

A Questão Jurídica das Pesquisas com Células Embrionárias

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

Professor Emérito da Universidade Mackenzie, em cuja Faculdade de Direito foi Titular de Direito Econômico e de Direito Constitucional e Presidente do Centro de Extensão Universitária.

FÁTIMA FERNANDES RODRIGUES DE SOUZA

Advogada em São Paulo, Professora do Centro de Extensão Universitária.

DOI: 10.11117/22361766.22.01.03

SUMÁRIO: 1 Não há prova científica de que as células-tronco adultas não tenham plasticidade; 2 Inexistência de relação entre os três anos de congelamento e a viabilidade dos embriões submetidos a esse processo; 3 Do destino dos embriões congelados; 4 O conceito jurisdicional de vida.

Impugna-se, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/600, ora sob apreciação do Supremo Tribunal Federal, a norma inserta no art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei da Biossegurança – *verbis*:

“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 e 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.”

Por contrariarem direitos fundamentais, definidos no estatuto supremo como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, da CF)¹, que são a inviolabili-

1 A norma tem a seguinte dicção: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

dade do direito à vida, consagrada no art. 5º da CF, e a dignidade da pessoa humana, arrolada no art. 1º, III, da CF, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ambos os dispositivos assim redigidos:

“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: [...]”

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

III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (grifos nossos)

Resta, ademais, por elas ferido tratado internacional de que o Brasil é signatário de que, em nossa interpretação, por força do § 2º do art. 5º da CF, tem *status* de norma constitucional² – a saber, o Pacto de São José da Costa Rica, cujo art. 4º, intitulado “Direito à vida”, está assim redigido:

“Artículo 4: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplica actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente

2 Embora não se ignore tendência do Supremo Tribunal Federal a considerar que tratados internacionais entram no Direito positivo brasileiro como legislação ordinária, o § 2º do art. 5º da CF, ao dispor 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”, deixa claro que o tratado de San Jose, por cuidar de direitos humanos – direito à vida – matéria prevista na Lei Suprema, ingressou no ordenamento com o mesmo *status*, sem o requisito do § 3º, introduzido no art. 5º da CF pela EC 45/2004, posterior à adesão do Brasil ao diploma internacional.

de decisión ante autoridad competente.” (grifos nossos) (Textos internacionales de Derechos Humanos, EUNSA, Pamplona, 1978, p. 597)³

A tese central da ação afirma que a vida humana⁴ acontece na e a partir da fecundação e, como a norma impugnada autoriza a utilização de células-tronco embrionárias, extraídas de embriões excedentes de processo de reprodução assistida, que se encontram congelados em clínicas de fertilização, e como a extração dessas células implica a destruição desses embriões, a norma viola os direitos fundamentais acima apontados.

Entendendo ser necessário interpretar, à luz de um conhecimento científico multidisciplinar, o vocábulo “vida”, o douto Relator, Ministro Carlos Britto, valeu-se da prerrogativa prevista no art. 9º, § 1º, da Lei nº 9.868/1999⁵, convocando audiência pública, para que peritos de várias áreas da ciência trouxessem subsídios sobre o tema, possibilitando, assim, que, a partir deles, o Tribunal venha a deliberar qual o conceito que deve ser adotado, no momento jurídico brasileiro, de forma a conferir significado à expressão “dignidade da pessoa humana”.

-
- 3 Um dos signatários deste estudo assim interpretou o *caput* do dispositivo: “Alguns pretendem ler, na referida disposição e nos vocábulos ‘em geral’, uma relativização do dispositivo. Tal leitura, sobre ser pobre e literal, não corresponde ao sentido do dispositivo de Direito internacional. Assim é que o referido artigo está dividido em 3 partes, a saber: 1) toda a pessoa humana *tem* (presente do indicativo) direito a que se respeite a sua vida; 2) a lei *protegerá* (futuro) o direito a partir do momento da concepção, podendo fazê-lo de forma expressa (é o mais comum e o geral das vezes), mas, poderá omitir-se a expressa menção; 3) a vida do ser humano (nascido ou nascituro) *não pode ser* (presente do indicativo) *eliminada arbitrariamente*. Há, pois, dois comandos normativos de caráter essencial; (o respeito ao direito à vida (do nascituro e do nascido) e a vedação a que o ser humano (nascituro ou nascido) seja privado de sua vida *arbitrariamente*. E há um comando, de natureza formal, de que a lei deverá explicitar o princípio da garantia desde a concepção, que é o que ocorre *em geral*. Em nenhum momento, o dispositivo permite a leitura de que a lei *poderá retirar* o direito à vida após a concepção, pois, de outra forma, o ser humano (nascituro) estaria sendo privado de sua vida *arbitrariamente*. Por esta razão, o comando normativo está no presente no que concerne ao respeito ao direito à vida e à vedação a sua retirada arbitrária (de nascituro e do nascido), aconselhando-se, no futuro indicativo, que a lei explicita, em nível de legislação interna, o sentido do pacto de São José, o que de resto já ocorre em geral, com os países signatários” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Direito à privacidade*. Coordenação e co-autoria, Idéias e Letras/Centro de Extensão Universitária – CEU, p. 60/62).
- 4 A médica Marlene Nobre (in: Base Científica, artigo publicado em *O Globo*, de 29.04.2005), com oportunidade, observa: “Descobertas recentes da neurocientista Candace Pert demonstram que a memória está presente não somente no cérebro, mas em todo o corpo, através da ação dos neuropeptídeos, que fazem a interconexão entre os sistemas nervoso, endócrino e imunológico. Outras pesquisas já detectaram a presença, no zigoto, de registros (*imprints*) mnemônicos próprios, que evidenciam a riqueza da personalidade humana, manifestando-se muito cedo, na embriogênese. O conjunto destes trabalhos demonstra a competência do embrião: capacidade para autogerir-se, mentalmente, adequar-se a situações novas, selecionar situações e aproveitar experiências. Se unirmos a Teoria do Planejamento a Teoria do Planejamento Inteligente a estas descobertas, concluiremos que a vida do embrião não pertence à mãe, ao pai, ao juiz, à equipe médica, ao Estado, mas exclusivamente a ele mesmo. Há, pois, fortes razões científicas para ser contra o aborto, mesmo do anencéfalo. Aprendemos, com a genética, que a diversidade é nossa maior riqueza coletiva. E o feto, mesmo portador de grave deficiência, faz parte dessa diversidade e deve ser preservado e respeitado”.
- 5 Reza essa norma: “§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento 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”.

