não apenas pelas presentes, mas, também, pelas futuras gerações.

Esse notável voto representa, na verdade, a aurora de um novo tempo impregnado de esperança para aqueles abatidos pela angústia da incerteza. Significa a celebração solidária da vida e da liberdade.



ADI 3.510 / DF

Restaura, em todos nós, a convicção de que milhões de pessoas não mais sucumbirão à desesperança e à amarga frustração de não poderem superar os obstáculos gerados por patologias gravíssimas, que são, até o presente momento, irreversíveis e incuráveis.

Em uma palavra, Senhor Presidente, o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO permitirá, a esses milhões de brasileiros que hoje sofrem e que se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de certos direitos básicos e inalienáveis, dentre os quais avultam, por sua inquestionável transcendência, o direito à busca da felicidade e o direito de viver com dignidade, que constituem prerrogativas essenciais de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

Com estas considerações, peço vênias para julgar improcedente, sem qualquer restrição, a presente ação direta e confirmar a plena validade constitucional do art. 5º da Lei de Biossegurança.

É o meu voto.



29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Se Vossa Excelência me permite, exatamente porque há vários inícios da vida - não é possível uma pacificação no campo filosófico, científico, religioso -, disse no meu voto que como o marco ou a referência que nos interessa é a Constituição, sobre o início da vida a Constituição é de um silêncio de morte. Ou seja, ela nada dispõe sobre o início da vida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - De qualquer forma, o debate no Direito Comparado tem permitido - eu ouvi ontem essa observação do Ministro Carlos Britto e fiquei calado, mas já não resisto. É verdade que, se nós acompanharmos o debate no Direito Comparado sobre o aborto... Ontem os Ministros Menezes Direito e Cezar Peluso fizeram considerações inclusive sobre a necessidade de um dever de proteção que levasse a uma regulação penal sobre esses temas. E esse debate surgiu, por exemplo, na Alemanha, na decisão exatamente do primeiro caso do aborto.

O fato é que os textos constitucionais, e, em geral, no mundo todo - se nós compararmos -, não tratam claramente da questão. São raros os textos que eventualmente falam no momento inicial da vida. Talvez a Constituição da Irlanda, uma ou outra referência. Em



ADI 3.510 / DF

geral, fala-se no direito à vida. Mas, aqui, é uma questão extremamente sensível e que demanda cuidados em razão da consideração sobre a dignidade humana. Por isso é que, talvez, Ministro Carlos Britto, nós não devêssemos formalizar muito esse debate, nem atrair para este caso que estamos a decidir, outro tipo de decisão. Por exemplo, nós não estamos nos pronunciando sobre o aborto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É uma questão, como ressaltei em voto - ainda espero enfrentá-la, neste Plenário -, aberta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sim, porque se começarmos a dizer, **a priori** - e Vossa Excelência fez inclusive referência à nacionalidade como um critério -, quer dizer, são marcos tradicionais. Agora, isso tem um significado que, por exemplo, tem levado a legislação a, eventualmente, criminalizar tal fato, com determinados critérios, nos vários países, tendo em vista o valor da vida humana.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Agora, com este julgamento, o campo estará aplainado para a matéria vir novamente a Plenário.

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

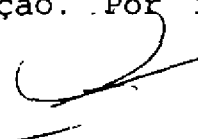
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALDEBATE

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - O Brasil também, nessa conferência diplomática, se opôs à redação originária para que ficasse - como efetivamente ficou - a ressalva do "em geral". Ou seja, em regra, exatamente para remeter essa matéria à legislação de cada Estado soberano.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É da conferência diplomática que aprovou a Convenção Americana?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite um aparte?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Acho que nós não temos nenhuma discordância sob esse aspecto, porque eu expressamente, em meu voto, consignei que essa expressão "em geral" permite que se excepcione a proteção que se deve, em princípio, dar de forma absoluta à vida desde o momento da concepção. Por isso



ADI 3.510 / DF

assentei que o Código Penal brasileiro, no artigo 128, I, permita o aborto necessário, afastando a antijuridicidade.

Depois, outro aspecto que gostaria de salientar é exatamente isto: o Pacto de São José da Costa Rica, embora aprovado em 1969, ingressou no ordenamento jurídico pátrio em 2002; portanto, tornou-se lei interna.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - De qualquer maneira, a data é muito próxima, mas isso mostra que, em data recentíssima, posterior inclusive a essas convenções internacionais, o Congresso Nacional internalizou, transformou em lei esse dispositivo, com essa exceção que fiz questão de salientar.

Mas, em meu voto, disse exatamente o seguinte: é possível que se excepcione esse valor absoluto quando outros valores estejam em jogo; e, no caso, fiz uma ponderação de valores.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Nesse ponto, estou absolutamente concorde com Vossa Excelência.

.....

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente):
Senhores Ministros, cabe a mim, na qualidade de Presidente desta Corte, a difícil tarefa de votar por último, num julgamento que ficou marcado, desde seu início, pelas profundas reflexões de todos que intervieram no debate. Os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amici curiae* e dos diversos cientistas e expertos, assim como os votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.

Assim, o que posso dizer é que este Tribunal encerra mais um julgamento que certamente representará um marco em nossa jurisprudência constitucional.

Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana, o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O julgamento desta ADI n° 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloquente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência.



ADI 3.510 / DF

É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos.

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas 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 que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.

Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (*BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993*).

Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções



ADI 3.510 / DF

morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida.

Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que "os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias"¹.

Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS nº 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática.

Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* - ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría² - teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia.

O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a

¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes; 1999, p. 426.

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales*. In: Revista de Derecho Público nº 92; out./dez. de 1989, p. 14.

ADI 3.510 / DF

intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.

Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, **"o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente"**. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão:

"O princípio fundamental: "Todo poder estatal origina-se do povo" exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer *negativamente* que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado

ADI 3.510 / DF

constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados.”³

O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional.

Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje.

Feitas essas breves considerações preliminares, passo à estruturação da análise que faço da controvérsia constitucional, após muito refletir sobre o assunto.

O voto que profiro parte de uma constatação básica: temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso. Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta

³ ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição*

ADI 3.510 / DF

racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular.

Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões.

Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista - e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema - que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica.

Muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível.

Nesse sentido, são elucidativas as lições de Jürgen Habermas:

"Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamento, do status moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular. Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um amontoado de células e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados

constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. In: *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217: 55-66, jul./set. 1999.

ADI 3.510 / DF

parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como indisponível, ainda que não receba o status de um sujeito de direitos, que nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. Indisponível não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma coisa por bons motivos morais, sem por isso ser intangível no sentido dos direitos fundamentais em vigor de forma irrestrita e absoluta (que são direitos constitutivos da dignidade humana, conforme o artigo 1º da Constituição)."⁴

Mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção.

Assim, 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.

Trago à tona as lições de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar segundo o princípio responsabilidade⁵.

As novas tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica. Como assevera Hans Jonas, "*o homo faber aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto*"⁶.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *O futuro na natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes; 2004, p. 44.

⁵ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006.

⁶ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006, p. 57.

ADI 3.510 / DF

O *homo faber* ergue-se diante do *homo sapiens*. A manipulação genética, um sonho ambicioso do *homo faber* de controlar sua própria evolução, demonstra a necessidade de uma nova ética do agir humano, uma ética de responsabilidade. "O princípio responsabilidade - ensina Hans Jonas - 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 poder"⁷.

Independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no *princípio responsabilidade*.

Não se trata de criar obstáculos aos avanços da medicina e da biotecnologia, cujos benefícios para a humanidade são patentes. Os depoimentos de renomados cientistas na audiência pública realizada nesta ADI nº 3.510 nos apresentam um futuro promissor em tema de pesquisas com células tronco originadas do embrião humano.

A história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico. Nas felizes palavras de Hans Jonas: "O que vale a pena reter no caso da ciência e da técnica, em especial depois da sua simbiose, é que se há uma história de êxito, essa é a história de ambas; um êxito contínuo, condicionado por uma lógica interna, e portanto prometendo seguir assim no futuro. Não

⁷ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006, p. 23.

ADI 3.510 / DF

creio que se possa dizer o mesmo de nenhum outro esforço humano que se alongue pelo tempo"⁸.

À utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica. Essa ética de responsabilidade implica, assim, uma espécie de humildade, não no sentido de pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do poder do homem. Como bem assevera Hans Jonas, "em vista do potencial quase escatológico dos nossos processos técnicos, o próprio desconhecimento das conseqüências últimas é motivo para uma contenção responsável"⁹.

Ao princípio esperança (*Prinzip Hoffnung*, de Ernst Bloch¹⁰), portanto, contrapõe-se o princípio responsabilidade (*Prinzip Verantwortung*, de Hans Jonas¹¹).

Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do Professor Peter Häberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o "princípio-responsabilidade" (Hans Jonas) como o

⁸ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006, p. 271-272.

⁹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006, p. 63-64.

¹⁰ BLOCH, Ernst. *O princípio esperança*. Trad. Nélcio Schneider. Rio de Janeiro: Contraponto; 2005.

¹¹ JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luis Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto; 2006.

ADI 3.510 / DF

"princípio-esperança" (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a *ratio* e a *emotio*¹².

O certo é que o ser humano, diante das novas tecnologias, deve atuar de acordo com uma ética de responsabilidade.

Portanto, a questão está em saber se a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, regula as pesquisas científicas com células tronco embrionárias com a prudência exigida por um tema ético e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana.

A questão, assim, envolve uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade.

A Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados - OGM e seus derivados.

Em seu artigo preambular, a própria lei estabelece as *diretrizes* que constituem o lastro de suas normas: o estímulo e o avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Em todo o corpo da lei, o art. 5º é destinado à regulamentação da utilização, para fins de pesquisa, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*. Assim dispõe o referido artigo, o qual constitui, em sua integralidade, o objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade:

"Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de

¹² HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7.

ADI 3.510 / DF

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."

É possível perceber que a lei, inegavelmente, foi cuidadosa na regulamentação de alguns pontos, ao exigir que as pesquisas sejam realizadas apenas com embriões humanos ditos "inviáveis", sempre mediante o consentimento dos genitores e com aprovação prévia dos projetos por comitês de ética, ficando proibida a comercialização do material biológico utilizado.

O que causa perplexidade, por outro lado, é perceber que, no Brasil, a regulamentação de um tema tão sério, que envolve profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja realizada por um, e apenas um artigo.

A vaguidade da lei deixou a cargo do Poder Executivo a regulamentação do tema, que o fez por meio dos arts. 63 a 67 do Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. O referido decreto ainda contém remissões normativas a atos administrativos específicos

ADI 3.510 / DF

de órgãos como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa - Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)¹³.

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação¹⁴. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também

¹³ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 16. ed. Heidelberg, 1988, p. 155-156.

ADI 3.510 / DF

de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros¹⁵.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos¹⁶.

É fácil ver que a idéia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica¹⁷.

Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais¹⁸.

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas

¹⁴ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit. p. 156.

¹⁵ Cf., a propósito, *BverfGE*, 39, 1 e s.; 46, 160 (164); 49, 89 (140 e s.); 53, 50 (57 e s.); 56, 54 (78); 66; 39 (61); 77 170 (229 s.); 77, 381 (402 e s.); ver, também, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin, 1991, p. 18.

¹⁶ Cf., a propósito, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, cit. p. 17 e s.

¹⁷ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar, Kommentar zu Vorbemerkung Art 1-19, N° 22*.

¹⁸ von MÜNCH, Ingo. *Grundgesetz-Kommentar*, cit.

ADI 3.510 / DF

também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*)¹⁹.

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção²⁰:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental²¹.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente*

¹⁹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts. *JuS*, 1989, p. 161 (163).

²⁰ RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*. 3. ed. München, 1996, p. 35-36.

²¹ Cf. *BVerfGE* 77, 170 (214); ver também RICHTER, Ingo; SCHUPPERT, Gunnar Folke. *Casebook Verfassungsrecht*, p. 36-37.

ADI 3.510 / DF

(*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (*Canaris*) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada²². O ato não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção²³.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

"O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar - atendendo à contraposição de bens jurídicos - a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).

(...)

É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção

²² "Uma transposição, sem modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que, evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em todas as soluções de ponderação". CANARIS, Claus-wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina; 2003.

²³ Cf. BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003, p. 798 e segs.

ADI 3.510 / DF

como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...)"

Uma análise comparativa do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

ALEMANHA

Na Alemanha, editou-se lei específica, a denominada *Stammzellgesetz* (StZG), sobre a importação e a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

A regulação da atividade científica com células-tronco é restritiva e inclui (1) limitações importantes quanto às células-tronco embrionárias passíveis de importação e utilização em pesquisa (§4º); (2) restrições às pesquisas que podem utilizar células-tronco embrionárias (§5º); (iii) a necessidade de aprovação prévia de cada pesquisa (§6º); (iv) a instituição de agência competente (§ 7º) e comissão de ética de especialistas (§ 8º) para apreciar e conceder as autorizações prévias; (3) infrações penais (§ 13) e administrativas (§ 14) pertinentes; e (4) a exigência de relatório

ADI 3.510 / DF

periódico com os resultados das experiências envolvendo células-tronco tanto embrionárias quanto adultas (§ 15).

Destaque-se que a legislação alemã permite apenas as pesquisas com **linhas de células-tronco consolidadas do exterior**. Portanto, é expressamente proibida a produção de linhas de células-tronco na própria Alemanha, tornando-se imprescindível a importação de embriões para fins de pesquisa.

A lei permite a **importação apenas de embriões formados antes de 1º de janeiro de 2002, desde que na conformidade da legislação do país exportador**. Esse marco temporal foi recentemente alterado pelo *Bundestag* (em 11.4.2008), fixando-se novo marco em **1º de maio de 2007**.

Além disso, somente podem ser utilizados embriões em pesquisa (1) fecundados *in vitro* (2) com o objetivo de assistir a gravidez; e (3) descartados por razões não fundadas em características inerentes aos embriões.

Mais importante, a lei alemã exige que as pesquisas com células tronco embrionárias sejam motivadas por elevados objetivos (*hochrangigen Forschungszielen*) ou sejam destinadas ao desenvolvimento de procedimentos terapêuticos, de diagnóstico ou de prevenção aplicados a seres humanos, com **cláusula de subsidiariedade**. Isto é, só podem ser realizadas pesquisas quando todas as hipóteses foram exaustivamente testadas com células de animais ou em experiências com animais; e somente podem ser realizadas com células-tronco embrionárias (§ 5, Abs. 2 StZG):

ADI 3.510 / DF

"Trabalhos de pesquisas com células-tronco embrionárias somente podem ser realizadas se cientificamente demonstrado que

(...)