O que se pretende, neste artigo, é, precisamente, analisar os subsídios trazidos pelos expertos ouvidos nessa audiência – de modo especial, por aqueles a favor da constitucionalidade da norma impugnada –, demonstrando que não contrariam a tese defendida na ADI, ou seja, de que a vida humana acontece na e a partir da fecundação e que a cura para as doenças neurodegenerativas não depende das pesquisas com células-tronco embrionárias. Mas, ainda que dependessem, não seria juridicamente legítimo sacrificar uma vida para salvar outras, a pretexto de atender a objetivos de saúde pública.

Vejamos alguns dos principais tópicos dos depoimentos, com indicação das páginas do processo em que se encontram.

1 NÃO HÁ PROVA CIENTÍFICA DE QUE AS CÉLULAS-TRONCO ADULTAS NÃO TENHAM PLASTICIDADE

A defesa da norma impugnada está fundamentada em terem, suas disposições, objetivos de saúde pública, a saber, a necessidade de buscar a cura de doenças neurodegenerativas ou mesmo de limitações físicas resultantes de acidentes, que retiraram das pessoas a possibilidade de locomoção. Passou-se para a sociedade a idéia de que seria essa a única forma de alcançar tal desiderato, e que aqueles que impugnam a validade da lei estariam contra esse objetivo, defendendo, por motivos religiosos, a higidez “de um punhado de embriões”.

No entanto, a posição do autor da ação e da CNBB, bem ao contrário, é, apontando a invalidade da norma, não só fazer prevalecer a Constituição, mas também incentivar o aprimoramento do ordenamento jurídico pátrio, mediante a edição de leis compatíveis com o Direito e com a ética, e de pesquisas com células-tronco adultas, que são aquelas que têm apresentado resultados positivos – não só na área da investigação científica, mas também no campo clínico – de forma a atender, mais célere e adequadamente, os problemas de saúde pública e as legítimas expectativas de todos os portadores dessas deficiências.

Com efeito.

Todos os pesquisadores ouvidos na audiência pública fizeram a distinção entre células-tronco adultas e células-tronco embrionárias. As primeiras, retiradas do blastocisto, são pluripotentes, podendo originar aproximadamente 200 tecidos do corpo humano; e as segundas, ou seja, as células-tronco adultas, são multipotentes, ou seja, são células que existem no cordão umbilical ou no corpo das pessoas, que também têm a propriedade de se transformar em células de outros tecidos.

Praticamente, nenhum dos cientistas ouvidos negou a plasticidade das células-tronco adultas. Alguns, aliás, já as utilizam na área clínica, ates-

tando a sua propriedade de se transformarem em outros tecidos ou de ajudá-los a se regenerarem, ainda que a ciência, por ora, ainda ignore todos os tecidos que podem ser formados a partir delas.

É o que se vê dos seguintes depoimentos.

Lygia Pereira (p. 1076): “No início, os pesquisadores achavam que as células-tronco adultas, de medula óssea, só eram capazes de regenerar as nossas células do sangue dando origem a células sanguíneas. A partir de 2000, alguns trabalhos começaram a indicar que talvez elas sejam capazes de regenerar outros tecidos, razão pela qual teve início a pesquisa com células-tronco adultas [...] a partir de 2007, quando foi publicado trabalho científico em uma revista [...] o grupo de cientistas identificou células-tronco adultas (da medula óssea de camundongos) e conseguiram demonstrar que tinham plasticidade capaz de permitir sua transformação em vários tecidos [...] Há vários artigos tratando da possibilidade de a célula-tronco adulta se comportar como a embrionária. Mas ainda não forma replicados por outros grupos [...]”.

Antonio Carlos Campos de Carvalho (p. 1098, 1110), tratando da necessidade de células-tronco para solucionar problemas do sistema nervoso, apesar de considerar que as células-tronco adultas não têm propriedades semelhantes às de um neurônio, reconhece que há muitos trabalhos sobre a matéria: “Alguns resultados mostram que isso é possível e outros que isso não é possível. [...] as células-tronco adultas, a partir de 1998, a literatura nas revistas especializadas, foram consideradas como dotadas de plasticidade igual à das células-tronco embrionárias. Porém, de 2000 a 2002 houve também uma série de artigos dizendo o contrário”.

Já Rosalia Mendes Otero (p. 948), descrevendo suas experiências com células-tronco adultas no sistema neuronal, reconhece que há células-tronco adultas, no corpo humano, que podem gerar neurônios, embora em número reduzido: “Sabemos que, dentro do sistema nervoso, existem células-tronco. O próprio sistema nervoso gera novos neurônios a cada instante [...] mas eles são formados em regiões muito restritas, muito limitadas e em número muito pequeno [...] Mas isso é uma grande descoberta, já é possível pensar em como aproveitar essa capacidade do próprio sistema nervoso se regenerar”.

Mayana Zatz (p. 922), sobre a capacidade de diferenciação das adultas, afirma: “Meu grupo começou a trabalhar com células-tronco do cordão umbilical [...]. Depois começamos a tentar extrair células-tronco adultas de outros tecidos, de gordura de polpa dentária, e estamos vendo que elas conseguem se diferenciar em vários tecidos”.

Também Steven Rehen (p. 941) atesta que as células-tronco adultas existem em vários tecidos do corpo humano e que são capazes de dife-

renciação: “[...] as células-tronco adultas, as multipotentes, capazes de se diferenciar em tipos restritos, são derivadas de vários tecidos”.

Lúcia Braga (p. 937) relata: “Assim, na década de 80, começamos a trabalhar com a célula da medula óssea, que funciona muito bem quando colocada no osso, na cartilagem, no músculo. Essa célula-tronco adulta, realmente, quando verificamos ter um resultado tão bom, do ponto de vista cardíaco, é porque o coração é músculo e para o que é cartilagem, osso e músculo, a célula mesenquimal adulta funciona muito bem e trabalhamos com ela com resultados excelentes. Já saímos do campo da pesquisa e fomos para o campo da clínica, e isto está funcionando muito bem”.