2. Segundo o estado da Ciência e da Técnica:

a) as hipóteses previstas no projeto de pesquisa foram testadas tanto quanto possível com modelos *in vitro* com células de animais ou em experimentos com animais e

b) o conhecimento científico a ser obtido pelo projeto de pesquisa em apreço não tenha expectativa de ser alcançado utilizando outras células, além das células-tronco embrionárias. (*Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen dürfen nur durchgeführt werden, wenn wissenschaftlich begründet darlegt ist, dass*

2. nach dem anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik

a) *die im Forschungsvorhaben vorgesehenen Fragestellungen so weit wie möglich bereits in In-vitro-Modellen mit tierischen Zellen oder in Tierversuchung vorgeklärt worden sind und*

b) *der mit dem Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit embryonalen Stammzellen erreichen lässt."*

Ressalte-se que a legislação alemã institui não só um órgão administrativo competente (*Zuständige Behörde*), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (*Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung*), formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia.

Em suma, a legislação alemã é extremamente restritiva da atividade científica que tenha por objeto embriões humanos. Os constantes debates entre cientistas, religiosos e entes da sociedade civil, a respeito da necessidade de relativização dos rigores da lei, ainda não levaram a qualquer solução legislativa mais significativa no sentido da mudança das regras estabelecidas.

ADI 3.510 / DF

Apesar das reivindicações de cientistas quanto a mudanças na legislação sobre as pesquisas com células-tronco, há consenso sobre a necessidade de se regular rigidamente essas pesquisas, afastando-se qualquer possibilidade de abusos e transgressões cujas conseqüências não é possível prever.

AUSTRÁLIA

Na Austrália, a questão é regulada pelo *Research Involving Human Embryos Act 2002*, alterado pelo *Prohibition of Human Cloning for Reproduction and the Regulation of Human Embryo Research Amendment Act 2006*.

Segundo a regulação australiana, **permite-se apenas a utilização de células-tronco embrionárias inviáveis** (*not suitable*). Define-se expressamente que a viabilidade do embrião seja determinada com base na sua aptidão biológica para implantação [*biological fitness for implantation - Section 10 (2) "d" i*]

Nesse caso, institui-se também órgão que emite licenças prévias para as pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias (*Embryo Research Licensing Committee of the National Health and Medical Research Council*).

Outrossim, dispõe-se especificamente sobre as formas válidas de obtenção de consentimento dos responsáveis pelos embriões do quais serão derivadas as células-tronco [Section 21 (3) "a"].

Além disso, há preocupação específica com as pesquisas que podem danificar ou destruir embriões, nas quais somente podem

ADI 3.510 / DF

ser utilizados embriões criados até 5.4.2002 [Sections 21 (3) "b" e 24 (3)].

Por outro lado, a lei australiana determina que a licença seja limitada a um número específico de embriões que serão utilizados para alcançar os objetivos da pesquisa [Section 21 (4) "a"], além de prever, assim com na legislação alemã, **cláusula de subsidiariedade**, nos seguintes termos:

"(4) Na decisão sobre a emissão de licença, o Órgão de Licença NHMRC precisa considerar o seguinte:

(...)

(b) a possibilidade de significativo avanço no conhecimento ou melhoria nas tecnologias para tratamento propostos no requerimento como resultado no uso do excesso de embriões para reprodução assistida, outros embriões ou óvulos humanos, que não poderiam razoavelmente ser alcançados por outros meios." [In deciding whether to issue the licence, the NHMRC Licensing Committee must have regard to the following:

(...)

(b) the likelihood of significant advance in knowledge or improvement in technologies for treatment as a result of the use of excess ART embryos, other embryos or human eggs proposed in the application, which could not reasonably be achieved by other means].

Como se vê, também a legislação australiana estabelece uma cláusula de subsidiariedade como condição para a permissão de pesquisas com células-tronco. Em outros termos, a utilização de células-tronco apenas é permitida para fins de pesquisa se, e somente se, não existirem ou não sejam suficientes ou adequados outros meios científicos para o alcance dos objetivos da pesquisa.

Essa cláusula de subsidiariedade atende ao postulado da proporcionalidade e da precaução na utilização de novas tecnologias

ADI 3.510 / DF

cujo conhecimento humano ainda não é exaustivo. Trata-se, enfim, de um corolário do princípio da responsabilidade.

FRANÇA

Na França, a Agence de la Biomédecine passou a expedir autorizações para pesquisas com células embrionárias humanas (*recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires humaines*) desde 2007, com base no Decreto nº 2006-121, de 6 de fevereiro de 2006, que modificou o Código de Saúde Pública (*Décret n. 2006-121 du 6 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de la santé publique*).

Naquele país, portanto, as pesquisas com células embrionárias humanas são permitidas, tendo em vista razões de progresso terapêutico (*pour des progrès thérapeutiques majeurs*), porém são objeto de ampla e rigorosa regulamentação.

Em primeiro lugar, as pesquisas com células embrionárias são permitidas apenas com vistas ao tratamento de doenças particularmente graves ou incuráveis, e apenas são autorizadas, pela agência de biomedicina, por um período máximo de 5 anos (**Art. R. 2151-1.** *Sont notamment susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs, au sens de l'article L. 2151-5, les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires poursuivant une visée thérapeutique pour le traitement de maladies particulièrement graves ou incurables, ainsi que le traitement des affections de l'embryon ou du fœtus.* **Art. R. 2151-2.** - *Le directeur général de l'agence de la biomédecine peut autoriser un protocole de recherche sur l'embryon ou sur les cellules embryonnaires, après*

ADI 3.510 / DF

avis du conseil d'orientation, pour une durée déterminée qui ne peut excéder cinq ans).

Ademais, as pesquisas somente são autorizadas após o consentimento prévio do casal genitor ou de membro sobrevivente do casal. [Art. R 2151-19 - Le directeur général de l'agence de la biomedecine autorise la conservation de cellules souches embryonnaires, après avis du conseil d'orientation, pour une durée déterminée, qui ne peut excéder cinq ans (...)]

A Lei de Bioética, de 6 de agosto de 2004, já autorizava as referidas pesquisas, mas em caráter subsidiário. Ou seja, também a lei francesa dispõe de uma **cláusula de subsidiariedade**, segundo a qual **serão permitidas as pesquisas com células embrionárias tão-somente nos casos em que os progressos terapêuticos almejados não puderem ser alcançados por um método alternativo de eficácia comparável no meio científico.** [Art. L. 2151-5. - (...) Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l'embryon et les cellules embryonnaires lorsqu'elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d'efficacité comparable, en l'état des connaissances scientifiques.]

ESPAÑA

A Lei n. 14, de 3 de julho de 2007, que regula a pesquisa biomédica, já em seu preâmbulo ressalta que os "avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser

ADI 3.510 / DF

convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano."

A referida lei, que veio complementar as previsões da Lei n.14, de 26 de maio de 2006, sobre técnicas de reprodução humana assistida, é bastante abrangente e está estruturada em **90 artigos**, quinze capítulos, oito títulos, ademais das disposições adicionais, transitórias, derogatórias e finais.

Já em seu título I, estabelece um catálogo de princípios e garantias para a proteção dos direitos da pessoa humana e dos bens jurídicos implicados na investigação biomédica, recorrendo a uma relação precisa para estabelecer os limites do princípio da liberdade de pesquisa na defesa da dignidade e da identidade do ser humano.