Todos os cientistas e médicos que trabalham com células-tronco adultas destacam a segurança que oferecem, tendo em vista que, por serem autólogas, não há risco de rejeição ou de contaminação. Já quanto às células-tronco embrionárias, intensamente estudadas no mundo, em 60 países, segundo informado nos depoimentos, não existem experiências que atestem sua plasticidade – a não ser uma, realizada na Coreia, que se revelou uma fraude.

E os cientistas ouvidos reconhecem isso.

Lygia Pereira (p. 1075/1092) mencionou que o estudo das células embrionárias teve início em 1981 e que: “Acredita-se que elas possam eventualmente dar origem a mais de 200 tecidos existentes no corpo humano [...] Não há nenhum teste clínico utilizando células embrionárias em humanos [...] Há vários artigos tratando da possibilidade de a célula-tronco adulta se comportar como a embrionária [...] Já quanto às células-tronco embrionárias houve a publicação do resultado de uma pesquisa na Coreia que revelou-se uma fraude”.

Assim, o que existe em relação às células-tronco embrionárias é tão-somente uma expectativa, ou, como diz Antonio Carlos de Carvalho (p. 1108), “um conceito”: “Existe um conceito científico solidamente estabelecido de que uma célula-tronco embrionária é capaz de gerar todos os tipos celulares que compõem os tecidos e órgãos de nosso organismo. Este é um conceito que não é contestado por ninguém”.

A solidez desse “conceito” é contraditada por Luiz Eugênio Araujo Morais Mello (p. 1100), que afirma não se saber se as células-tronco embrionárias teriam plasticidade para produzir os cem tipos de neurônio existentes em nosso organismo.

Quer dizer: não há prova de que as células embrionárias possam se transformar em todos os tecidos do corpo humano; o que há é apenas uma suposição, uma expectativa, que o cientista chama de um “conceito”.

Os depoimentos também apontam para os problemas que as células-tronco embrionárias podem acarretar no uso clínico.

Embora Ricardo Ribeiro dos Santos (p. 962) considere “uma falácia” dizer que célula-tronco tem potencial de produzir tumor, é Antonio Carlos Campos de Carvalho quem diz: “Há problemas no uso de células-tronco embrionárias no uso médico dessas células? Há! Por isso não existem ensaios clínicos utilizando células embrionárias em nenhum país do mundo. Por quê? Porque, como não tem identidade autóloga, isso poderia resultar na rejeição das células diferenciadas. Porque podem produzir tumores cancerígenos com os 216 tipos de células. É necessário controle e restrição da diferenciação dessas células. Porque pode acarretar contaminação”.

Da mesma forma, Lygia Pereira (p. 1080) alerta que a possibilidade de utilização clínica das células-tronco embrionárias dependeria de se conseguir superar outras dificuldades, além de dominar a mecânica de sua diferenciação: “É necessário resolver o problema da compatibilidade entre a célula embrionária e o paciente. Este problema não existe com as células-tronco adultas, pois elas são do próprio paciente, razão pela qual não há risco de rejeição”.

De tudo o que foi dito nesses depoimentos, o que se extrai é que as pesquisas com células-tronco adultas:

- encontram-se adiantadas, a ponto de sua utilização bem-sucedida, para recompor outros tecidos, em procedimentos clínicos com humanos, já ser uma realidade;
- ter sido comprovada a sua plasticidade, embora ainda limitada, com possibilidades de se ampliar essa diversificação, inclusive para tecidos do sistema nervoso;
- não apresentam riscos de rejeição ou contaminação;

É razoável concluir que a cura para tantas doenças degenerativas e deficiências decorrentes de acidentes esteja mais próxima a partir das pesquisas realizadas com células-tronco adultas, onde não existem os riscos de contaminação, nem de rejeição.

Tanto é assim que inúmeras notícias às quais a mídia não deu o devido destaque – mas que foram trazidas aos autos em documentos e mesmo em manifesto assinado pelos cientistas que apóiam a tese da ação, no sentido da inconstitucionalidade da norma – dão conta de pesquisas e aplicações clínicas bem-sucedidas envolvendo as células-tronco adultas, com destaque para a mais recente delas, do seguinte teor: “Cientistas da Universidade de Harvard conseguiram obter células-tronco a partir de células adultas de pele, sem a necessidade do polêmico uso de embriões. Esta é a

terceira vez que o feito é alcançado, mostrando que a medicina regenerativa com células-tronco pode estar bem mais próxima do que se imaginava. Potencialmente, as células obtidas podem ser direcionadas a se desenvolverem em qualquer tipo de tecido, que poderiam ser usados para tratamentos personalizados para doenças como Parkinson e Alzheimer. George Daley, coordenador do estudo, obteve as células de pele de um voluntário – nos estudos anteriores, as células foram obtidas de linhagens disponíveis em bancos de células. A diferença pode parecer irrelevante, mas, segundo o especialista, demonstra, pela primeira vez, que a experiência pode ser feita com células de qualquer voluntário. Eles agora estão tentando transformar as células pluripotentes em tecidos específicos [...]”⁶.

A importância dos resultados obtidos pelas pesquisas que utilizam células-tronco adultas tem sido reconhecida no mundo inteiro, como se vê do relatório publicado no *site* do governo do Canadá, que, após comentar o debate ético e jurídico que o assunto suscitou e ainda suscita em vários países, conclui: “Recentemente, o debate sobre o uso de embriões, como uma fonte de células-tronco, pode tornar-se desnecessário na medida em que as pesquisas vêm mostrando significativos sucessos na demonstração da pluripotencialidade das células-tronco adultas, originárias de músculos, cérebros e sangue”.

Tal afirmação decorre das pesquisas bem-sucedidas tanto no Japão (Yamanaka)⁷ como nos Estados Unidos (J. Thompson⁸, o mesmo que iniciou as pesquisas com células embrionárias), dando efeitos pluripotentes às células-tronco adultas no fim do ano passado (2007).

Ora, tais bem sucedidas pesquisas tornaram obsoleta a audiência pública de maio de 2006, na medida em que o argumento dos defensores das pesquisas com células-tronco embrionárias era de que seus efeitos seriam apenas multipotentes, e não pluripotentes.

Ora, no momento em que os referidos cientistas obtiveram os mesmos efeitos pluripotentes das células embrionárias, sem riscos de rejeição, à evidência, as perspectivas de resultados positivos tornaram-se muito mais

6 *O Globo*, 26.12.2007.

7 A declaração do cientista japonês é suficientemente expressiva: “Quando vi o embrião, eu repentinamente percebi que não havia muita diferença entre ele e minhas filhas. Eu pensei, nós não podemos continuar destruindo embriões para nossa pesquisa. Deve haver outro meio (*NY times*, dez. 2007). Minha meta é evitar usar células embrionárias”.

8 Em 1998, J. Thomson isolou do embrião humano as CTEh (células-tronco embrionárias), gerando grande expectativa na comunidade científica, pois, apesar de provirem da destruição de seres humanos no seu estágio embrionário, poderiam ser utilizadas na medicina regenerativa de inúmeras doenças. Até hoje, todavia, após 10 anos de estudos e pesquisas em países que ainda permitem a destruição de embriões humanos – muitos países civilizados já estão deixando de lado tais investigações –, não se conseguiu nenhum resultado positivo, apesar dos bilhões de dólares neles aplicados.

viáveis com as células-tronco adultas reprogramadas do que com as células embrionárias.

Por fim, em 15 de fevereiro de 2008, quando Yamanaka eliminou os retrovírus (MYC) que potencialmente poderiam gerar tumores – o que todas as células embrionárias geram – reprogramando as células-tronco adultas com a inserção não mais de 4 genes, mas apenas de 3 genes, nitidamente, os resultados que apareceram nos próximos anos de curso na medicina regenerativa decorreriam das células-tronco adultas e não das embrionárias, que provocam rejeição e tumores.

Por esta razão é que podemos afirmar que a referida e histórica audiência, pela evolução da ciência, tornou-se obsoleta porque o único argumento científico utilizado para justificar a investigação com células embrionárias e não adultas residia nos efeitos multipotentes delas e pluripotentes daquelas. No momento em que estas passaram a ter a pluripotencialidade daquelas, sem risco de gerar tumores e sem rejeição ou problemas éticos, a audiência perdeu razão de ser, pois os cientistas apresentam, hoje, muito mais na evolução das células-tronco adultas reprogramadas e pluripotentes do que as células embrionárias, cujos estudos começam a não ser mais realizados em países avançados.

De rigor, o objetivo declarado dos cientistas aqui mencionados, como se vê, por exemplo, do depoimento de Lúcia Braga (p. 938), é: “O que queremos é pesquisar; não sentimos que estamos no momento de usar isso clinicamente, até porque temos responsabilidade com esse número tão grande de brasileiros”.

Lygia Pereira chega a declarar (p. 1092) “que se pretende com o estudo que a célula-tronco adulta se comporte como ela (célula-embrionária)”.

Porém, para essa finalidade, as pesquisas com células-tronco embrionárias de animais propiciam instrumento apto. A partir delas é possível descobrir a mecânica de mutação das células-tronco embrionárias, respeitando a vida e a dignidade dos seres humanos, como atestado pelo grupo de cientistas que se manifestaram pela tese em que se funda a ADI.

Resulta, portanto, que o dispositivo legal impugnado na ADI é inconstitucional também por ferir o princípio da razoabilidade, inserto no art. 5º, LIV, da CF, pois a medida que autoriza – ou seja, a destruição dos embriões congelados – não é necessária, proporcional nem adequada a atender os objetivos da saúde pública.

O princípio da proporcionalidade, corolário do devido processo legal substantivo, constitui critério de averiguação da validade dos atos legislativos. Tal princípio encerra os juízos de necessidade, adequação e razoabilidade.

Por adequação entende-se que a lei deve mostrar-se apta a atingir os fins pretendidos. A lei impugnada, pelas razões acima apontadas, não atinge os objetivos de saúde pública, na medida em que, em face dos problemas de rejeição e de contaminação que pode provocar, a utilização de células-tronco embrionárias se mostra menos eficiente do que as pesquisas que vêm sendo realizadas com células-tronco adultas; estas já vêm utilizadas com êxito para dar resposta às necessidades da sociedade. Ademais, por ser contrário ao Direito sacrificar a vida de um indivíduo, ainda que para salvar a de outro, a providência autorizada pela lei jamais poderia se reputar “adequada”.

Já a necessidade impõe a verificação da inexistência de outro meio menos gravoso para que seja atingida a finalidade almejada. No caso, o mecanismo da diversificação das células-tronco embrionárias pode ser estudado em animais. Além disso, os resultados e os avanços das pesquisas com células-tronco adultas demonstram que existem meios menos gravosos para alcançar a cura de doenças neurodegenerativas e de outros males. Assim, ausente o requisito da necessidade.

Ainda é de se lembrar que a proporcionalidade, em sentido estrito, consiste na ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido pela norma, para constatar se é justificável ou não a invasão na esfera de direitos do cidadão prestigiada pelo texto constitucional. No caso, o ônus imposto é a violação ao direito à vida do embrião, muito superior aos benefícios que poderiam advir da utilização de células-tronco embrionárias, a julgar pelos problemas de rejeição e contaminação que podem atingir a saúde pública, e pela inexistência de resultados até o momento, não obstante as pesquisas empreendidas em 60 países.

O princípio da proporcionalidade tem sido aplicado pelo eg. Supremo Tribunal Federal para atalhar prescrições normativas, que se mostrem desarrazoadas, desnecessárias ou excessivamente onerosas. Confirma-se o que restou decidido na ADI 1.158-8: “Todos sabemos que a cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art. 5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, a abrangência de sua noção conceitual, não só no aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituídas do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência

para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal”⁹.

No mesmo sentido: SS 1.320, DJ 14.04.1999, item nº 524 – ADI 1.063/DF, Rel. Min. Celso de Mello (*Informativo STF* nº 225), entre outros.

Assim, ao contrário de prover os reclamos da saúde pública, a lei impugnada os contraria flagrantemente.

Por fim, o princípio da igualdade é ferido. Têm o seu direito à vida assegurado todos os embriões congelados depois da promulgação da lei. Não os têm os congelados até aquela data, numa violação também ao art. 5º, *caput* e inciso I.