Assim, em conformidade com a concepção de proteção da vida humana já assentada na jurisprudência espanhola (Sentenças 53/1985, 212/1996 e 116/1999), a lei **proíbe expressamente a constituição de pré-embriões e embriões humanos exclusivamente com a finalidade de experimentação**, mas permite a utilização de qualquer técnica de obtenção de células-tronco embrionárias humanas com fins terapêuticos ou de pesquisa, que não comporte a criação de um pré-embrião ou embrião exclusivamente com esse fim.

Estabelece o art. 28 da referida Lei que os embriões humanos que tenham perdido sua capacidade de desenvolvimento biológico, bem como os embriões ou fetos humanos mortos, poderão ser doados para fins de pesquisa biomédica ou outros fins diagnósticos, terapêuticos, farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos.

ADI 3.510 / DF

A promoção da pesquisa biomédica atenderá a critérios de qualidade, eficácia e igualdade de oportunidades, e qualquer pesquisa deverá ser cientificamente justificada, além de cumprir critérios de qualidade científica (art. 10).

A realização de pesquisa sobre uma pessoa requererá seu consentimento expresso, e por escrito, ou de seu representante legal, e prévia informação sobre as conseqüências e riscos que poderão acarretar a sua saúde (Art.58).

Ademais, a pesquisa em seres humanos somente poderá realizar-se quando inexistente alternativa de eficácia comparável (**cláusula de subsidiariedade**), e não deverá implicar para o ser humano riscos e moléstias desproporcionais aos potenciais benefícios que poderão ser obtidos. (*Artículo 14. Principios generales.1. La investigación en seres humanos sólo podrá llevarse a cabo en ausencia de una alternativa de eficacia comparable. 2. La investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener.*)

MÉXICO

A Lei Geral de Saúde do México, de 7 de fevereiro de 1984 (última alteração publicada em 18.12.2007) prevê, em seu artigo 100, que a pesquisa em seres humanos deverá adaptar-se a princípios científicos e éticos a justificar a pesquisa, especialmente no que se refere à sua possível contribuição para a solução de problemas de saúde e do desenvolvimento de novos campos da ciência médica.



ADI 3.510 / DF

Também se requer, para a realização de pesquisa, o consentimento expresso, e por escrito, do sujeito fonte, além de prévia informação sobre as conseqüências e riscos que poderão advir à sua saúde.

E o México igualmente adota, a exemplo dos demais países referidos acima (Alemanha, Austrália, França e Espanha), **cláusula de subsidiariedade**, ao deixar expresso que tais pesquisas somente poderão efetuar-se quando o conhecimento que se pretende produzir não possa ser obtido por outro método idôneo. (Art. 100, II - II. *Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idoneo.*)

A INTERPRETAÇÃO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105/2005 COM EFEITOS ADITIVOS

Como se pode constatar, a legislação de outros países é extremamente rigorosa e, portanto, responsável na regulamentação do tema das pesquisas científicas com embriões humanos.

Efetuada a comparação, é impossível negar a deficiência da lei brasileira na regulamentação desse tema.

É importante ressaltar que a legislação brasileira sequer prevê qualquer norma para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas de fertilização *in vitro*. Daí a origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação específica.

Inserido, no curso do processo legislativo, numa lei que trata de tema distinto, o dos Organismos Geneticamente Modificados-OGM, denominados "transgênicos", o art. 5º da Lei nº 11.105/2005 visa preencher essa lacuna, destinando à pesquisa e à terapia os embriões humanos congelados há mais de três anos, na data da

ADI 3.510 / DF

publicação da lei.

Assim, é possível perceber, em primeiro lugar, que, enquanto no direito comparado a regulamentação do tema é realizada por leis específicas, destinadas a regular, em sua inteireza, esse assunto tão complexo, no Brasil inseriu-se um único artigo numa lei destinada a tratar de tema distinto. Um artigo que deixa de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável do tema.

Ressalto a estrutura da lei espanhola, com **90 artigos**, quinze capítulos, oito títulos, ademais das disposições adicionais, transitórias, derogatórias e finais. Em seu preâmbulo, a lei espanhola é enfática ao afirmar que os "avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano."

A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as 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.

Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado. A legislação germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (*Zuständige Behörde*), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (*Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung*), formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia.

ADI 3.510 / DF

Além disso, é importante observar que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma *cláusula de subsidiariedade*, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins.

A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos e, portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas.

Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade.

O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 é, portanto, deficiente, em diversos aspectos, na regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco.

A declaração de sua inconstitucionalidade, com a conseqüente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência.

Não seria o caso de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a



ADI 3.510 / DF

Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo.

Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição pode oferecer uma alternativa viável.

Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à Constituição²⁴. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição²⁵. O resultado da interpretação, normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão²⁶.

Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada *vontade do legislador*. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador²⁷.

Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada *intenção do legislador*, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto²⁸.

²⁴ Rp. 948, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ*, 82:55-6; Rp. 1.100, *RTJ*, 115:993 e s.

²⁵ Cf., a propósito, Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997.

²⁶ Cf., a propósito, Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 9 set. 1988.

²⁷ ADIn 2405-RS, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* 17.02.2006; ADIn 1344-ES, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 19.04.2006; RP 1417-DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 15.04.1988; ADIn 3046-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 28.05.2004.

²⁸ Rp. 1.454, Rel. Min. Octavio Gallotti, *RTJ*, 125:997; Rp. 1.389, Rel. Min. Oscar Corrêa, *RTJ*, 126:514; Rp. 1.399, Rel. Min. Aldir Passarinho, *DJ*, 9 set. 1988.

ADI 3.510 / DF

Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações. Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que "a problemática dos limites da interpretação conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral"²⁹.

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

A experiência das Cortes Constitucionais europeias - destacando-se, nesse sentido, a *Corte Costituzionale* italiana³⁰ - bem demonstra que, em certos casos, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto, sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer conseqüências drásticas para a segurança jurídica e o interesse social, a opção pelo mero não-conhecimento da ação.

²⁹ MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 301.

³⁰ Cf. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003.

ADI 3.510 / DF

Sobre o tema, é digno de nota o estudo de Joaquín Brage Camazano³¹, do qual cito a seguir alguns trechos:

"La raíz esencialmente pragmática de estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de Kelsen del TC como una suerte de 'legislador negativo'. Si alguna vez los tribunales constitucionales fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico 'arsenal' sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento demasiado simple 'constitucionalidad/inconstitucionalidad', es un elemento más, y de importancia, que viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, 'la praxis de los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección' de la superación de la idea de los mismos como legisladores negativos, 'certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador negativo."

Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional.

Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade.

Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução

³¹ CAMAZANO, Joaquín Brage. *Interpretación constitucional, declaraciones de inconstitucionalidad y arsenal sentenciador* (un sucinto inventario de algunas sentencias "atípicas"). en Eduardo Ferrer Macgregor (ed.), *La interpretación constitucional*, Porrúa, México, 2005, en prensa.

ADI 3.510 / DF

de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da "lei ainda constitucional" e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei nº 9.868/99, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade³².

Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas "atípicas", as converteram em modalidades "típicas" de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar.

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de *self-restraint* ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei³³.

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal,

³² RE 197.917/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 7.5.2004.

³³ ADIn 2405 -RS, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 17.02.2006; ADIn 1344 -ES, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.04.1996; RP 1417 -DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 15.04.1988.