2 INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE OS TRÊS ANOS DE CONGELAMENTO E A VIABILIDADE DOS EMBRIÕES SUBMETIDOS A ESSE PROCESSO

A lei impugnada autoriza a utilização para pesquisa de embriões congelados há 3 anos.

O cientista Ricardo Ribeiro dos Santos (p. 963) sustentou, em seu depoimento, que a técnica de congelamento degradaria os embriões, inviabilizando-os para a transferência. Afirma, textualmente, que “a viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa, praticamente nula”.

Essa afirmação é contraditada não só pelos documentos que acompanharam o manifesto apresentado pelos cientistas que se manifestaram a favor da tese da ADI, mas também pela resposta dada pela cientista Patrícia Helena Lucas Pranke (p. 1132) à pergunta formulada pelo Ministro Lewandowisk (“Qual a importância médica ou biológica do marco dos três anos de congelamento? Por que a lei se refere a ele?”) nos termos seguintes: “A doutora Mayana Zatz, eu e vários cientistas participamos ativamente, há dois anos, da elaboração dessa lei, dando assessoria a deputados e senadores. Essa questão dos três anos teve uma grande confusão, à época, porque algumas pessoas entenderam que os três anos, na lei, estariam dizendo que, após esses três anos, esses embriões seriam enviáveis. De forma alguma esses três anos têm associação com a viabilidade, ou não, do embrião. Esse prazo de três anos – mais uma vez repito – foi colocado na lei, mas não tem absolutamente nada a ver com a viabilidade ou não. E por que foi colocado

9 Apud Paulo Brossard de Souza Pinto e Fábio Brun Goldschmidt, *RDDT* 54/80.

na lei? Porque se achou que a lei deveria dar um prazo mínimo de, pelo menos, três anos para que aquele casal tenha certeza se, porventura, quiser doar aqueles embriões para pesquisa; pelo menos juridicamente deveria esperar três anos para essa decisão. Ele pode esperar dez anos, se ele fez uma fertilização e sobraram embriões. Se ele continuar em dúvida se quer ou não doar para a pesquisa, ele ficará aguardando o tempo que achar necessário para tomar essa decisão, sejam cinco ou dez anos. Mas não menos do que três; pelo menos durante três anos aquele casal ficará com aqueles embriões para ter certeza se quer doá-los, ou não. Então, não tem absolutamente nada a ver com definições de que estamos delimitando que o embrião se torne inviável depois de três anos. Sabemos, sim, que, quanto mais tempo de congelamento, menor a viabilidade. Foi uma confusão que houve à época. É só uma questão de fazer a família ter certeza e pensar por pelo menos três anos”.

Como se vê, o prazo estabelecido na norma legal nada tem a ver com a viabilidade dos embriões congelados. O grupo de cientistas que se manifestou favorável à ADI trouxe à colação o caso de gêmeos, cujos embriões permaneceram congelados por doze anos.

Portanto, destruir embriões congelados há três anos não é destruir embriões incapazes de serem transferidos com sucesso. É destruir vida.

Porém, arbitrária que tenha sido a fixação dos três anos, a verdade é que, caso a norma venha a ser julgada constitucional – o que se admite à guisa de argumentação –, ela não autoriza que embriões congelados após a publicação da lei sejam utilizados em pesquisas: apenas poderão ser objeto de pesquisa os embriões que:

- estiverem congelados há 3 (três) anos ou mais na data da publicação da lei; ou
- aqueles que, estando congelados na data da publicação da lei, tenham três anos ou mais, a partir da data do congelamento.

Trata-se, portanto, de um número pequeno de embriões – absolutamente insuficiente para as pesquisas, a julgar pelos depoimentos dos cientistas ouvidos –, que nem por isso podem ter negado o seu direito à vida.

Já o conceito de “embrião inviável” é dado pelo Decreto nº 5.591: “XIII – embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnósticos pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministro da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião”.

Essa norma pode dar margem a arbitrariedades e concorrer para a produção de embriões com o único objetivo de sua utilização em pesquisas, como explica Cláudia Maria de Castro Batista (p. 1138): “Os critérios adotados até hoje para se considerar um embrião inviável, nas clínicas de fertilização, são critérios morfológicos funcionais sensorialmente observáveis. Diria que são critérios grosseiros. Para se ter certeza de que um embrião é viável ou não, somente dando-se a oportunidade de implantá-lo. Tanto que, ao se implantar vários embriões, nem todos são viáveis e se desenvolvem até o fim da gestação”.

Por tudo isso, resulta nítido que a lei não oferece critérios seguros, nem mesmo para aquilo que pretendeu regular, ao arrepio da Constituição.

3 DO DESTINO DOS EMBRIÕES CONGELADOS

À pergunta formulada pelo Tribunal (qual a melhor destinação para os embriões extra numerários atualmente congelados nas clínicas de fertilização?), só há uma resposta conforme o Direito e a ética, que é a adoção mediante o consentimento dos genitores.

De qualquer forma, não cabe ao Judiciário resolver essa questão. Cabe ao Estado – que não disciplinou a tempo e adequadamente os procedimentos de reprodução assistida, para impedir a produção de embriões em número superior aos que forem implantados – promover campanhas incentivando a adoção, com o consentimento dos genitores, tal como já ocorreu e ainda ocorre em outros países, que possuem, inclusive, “estatuto de proteção ao embrião”.

Não pode, agora, o Judiciário, para sanar uma situação incômoda, criada pela ineficiência do aparelho estatal, dar efeitos prospectivos contra direitos fundamentais, tornando constitucional a norma manifestamente contrária ao texto supremo e ao tratado internacional firmado pelo Brasil.

A resposta que essa pergunta merece foi dada pela cientista Lenise Aparecida Martins Garcia (p. 1137): “Trata-se realmente de uma pergunta de difícil resposta. Para mim é como perguntar: qual o jeito ético de dividir o fruto de um roubo? Um grupo de pessoas roubou um banco: qual o melhor jeito de dividir o dinheiro entre elas? Quem sofreu maior risco deve ganhar mais? Porque uma vez que já rompi o marco ético, não tenho mais referência. O marco ético é que nunca tivessem sido congelados, e o foram sem que a legislação tenha qualquer definição a respeito. Não é verdade que no Brasil se permitiu que eles fossem congelados. A verdade é que a reprodução assistida no Brasil está num vácuo legal”.