ADI 3.510 / DF

no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador³⁴.

No recente julgamento conjunto das ADIn 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Min. Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei³⁵.

Em outros vários casos mais antigos³⁶, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*³⁷.

Tais sentenças de perfil aditivo foram proferidas por esta Corte nos recentes julgamentos dos MS nºs 26.602, Rel. Min Eros Grau, 26.603, Rel. Min. Celso de Mello e 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que afirmamos o valor da fidelidade partidária; assim como

³⁴ ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127.

³⁵ ADIn 1105-DF e ADIn 1127 -DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski.

³⁶ ADI 3324, ADI 3046, ADI 2652, ADI 1946, ADI 2209, ADI 2596, ADI 2332, ADI 2084, ADI 1797, ADI 2087, ADI 1668, ADI 1344, ADI 2405, ADI 1105, ADI 1127.

³⁷ Sobre a difusa terminologia utilizada, vide: MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional. Tomo II. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 238 e ss. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2003. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova; 2001. LÓPEZ BOFILL, Héctor. *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*. Valencia: Tirant lo Blanch; 2004.

ADI 3.510 / DF

no também recente julgamento a respeito do direito fundamental de greve dos servidores públicos (MI nº 708, de minha relatoria; MI nºs 607 e 712, Rel. Min. Eros Grau). Outra não foi a fórmula encontrada pelo Tribunal para solver a questão da inconstitucionalidade da denominada cláusula de barreira instituída pelo art. 13 da Lei nº 9.096, no julgamento das ADI nºs 1.351 e 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio.

Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise:

"(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade. Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos.

Tal parece ter sido o caso de uma acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos."

Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts. 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.



ADI 3.510 / DF

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF nº 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de punibilidade - no caso do feto padecer de anencefalia - ao crime de aborto.

Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.

O presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma "função reparadora" ou, como esclarece Blanco de Moraes, "de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade"³⁸.

Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em conformidade com o **princípio responsabilidade**, tendo como parâmetro de aferição o

³⁸ Segundo Blanco de Moraes, "às clássicas funções de valoração (declaração do valor negativo do acto inconstitucional), pacificação (força de caso julgado da decisão de inconstitucionalidade) e ordenação (força erga omnes da decisão de inconstitucionalidade) juntar-se-ia, também, a função de reparação, ou de restauração corretiva da ordem jurídica afectada pela decisão de inconstitucionalidade". MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. *O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*. Coimbra: Coimbra Editora; 2005, p. 262-263.

ADI 3.510 / DF

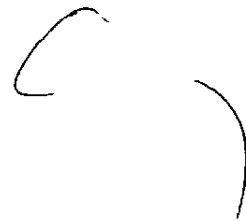
princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano.

O art. 5º da Lei nº 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade.

Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos 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.



29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente).

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite?

Antes de Vossa Excelência anunciar o resultado do julgamento, no penúltimo item do meu voto, cuja leitura, na noite de ontem, ocasionou, na mídia, alguns equívocos de interpretação, havia eu advertido, logo na introdução daquele tópico, que tinha de escapar à alternativa de reconhecer insuficiência à lei, em termos de proteção da dignidade devida aos embriões como matriz da espécie humana, ou de, suprimindo a insuficiência mediante interpretação, declarar a constitucionalidade da norma e a necessidade de algumas providências que entendi - e continuo a entender - iminentes ao alcance do art. 5º.

Não vou insistir agora, até porque Vossa Excelência já o fez brilhante e exaustivamente, em relação à deficiência da lei, justificando *interpretação conforme* ou eficácia aditiva, para que seja preservada, na execução da



ADI 3.510 / DF

mesma lei, a tutela constitucional devida aos embriões. O problema não está em que à Corte - nem a mim em particular - seja agradável criar entraves burocráticos, como se as hipóteses e soluções que o Tribunal avenge tivessem tão indigna finalidade.

Eu duvido que, trate-se dos cientistas, trate-se da própria estrutura orgânica do Governo, mantenham alguma incerteza sobre a necessidade de um sistema de operacionalização para cumprimento da lei. Tanto não o têm, que o Conselho Nacional de Saúde baixou inúmeras resoluções sobre o assunto, e provavelmente baixará outras tantas quanto, no curso dos trabalhos, se mostrarem necessárias, segundo as exigências do rigoroso controle ético das pesquisas.

Eu já havia acenado, Senhor Presidente, para a necessidade de se reconhecer a um órgão de cúpula a responsabilidade final pelo funcionamento do sistema e pela preservação dessas exigências éticas, advertindo que não caberia, à luz da função jurisdicional estrita, ao Tribunal criar órgão congênere. E, confesso: entre ontem e hoje, fui alertado pelos próprios cientistas que têm acompanhado de perto este julgamento, de existirem já normas capazes de



ADI 3.510 / DF

solucionar o problema daquela deficiência legislativa, sem a criação de qualquer outro órgão.

De modo que - pelo menos do meu ponto de vista, com o devido respeito e acompanhando Vossa Excelência em relação a isso -, pressuposta a necessidade absoluta da existência de órgão central independente e responsável por todo o sistema de pesquisas, verifiquei, em disposição expressa do Decreto nº 5.591/2005, designadamente o parágrafo 2º do artigo 63, que regulamenta o art. 5º, o seguinte texto:

"Art. 63.

.....
§ 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, na forma de resolução do Conselho Nacional de Saúde."

Foi, aí, portanto, atribuído ao Conselho Nacional de Saúde o poder regulamentar sobre o controle dos projetos de pesquisa.

E, no exercício dessa competência regulamentar, o Conselho baixou duas resoluções que, a meu ver, resolvem todos os problemas correlacionados com aquela deficiência da



ADI 3.510 / DF

lei, pois a Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde, já criou, ao lado da institucionalização - se assim se pode dizer - dos Comitês de Ética, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP, atribuindo-lhe, dentre outras, as seguintes gravíssimas competências: poder deliberativo, normativo e educativo sobre todo o sistema de controle das pesquisas. Vou ser explícito, lendo-lhe aqui o item VIII:

"VIII - COMISSÃO NACIONAL DE ÉTICA EM PESQUISA (CONEP/MS)

A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP/MS é uma instância colegiada, de natureza consultiva, deliberativa, normativa, educativa, independente, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde."

Entre as atribuições específicas que lhe deu a Resolução, está o seguinte, no item VIII.4:

"VIII.4 - Atribuições da CONEP - *Compete à CONEP/MS o exame dos aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como a adequação e atualização das normas atinentes. A CONEP/MS consultará a sociedade sempre que julgar necessário, cabendo-lhe, entre outras, as seguintes atribuições:"*

E, aí, discrimina outras atribuições, das quais relevo duas, pertinentes à matéria de que estamos tratando:



ADI 3.510 / DF

"VIII.4.

.....
d) prover normas específicas no campo da ética em pesquisa, inclusive nas áreas temáticas especiais, bem como recomendações para aplicação das mesmas;

...
f) rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente, podendo requisitar protocolos para revisão ética inclusive, os já aprovados pelo CEP;"

Ora, daí se tiraria, desde logo, que a CONEP tem, por força dessa regulamentação legal, todos os poderes que de certo modo a mim me parecem suficientes para autuação como órgão central independente, responsável pela supervisão e operacionalidade de todo sistema de pesquisas.