Realmente, a grande maioria dos países, que proíbe a criação de embriões para pesquisa, coíbe também a prática de fertilização de mais óvulos do que aqueles necessários para implantação no útero da mulher, no processo de reprodução assistida, evitando abusos como os apontados em relatório Human Embryo Stem Cell Research, publicado no *site* do Governo do Canadá.

Diz o relatório: “Muitos cientistas sustentam que aqueles embriões jamais foram criados com o propósito específico de pesquisa. Porém essa alegação é considerada por alguns como artificial. Observam que é muito simples produzir embriões em excesso para reprodução assistida com a intenção de obter muitos remanescentes para pesquisas com células-tronco embrionárias”.

Por essa razão, países como Itália, Alemanha, Áustria passaram a proibir a produção de embriões acima do número daqueles que serão implantados.

No Brasil, embora quatro seja o número máximo de embriões que podem ser implantados de cada vez, não há norma prevendo que só poderão ser fertilizados óvulos suficientes a um ciclo de implantação. Bastaria, portanto, que a legislação limitasse a fertilização ao número a ser efetivamente implantado, para evitar-se o problema gerado pelo congelamento de embriões, como, aliás, observado pela cientista Patrícia Helena Lucas Pranke (p. 935), em seu depoimento, ao apontar as insuficiências da legislação brasileira relativamente ao assunto: “Proibir o seu congelamento? Essa é outra questão que deveria ser discutida”.

A letra e o espírito da norma impugnada traduzem intenção do legislador não de autorizar a pesquisa, mas apenas de dar solução à situação dos embriões que já estejam congelados na data da publicação da lei. Não autoriza a destruição daqueles congelados a partir dessa data. Porém, é insuficiente para evitar que a situação atual se repita no futuro. Reconhecendo a sua invalidade, estará o Supremo Tribunal incentivando que a matéria seja adequadamente disciplinada, no sentido de evitar a desnecessária fertilização e o congelamento de embriões excedentes.

De qualquer forma, nos Estados Unidos, a política de promover a adoção de embriões tem gerado notável movimento, ao ponto de se fazerem reuniões anuais de pais de filhos de embriões adotados, com sua prole, para comemorar a alegria da paternidade adotiva. A prática, se adotada no Brasil, seria uma elegia à vida e não à morte dos embriões.

4 O CONCEITO JURISDICIONAL DE VIDA

A questão central da ADI, para a elucidação da qual foi designada audiência pública, é a resposta à indagação sobre se a vida começa ou não na fertilização do óvulo pelo espermatozóide.

Para além de ser esse o momento em que os manuais de medicina indicam como o início da vida, nenhum dos cientistas que respondeu a esse quesito negou tal evidência.

Para Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello (p. 1101), a Biologia e a Medicina, não sendo ciências exatas, não podem dar definições absolutas na maioria das vezes e que haveria pelo menos quatro respostas possíveis à pergunta do Supremo Tribunal Federal, entre as quais o momento da fertilização.

Patrícia Helena Lucas Tranke (p. 927), ao falar do destino do embrião excedente de uma fertilização *in vitro*, sustenta que as alternativas seriam ou a pesquisa, “ou deixamos na placa, em que não há outro destino senão naturalmente morrer”. Ora, tudo que morre é porque está vivo.

Steven Rehen (p. 939) sustenta que “uma das formas de se demarcar a origem da vida e acredito que muitos dos colegas defenderão essa posição é que, na verdade, a vida da pessoa humana pode ser definida a partir da fertilização, ou seja, a partir do momento em que um óvulo encontra espermatozóide”.

Ricardo Ribeiro Santos (p. 962) admite que “tudo começa nesta fecundação do óvulo pelo espermatozóide. Isso é vida? É um contexto para a maioria dos cientistas, essa é a nossa opinião”.

Mayana Zatz (p. 919), embora lembrando que a fecundação é condição necessária, mas não suficiente para o embrião se desenvolver, admite que “todos nós começamos a partir da fecundação de um óvulo, de um óvulo que sobreviveu”.

Patrícia Helena Lucas Pranke (p. 919), ressaltando a necessidade do contato com o útero, não nega que o embrião seja vida, ao se manifestar nos termos seguintes: “Se olharmos desenvolvimento humano a partir da fecundação de um óvulo, por um espermatozóide, o que temos? [...] Se este blastocisto não estiver em contato com o útero, ele naturalmente morrerá, não conseguirá se diferenciar do embrião, nem continuar o seu desenvolvimento, o seu ciclo de vida”.

A cientista reconhece, portanto, que, mesmo antes da implantação no útero, o embrião vive. Aliás, sobre a necessidade da implantação do embrião no útero, diga-se que as máquinas que acolhem prematuros já fazem as vezes do seio materno, concorrendo para a sua sobrevivência. Talvez, ao se abrir a “caixa de Pandora”, com a realização de pesquisas em que a ética da ciência abandone os padrões da ética da sociedade e da dignidade humana, no “Admirável Mundo Novo” do futuro, o útero não seja mais necessário... Como visualizou Aldous Huxley.

Não obstante a tentativa de alguns, de deturpar os fundamentos e os propósitos desta ADI, como se derivassem de uma postura obscurantista, retrógrada, insensível à busca de cura para tantas pessoas, o que ela verdadeiramente busca é assegurar o direito à vida, descrito como inviolável em nossa lei maior e na legislação infraconstitucional que assegura os direitos do nascituro.

Trata-se, é certo, de questão carregada de conteúdo ético, não só no Brasil, mas em todo mundo. E a ela as legislações têm procurado dar respostas que acabam por convergir no essencial.

Nos Estados Unidos¹⁰, alguns Estados da Federação proíbem a destruição de embriões humanos para pesquisa, enquanto outros o permitem. No entanto, a legislação federal proíbe que recursos da União sejam aplicados em tais pesquisas, o que já atesta o repúdio a esses experimentos.

O mesmo ocorre na Austrália.

Em Portugal, é ilegal a utilização de embriões humanos na investigação médica. O Decreto nº 135/VII (1997), publicado pelo Conselho de Ministros, proíbe a “criação ou utilização de embriões para fins de investigação”.