E aqui é que aventei a necessidade de esse órgão suprir a deficiência, não tanto da lei imediatamente, mas da sua regulamentação, quanto aos Comitês de Ética. Por quê? Porque a Resolução nº 196 atribui às instituições - e instituições aí normalmente são universidades, não apenas universidades públicas, mas também particulares -, e aos serviços de saúde, tanto públicos, como privados, a realização das pesquisas e a criação dos Comitês de Ética, aos quais os protocolos devem ser necessariamente submetidos. E proclama a independência e a autonomia desses comitês, como não poderia deixar de ser, mas, como ficou

ADI 3.510 / DF

consignado em meu voto, permite, em tese, o chamado "problema de agência", isto é, abre possibilidade de conflito de interesses. É que, sendo a própria instituição interessada na realização dos projetos que tem poder de nomear os membros dos comitês sem nenhum controle externo, pode acontecer - e evidentemente não estou fazendo a respeito nenhuma profecia e, até, duvido de que venha isso a acontecer - que a nomeação desses membros fraude os limites decorrentes das exigências constitucionais do controle ético das pesquisas. Noutras palavras, é possível, em tese, nomear-se comissão de membros antecipadamente comprometidos com pesquisas que se desviem dos limites éticos reclamados pelo ordenamento. O que é preciso, portanto, para garantir a autonomia e a independência dos comitês? É preciso que haja - e, nesse caso, deve tê-lo a CONEP, a meu ver - poder jurídico de um órgão superior central do sistema para aprovar ou rejeitar os nomes indicados pelas instituições para comporem os Comitês de Ética.

Nesse caso, recorro à Resolução nº 340/2004, do Conselho Nacional de Saúde, que estatui:

"IV.1 - As pesquisas da área genética humana devem ser submetidas à apreciação do CEP e, quando for o caso, da CONEP como protocolos

ADI 3.510 / DF

completos, de acordo com o capítulo VI da Resolução CNS N^o196/96, não sendo aceitos como emenda, adendo ou subestudo de protocolo de outra área, devendo ainda incluir:"

Em seguida, no item VI.1, prescreve:

"VI.1 - Cabe ao CEP, conforme disposto no capítulo VII da Resolução CNS N^o 196/96, a análise dos projetos de pesquisa, assumindo co-responsabilidade - que eu já havia enunciado no meu voto - no que diz respeito aos aspectos éticos.

...

VI.3 - Cabe à CONEP a aprovação final das pesquisas em genética humana que incluam:

a) envio para o exterior de material genético ou qualquer material biológico humano para obtenção de material genético;

b) armazenamento de material biológico ou dados genéticos humanos no exterior e no País, quando de forma conveniente com instituições estrangeiras ou em instituições comerciais;

c) alterações da estrutura genética de células humanas para utilização in vivo;

d) pesquisas na área da genética da reprodução humana (reprogenética);

e) pesquisas em genética do comportamento; e

f) pesquisas em que esteja prevista a dissociação irreversível dos dados dos sujeitos de pesquisa."

E, mais, no item VI.4:

VI.4 - Nos casos previstos no item VI.3 acima, o CEP deverá examinar o protocolo, elaborar o parecer consubstanciado e enviar ambos à CONEP com a documentação completa conforme a Resolução CNS No 196/96, itens

ADI 3.510 / DF

VII.13.a e b e VIII.4.c.1. O pesquisador deve ser informado que deverá aguardar o parecer da CONEP para início da execução do projeto."

Em suma, é a própria Resolução que atribui à CONEP poder decisório último sobre todo o sistema.

O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Na verdade, Ministro Cezar Peluso, estou acompanhando, nesse aspecto, a manifestação dos Ministros Carlos Alberto Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, e a de Vossa Excelência que também já havia pontuado a respeito desse órgão central.


O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Eu simplesmente queria ressaltar, porque Vossa Excelência, como foi o último a manifestar-se sobre o assunto, lhe deu certo relevo, sem demérito algum às valiosas opiniões dos eminentes Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski.

Senhor Presidente, estou propondo, enfim, que a Corte enuncie como *interpretação conforme* que a CONEP é o órgão último responsável pelo sistema e que, entre suas atribuições, está também a de aprovar ou rejeitar os nomes indicados para composição dos Comitês de Ética.

ADI 3.510 / DF

Para que não fique dúvida nenhuma nos registros, proponho, de modo bem claro, que se reconheça à CONEP a posição de órgão central responsável, do ponto de vista ético, pelas pesquisas, com todas as competências a que já me referi, e com a que me parece implícita, a de poder aprovar ou rejeitar os nomes indicados para composição dos Comitês de Ética. E, com isso, não erguemos nenhum entrave à pronta execução da lei, porque não se sugere criação de nenhum órgão, que este já existe. E não vai nisto transtorno burocrático; a burocracia orgânica, aliás necessária, já existe. Estamos apenas declarando a necessidade de cumprimento de certas cautelas indispensáveis à prevenção dos riscos da tecnologia em si, imitando, nesse ponto, todos os países civilizados que aprovaram e disciplinaram as pesquisas.

O voto de Vossa Excelência - que foi o último - bem fez recapitulação de todos os argumentos da necessidade da existência desse órgão central.

Senhor Presidente, estou submetendo à Corte, pedindo vênias, mais uma vez, aos eminentes Ministros e a Vossa Excelência, todas essas considerações porque integrem o sentido da nossa decisão. 

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

EXPLICAÇÃO


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhor Presidente, pela ordem, no julgamento da presente ação direta formou-se uma maioria absoluta; há seis votos que julgam improcedente a ação e dos quais resulta um julgamento meramente declaratório, porque rejeita a pretensão de inconstitucionalidade, deduzida pelo Senhor Procurador-Geral da República.

Os seis votos proferidos **não estabelecem** qualquer tipo de restrição às pesquisas em torno das células-tronco embrionárias.



O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, por que seis votos?


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Seis votos, considerados, nesse cômputo, os votos do Ministro AYRES BRITTO, **Relator**, da Ministra CÁRMEN LÚCIA, do Ministro JOAQUIM BARBOSA, da Ministra ELLEN GRACIE, do Ministro MARCO AURÉLIO e do meu próprio voto.



ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, por que Vossa Excelência me está excluindo? Julguei a ação improcedente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não, Vossa Excelência, na verdade, julgou parcialmente procedente esta ação direta, porque dá, à regra legal impugnada, interpretação conforme. **É da técnica** do Supremo Tribunal Federal que a interpretação conforme resulte em declaração de inconstitucionalidade parcial.



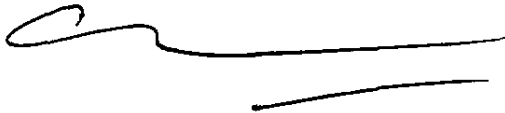
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, para discussão léxica sobre assunto secundário; não há, em meu voto, nenhuma restrição à constitucionalidade da lei, nem às pesquisas.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há, sim, Ministro. Vossa Excelência, na verdade, aceita, em parte, a impugnação, pois admite a imposição de restrição às pesquisas científicas sobre células-tronco embrionárias, **o que é rejeitada**, expressamente, pelos seis (6) votos **que compõem** a maioria.