Na França, a lei bioética foi incorporada ao Código de Saúde Pública, e o art. L 2151-5 veda a utilização de embrião humano para pesquisa. A título excepcional, e por um período limitado a 5 anos contados a partir da publicação de um decreto do Conselho de Estado, as pesquisas com embriões excedentes podem ser realizadas, desde que se demonstre a impossibilidade de um método alternativo. Tendo em vista os avanços nas pesquisas com células-tronco, as autorizações não vêm sendo dadas.

Na Espanha, é proibida a produção de embriões humanos exclusivamente para pesquisas, sendo permitida a utilização dos excedentes que tiverem perdido sua capacidade de desenvolvimento biológico ou que estejam mortos (arts. 31 e 28 da Lei nº 14/2007, de 03.07.2007, de investigação biomédica).

10 Roberto Martins lembra que: “Nos Estados Unidos, a Suprema Corte americana, no caso Dred Scott, em 1857, defendeu a escravidão e o direito de matar o escravo negro, à luz dos seguintes argumentos: 1) o negro não é uma pessoa humana e pertence a seu dono; 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano; 3) só adquire personalidade perante a lei ao nascer, não havendo qualquer preocupação com sua vida; 4) quem julgar a escravidão um mal, que não tenha escravos, mas não deve impor esta maneira de pensar aos outros, pois a escravidão é legal; 5) o homem tem o direito de fazer o que quiser com o que lhe pertence, inclusive com seu escravo; 6) a escravidão é melhor do que deixar o negro enfrentar o mundo. Em 1973, no caso Roe y Wade, os argumentos utilizados, naquele país, para hospedar o aborto foram os seguintes: 1) o nascituro não é pessoa e pertence à sua mãe; 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano; 3) só adquire personalidade ao nascer; 4) quem julgar o aborto mal, não o faça, mas não deve impor esta maneira de pensar aos outros; 5) toda a mulher tem o direito de fazer o que quiser com o seu corpo; 6) é melhor o aborto, do que deixar uma criança mal formada enfrentar a vida” (Aborto no direito comparado. In: *A Vida dos Direitos Humanos*. Sergio Fabris, 1999).

A Alemanha, a Áustria e a Itália proíbem a criação de mais embriões do que aqueles que podem ser transferidos, em um ciclo de fertilização, sob pena de aplicação das sanções da lei penal. O número de embriões fertilizados a cada ciclo é limitado a três¹¹.

Por outro lado, como alguns desses países que não autorizam as pesquisas embrionárias, ou que proíbem a destinação de recursos oficiais para essas pesquisas, autorizam a importação dessas células ou mesmo o patrocínio de pesquisas, nos países que permitem tal investigação, o que se pretende é também afastar a possibilidade de, a ser considerada válida a lei questionada, incentivar-se a superovulação de mulheres nas classes menos favorecidas, em nosso País, para a exportação dos embriões, ou mesmo para permitir a pesquisa patrocinada pelos países que não a admitem com os seus nacionais ou em seu território.

O que ADI defende não é apenas a vida de um punhado de embriões – como foi sugerido num dos depoimentos –, mas o princípio maior de nosso Estatuto Supremo, em volta do qual orbitam todos os demais direitos à vida humana e à dignidade a ela inerente. Veja-se que, como noticiaram os jornais, revistas, rádio e televisão, em países que admitem a pesquisa com células-tronco embrionárias, como a Inglaterra, agora já se cogita da implantação de embriões humanos em óvulos de vacas, em manifesto desprezo à dignidade do homem.

O fato é que, não tendo sido negada com evidências científicas a tese da ADI, ou seja, que a vida começa na fertilização, e, por outro lado, tendo ficado claro, pelos depoimentos, que a extração de células-tronco embrionárias destrói o embrião, resta nítida a incompatibilidade da lei com os arts. 5º e 1º, III, da CF.

Nem se diga que a situação verificada na morte encefálica autorizaria sustentar que não existe vida no embrião até que se forme o sistema neurológico. No primeiro caso, a morte já ocorreu, sendo mantida a respiração, artificialmente, apenas para impedir a deterioração de órgãos necessários para o transplante. É que, na morte encefálica, morre todo o tronco encefálico, onde se localiza o centro respiratório. No caso do embrião, o sistema está latente, e só não se desenvolverá, se for impedido pela ação do homem. Somente quem não quer não vê a diferença entre as duas situações.

Considerar a lei constitucional será, portanto, passar a relativizar o direito à vida e a própria dignidade humana, admitindo que seja legítimo salvar a vida de alguém tirando a vida de outrem.

11 Vide 10.2 Steering Committee on Bioethics – CDBI.

O conceito jurisdicional de vida, o Supremo Tribunal Federal e os eminentes Ministros que o integram já definiram, em julgados e em obras doutrinárias, mesmo antes dos preciosos subsídios trazidos pela ciência, nos depoimentos dos pesquisadores ouvidos.

Reconhecendo o direito do embrião, a Ministra Cármen Lúcia considerou-o integrante da humanidade, tanto que, mesmo não tendo personalidade jurídica, é protegido em sua dignidade de ser humano e em direitos pela legislação nacional e estrangeira: “[...] 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 têm as 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 e pelo que cada qual representa como viabilidade autônoma de um ser humano”¹².

O Ministro Marco Aurélio, em voto-vencedor, considerou ofensivo à dignidade humana submeter um cidadão a colher uma gota de seu sangue para um teste de paternidade, como se vê da ementa do seguinte julgado: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’ – Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos”¹³.

É de se destacar o seguinte trecho do voto que proferiu nesse julgado: “[...] a Carta Política da República – que o Dr. Ulisses Guimarães, em perfeita síntese, apontou como a ‘Carta Cidadã’ – consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas – inciso X do rol das garantias constitucionais (art. 5º). Onde ficam a intangibilidade do

12 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. (Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Coord.). *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Forum, 2004. p. 40.

13 HC 71373-4/RS, Plenário, DJ 21.11.1996.

corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? [...] É irrecusável o direito do paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja para a realização do exame... a hipótese não é daquelas em que o interesse público se sobrepõe ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana, naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade”.

Muito mais grave se afigura uma lei que retira o direito à vida!