Na realidade, Senhor Ministro CEZAR PELUSO, há seis votos que simplesmente rejeitam, **sem** quaisquer adições, **sem** quaisquer restrições, **sem** quaisquer condicionamentos, **sem** qualquer exortação, **sem** qualquer apelo as limitações às pesquisas científicas

ADI 3.510 / DF


admitidas pelos cinco (5) eminentes Ministros que compõem a minoria. O fato é que a utilização - plenamente legítima - da técnica da interpretação conforme pode levar, sim, ao exercício concreto das três possíveis funções propiciadas por essa técnica de decisão: (1) **função de escolha** entre várias soluções, (2) **função de correção** dos sentidos literais possíveis da regra legal e (3) **função de revisão** da lei. No caso, com a declaração de improcedência - e há seis votos que compõem a maioria absoluta declarando a improcedência da presente ação direta -, **não há** que se cogitar de exortação ou de apelo, ao legislador, de correção, de revisão do texto legal ora em exame.



O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Nem de insuficiência normativa. Nada.

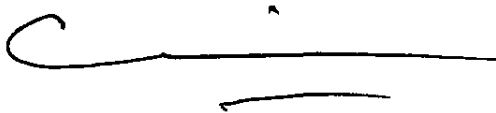
O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não há necessidade nenhuma de regulamentação adicional, Ministro. Nenhuma. Não precisa sobrevir nada.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Então não há necessidade de proclamação alguma, mesmo porque a maioria não propõe. Ela dispõe...




ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Por que Vossa Excelência não acha inerente ao sistema a necessidade de controle?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Os seis votos proferidos entendem **que não há** déficit de regulamentação na norma do art. 5º do diploma legislativo em questão. 


O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência está achando que isso é questão de conveniência. Não é; trata-se de coisa própria do sistema.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Entendemos que o art. 5º da Lei de Biossegurança, em sua integralidade, **está em plena conformidade** com a Constituição, não precisando sofrer qualquer tipo de interpretação conforme, ou de interpretação corretiva, reducionista, expansiva ou aditiva. 

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, Vossa Excelência gastou uma hora para falar isso, que a lei perante a Constituição não precisa de nada? Juntando todas as horas, tudo que falamos foi inútil?

ADI 3.510 / DF


O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não. A responsabilidade de cada juiz, no desempenho da função de controle de constitucionalidade, a gravidade do problema e a alta responsabilidade de que se acham investidos os magistrados desta Suprema Corte, tudo isso impunha ampla reflexão, sim, e a prolação de votos muito bem fundamentados, como o de Vossa Excelência. Ocorre, no entanto, que o entendimento de Vossa Excelência não prevaleceu. Vossa Excelência está em posição minoritária. A verdade é esta: ainda que declarando improcedente a ação, no fundo Vossa Excelência está julgando-a parcialmente procedente, em face da interpretação conforme que propõe.



O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sem meias palavras, é isso mesmo Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A esta altura, eu estava achando que eram inúteis.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Não são inúteis. O Advogado-Geral da União está aqui presente. Os membros do Congresso Nacional estão ouvindo e assistindo a este julgamento. Certamente adotarão, na esfera de competência de cada um dos Poderes, as providências que julgarem pertinentes.



ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, não queremos que eles adotem nada!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E isso não é realmente necessário, segundo os seis (6) que compõem a maioria, pois esses seis (6) votos, ao julgarem improcedente esta ação direta, liberaram, sem qualquer restrição, a pesquisa científica em torno das células-tronco embrionárias.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - E com isso se respeita o princípio da majoritariedade, que é incito à democracia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, não terminou o julgamento. Se houvesse já coisa julgada, não estava aqui a falar inutilmente.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O julgamento está sendo concluído e, a não ser que algum Ministro que componha a maioria reconsidere a sua anterior posição, há de prevalecer, por evidente, a decisão que julga improcedente, **sem** qualquer restrição ou limitação, a **presente** ação direta de inconstitucionalidade.

ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, já disse outro dia ao Ministro Marco Aurélio e agora vou repetir a Vossa Excelência: estou fazendo uma ponderação. Se Vossa Excelência não a aceita, diga que não aceita, e acabou.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: É respeitabilíssima a ponderação de Vossa Excelência. Não questiono o seu direito de fazê-lo. Tecnicamente, contudo, a proclamação, neste caso, só pode ser uma: o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de seis (6) votos, esta ação direta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, é distinção formal, léxica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Já está regulada!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Há um projeto de lei do Deputado Pinotti exatamente sobre a CONEP.

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

À revisão de aparte do Senhor Ministro Celso de Mello.

EXPLICAÇÃO**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, se Vossa Excelência e também os Ministros **Celso de Mello** e **Cezar Peluso** me permitirem, vou falar, porque sou voto vencido na parte relativa ao mérito da ação, fiz questão de explicitar em longa fundamentação, diante da relevância da matéria, e também secundeiei a opinião manifestada pelo Ministro **Cezar Peluso**, desde o seu voto, com relação a essa preocupação. Mas, realmente, se nenhum dos Colegas que votaram nesse sentido reformular o voto, é evidente que o resultado é pela improcedência integral da ação, com os votos vencidos daqueles que, de uma maneira ou de outra, acrescentam esta ou aquela restrição.

De todos os modos, se Vossa Excelência ainda me permitir, gostaria de acrescentar, e o Ministro **Cezar Peluso** foi bastante preciso, que esta Comissão Nacional de Ética, tecnicamente, tem de alcançar também essas pesquisas, independentemente de qualquer manifestação que possa ser feita pela Suprema Corte, porque, conforme mostrou o Ministro **Peluso**, quer seja a ação, como agora nós estamos julgando, totalmente improcedente pela maioria dos Membros desta Suprema Corte, quer ela seja procedente, em parte, quer ela seja pela interpretação conforme, quer ela seja pela interpretação sem redução de texto, em qualquer circunstância que seja a técnica que se adote, a manifestação majoritária foi no sentido de que prevalece a integralidade do artigo 5º. Agora, essa

Supremo Tribunal Federal

integralidade do artigo 5º que há de permanecer, mantidos os votos que já foram proferidos, não significa que essas pesquisas escapem, necessariamente, a esse controle da comissão nacional de ética. A meu sentir, seja qual for o resultado da Suprema Corte, hoje, essas pesquisas devem restar submetidas a este controle, porque explicitado na própria resolução.

Por outro lado, como disse o eminente Ministro **Celso de Mello**, desde o voto que proferi, chamei a atenção de que havia diversos projetos de lei, na Câmara e no Senado, com esse objetivo, e certamente esses projetos poderão mudar, acrescentar ou retirar qualquer um desses aspectos.

Concluo dizendo que acompanho, às completas, o voto de Vossa Excelência, igualmente o voto proferido pelo Ministro **Peluso**, nesta parte, mas saliento que, na minha concepção, independentemente do resultado, mantidos os votos pela improcedência da ação, esse Comitê Nacional de Ética terá eficácia também para essas pesquisas.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

O do Deputado Pinotti, é só o último que foi apresentado e foi apenso.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Eu apenas queria, se Vossa Excelência me permitisse, completar. Na minha perspectiva, estou dando essa interpretação, e me parece consentânea com a realidade do julgamento, porque, quando votei, eu já a incluí necessariamente, na mesma linha dos votos posteriores dos Ministros **Peluso** e **Gilmar Mendes**. Apenas estou entendendo que seria preferível que nós explicitássemos, mas esse não é o entendimento da maioria.

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERAL

À revisão de apartes dos Senhores Ministros Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes (Presidente).

E X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Folgo muito em ouvir, e sempre o faço com grande prazer e aprendo sempre, o que disse o Ministro Celso de Mello, porque Sua Excelência me deu, agora, um fundamento mais imediato para sustentar minha posição, que é apenas a de **de + clarar**, isto é, deixar claro. Por quê? Porque, se há um sistema óbvio, o que custa ao Tribunal tornar claro que o sistema existe? E por que torná-lo claro? Porque há, teoricamente, possibilidade de revogação das resoluções em pontos que atinjam a necessidade da existência desse órgão central.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Para nós, a lei é suficiente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Excelência, se a lei fosse suficiente, não existiria tribunal!



ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não, mas nós já decidimos por seis a cinco. A lei é suficiente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E nós não teríamos passado aqui bons dois dias a discutir-lhe a matéria, se a lei fosse suficiente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - E a resolução é excelente. É de excelente qualidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pois é. É apenas isso o que eu quero que se declare, Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas não precisamos declarar. Não faz parte da inicial. Não faz parte do pedido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Excelência, quero só deixar claro. De + clarar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E sabe por que mais? Eu quero evitar é que a Corte assuma, eventual e implicitamente - e, aí, sim, gerando dificuldades de

ADI 3.510 / DF

interpretação - a postura formal de que o sistema pode ser irresponsável.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não? Ótimo. É isso o que eu quero que se declare, Excelência. É ótimo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Há um sistema institucionalizado de monitoramento, de vigilância, de fiscalização.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Pois é isso o que eu quero que se declare.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Mas isso não depende de qualquer declaração desta Suprema Corte, pois, conforme diz o eminente Ministro MENEZES DIREITO, tal sistema já existe.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Excelência, tudo o que existe, pode ser declarado. O que não se pode declarar é só o que não existe.

h

ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ministro PELUSO, há seis votos, no entanto, que entendem sem sentido a declaração, que Vossa Excelência pretende ver proclamada, porque esses seis (6) Juízes deste Supremo Tribunal, que compõem a maioria, julgam totalmente improcedente esta ação direta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Seis, oito, dez votos...

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Seis votos - que constituem a maioria absoluta - que se revelam decisivos na definição do presente julgamento.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Excelência, estamos discutindo palavras, diante de uma realidade que exige clareza, sobretudo.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Parece-me que **não há déficit** de clareza, **não há déficit** de regulamentação. Ao contrário, efetuado o julgamento, seis votos julgam pura e simplesmente improcedente a ação direta e nada mais

17

ADI 3.510 / DF

propõem. É isso que se aguarda que o eminente Presidente proclame: a prevalência do voto majoritário. Apenas isso!

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sim. Excelência, que mal há em deixá-lo claro?

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Os seis votos que julgam improcedente esta ação direta são extremamente claros. Nada há, portanto, a esclarecer...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Excelência, ontem eu declarei várias coisas, os jornais publicaram outras, hoje. Ontem deixei claras várias coisas.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas, então, *quid?* Eu estou julgando improcedente a ação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Sem explicitação?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, declarando.

ADI 3.510 / DF

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É evidente que, neste caso, quando nós, que formamos a minoria, estamos a dizer claramente que deve haver um Comitê Central de Ética, o fazemos dizendo que isso deve integrar o próprio conceito no plano legal. Agora, há - e o Ministro Peluso trouxe, inclusive, essa resolução, a qual não havia sido objeto de discussão anteriormente - providências nesse sentido. Porém, o Ministro Peluso está propondo que essa idéia da resolução integre o próprio conceito, o próprio elemento central da decisão.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Claro!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Sua Excelência reconhece.

A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Todos compreendemos.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Isso está devidamente esclarecido, mas, é claro que já há decisão do Tribunal no sentido da improcedência.

ky

29/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510 DISTRITO FEDERALE X P L I C A Ç Ã O

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Senhor Presidente, peço-lhe que encerre e proclame a decisão. Este Tribunal hoje deu lições de serenidade. Aqui ninguém perde, ninguém ganha. Faço parte da minoria que está preocupada com aspectos que parecem extremamente sérios.



O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A maioria também revela igual preocupação...

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Eu creio que sim. Quero deixar bem claro que os Colegas, sobretudo os mais antigos, devem ensinar-me a ter serenidade, a não me exaltar. Nós demos uma lição de reflexão hoje. Aqui não há individualidade nenhuma. Eu me considero integrado nesse todo e não preciso provar nada a ninguém.

No dia em que cheguei a esta Corte venci toda e qualquer individualidade, todo e qualquer impulso no sentido de tomar a minha singularidade como motivo determinante de qualquer ação minha.

Queria pedir a Vossa Excelência que encerre. Já sabemos o resultado que, para mim, não foi 6 a 5. Houve uma decisão do



ADI 3.510 / DF

Tribunal do qual eu faço parte; e não sou senão um pedaço deste Tribunal.

De modo que é inútil, é descabido. Não precisamos ficar discutindo quem ganhou, quem perdeu. Quem ganhou foi o Tribunal todo. Este deve ser um momento de serenidade, e, se Vossa Excelência me permitir, vou me arrogar a circunstância de ser o mais velho, porque sou o mais velho dos onze. Rogo, em nome da celeridade, que Vossa Excelência encerre a sessão.



O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO - Em seguida, infelizmente, sou eu.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Ministro **Celso de Mello**, Vossa Excelência me perdoe, só para acentuar, como Vossa Excelência sabe, que muitas vezes o voto vencido de hoje é o voto vencedor de amanhã.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: E disso há, eminente Ministro MENEZES DIREITO, exemplos históricos ocorridos nesta própria Suprema Corte.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu não sou célula-tronco, mas estou me congelando aqui.

ADI 3.510 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não sei se eu vou ser aproveitada ou jogada fora, mas, por via das dúvidas, aumente a temperatura.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Senhores Ministros, tivemos a oportunidade de fazer debates extremamente profícuos, intensos, sobre várias questões. Tivemos algumas perplexidades, inclusive, já na proclamação ontem, por conta dessa dificuldade, agora apontada pelo Ministro Celso de Mello, quanto ao próprio conceito de declaração parcial sem redução de texto ou interpretação conforme. Eu tenho procurado fazer um "distinguishing" entre as duas categorias, dizendo que, quando há declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, nós eliminamos um sentido normativo ou uma aplicação. Em geral, nesses casos, nós também nos filiamos à corrente daqueles que julgam improcedente com um dado sentido, mas isso não está claro. Se formos pesquisar na jurisprudência do Tribunal, encontraremos manifestações de toda índole, de toda ordem. O que interessa é que o Tribunal, por maioria, nos termos do voto do Relator, Ministro Carlos Britto julgou improcedente a Ação 3.510.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0**

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO

REQTE. (S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

REQDO. (A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV. (A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO. (A/S): CONGRESSO NACIONAL

INTDO. (A/S): CONECTAS DIREITOS HUMANOS

INTDO. (A/S): CENTRO DE DIREITO HUMANOS - CDH

ADV. (A/S): ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS

INTDO. (A/S): MOVIMENTO EM PROL DA VIDA - MOVITAE

ADV. (A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO

INTDO. (A/S): ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E
GÊNERO

ADV. (A/S): DONNE PISCO E OUTROS

ADV. (A/S): JOELSON DIAS

INTDO. (A/S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB

ADV. (A/S): IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

Decisão: Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos - CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida - MOVITAE e ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso. Plenário, 05.03.2008.

Decisão: Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento




Supremo Tribunal Federal

foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 28.05.2008.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 29.05.2008

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


p? Luiz Tomimatsu
Secretário