Não obstante a posição adota em seu voto, o Ministro Carlos Britto, em trabalho doutrinário, discorrendo sobre a norma *normarum*, é brilhante ao lecionar: “[...] Não há como deixarmos de nos inquirir sobre um tipo de instância que ponha ali no próprio começo de tudo que pertença ao mundo ser, que é um mundo regido pelo citado princípio da causalidade, segundo o qual tudo que acontece é por efeito necessário de uma causa também necessária ou que não pode deixar de ser. Por hipótese, se queremos saber a causa imediata do nascimento de um ser humano, vamos ter que responder que o ser humano proveio do fato da fecundação de um óvulo (feminino, claro) por um espermatozóide (masculino, óbvio). Se prosseguirmos no exercício das perguntas sobre o fenômeno da concepção humana, teremos que passar pela explicação dos testículos – por serem eles a glândula genital masculina que fabrica o esperma (que, por sua vez, contém o espermatozóide), como teremos que passar pela explicação do ovário – por ser o ovário a glândula genital feminina que produz óvulos. E é assim de indagação em indagação que iremos estacionar num ponto absolutamente irreduzível a novas perguntas sobre a parte orgânica do corpo humano. Esse ponto é a lei ou o princípio da perpetuação da espécie, embutido, a seu turno, no princípio da continuidade da vida em geral, traduzido na idéia de que a vida em geral é feita para a gestação e da gestação de infinitas formas (especiais) de vidas. [...] E neste passo vamos ter que reconhecer: para além da explicação racional, ministrada pela própria Ciência, só cabe mesmo apelar para uma instância geradora da própria lei da continuidade da vida em geral [...] e aí o ser humano tem a necessidade de, sequenciando a intuição de que ‘nada pode surgir do nada’ (Parmênides), cair nos braços de Deus. Deus, ou outro nome que se dê à fonte das fontes ou a lei das leis ou a norma *normarum*, que é a substância primária de que falava Spinoza (ou, quem sabe, a não-substância de que derivam todas as substâncias”. “[...] a proclamação de tais direitos [individuais] e garantias é o reconhecimento formal de que todo ser humano não é somente parte de algo, mas algo à parte. Sendo assim,

constituindo-se mesmo numa totalidade em si, cada indivíduo é por natureza diferente dos demais e no que toca à experimentação de sua natureza em certas áreas de atividade – pensamento, religião, trabalho, locomoção, preferência sexual, associação etc. –, todo ser humano deve passar ao largo do controle estatal (não é de contenção do poder estatal que primeiro vive a Democracia?). Passar ao largo de controle estatal como condição de respeito a uma dignidade que não tem outro fato gerador que não a humanidade mesma que mora em cada indivíduo. Daí o vínculo funcional entre a dignidade da pessoa humana e os chamados direitos e garantias individuais e a Democracia, [...] Noutra forma de expor as coisas, é no reconhecimento de cada indivíduo como um microcosmo que se intui com o princípio constitucional da pessoa humana (inciso III do art. 1º da Constituição brasileira de 1988, repita-se) e um dos mais palpáveis conteúdos da Democracia. E conteúdo tão palpável que nos parece verdadeiro afirmar o seguinte: o próprio entendimento do que seja dignidade da pessoa humana depende um ar de liberdade pessoal e de pluralismo ético-ideológico-religioso que somente se respira em atmosfera democrática;¹⁴ [...].”

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, em voto-condutor no Tribunal de Justiça estadual, assim se manifestou: “No clássico ‘A Natureza do Bem’ (*De natura boni*), [...], Santo Agostinho (354 a 430) ensina que ‘toda e qualquer natureza enquanto natureza é sempre um bem – não pode provir senão do supremo e verdadeiro Deus, porque o ser de todos os bens, tanto os que pela sua excelência se aproximam do sumo Bem como os que pela sua simplicidade se afastam d’Ele, não pode provir senão do Sumo Bem. Por conseguinte, todo e qualquer espírito está sujeito à mudança, e todo e qualquer corpo provém de Deus – e a espírito e matéria reduz-se toda natureza criada. Segue-se daí necessariamente, que toda e qualquer natureza ou é espírito ou é corpo. O único espírito imutável é Deus; o espírito sujeito à mudança é uma natureza criada, ainda que seja superior ao corpo. Por sua vez, o corpo não é espírito, nem sequer o vento, porque, conquanto nos seja invisível e por isso o chamemos, em sentido figurado, espírito, lhe sentimos perfeitamente os efeitos’ [...] Julgamentos dessa natureza precisam ser postos sempre debaixo do amor pela humanidade, naquele sentido agostiniano da natureza criada, ou, na civilização moderna, na avalanche dos questionamentos entre os que crêem e os que não crêem, debaixo do critério da igualdade de direitos e da fecunda compaixão que deve unir todos os homens na realização plena de sua natureza pessoal e social. Com isso, afasta-se, desde logo, qualquer tipo de preconceito, de discriminação, posta a questão no plano da realidade jurídica, sem perder de vista a inte-

14 *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 14, 189-190.

gralidade do ser do homem na sua dignidade, na sua felicidade existencial e espiritual. Somos todos um só homem quando nos encontramos iguais em nossa natureza criada [...]”¹⁵.

Embora a questão tenha fundamentos que também concernem à ética – cumpre lembrar que o ordenamento jurídico é formado por fato, valor e norma, como ensina Reale –, a questão, perante o Supremo Tribunal Federal, é, essencialmente, jurídica.

Apenas com base no Direito positivo é que deverá ser decidido, se a nossa Lei Maior admite a relativização da vida, ou, na linha adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, a vida e a dignidade humana são valores superlativos, que não podem ser contrapesados com outros valores e bens constitucionalmente protegidos: “Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, no acórdão sobre ‘co-gestão’ (*Mitbestimmung*), ao referir-se ao conteúdo da prognose legislativa, distinguiu um ‘controle de evidência’ [...], um ‘controle de admissibilidade’ [...] e um ‘controle material intensificado’, procedendo, de igual modo, a uma diferente ‘intensidade’ ou ‘densidade’ de controle. A sua finalidade é clara: trata-se de valorar se o legislador poderia ou não ter alcançado esse resultado com um ‘sacrifício menor’ de outros ‘interesses’ ou de ‘bens constitucionalmente protegidos’. Ainda assim, nessa mesma decisão, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu a possibilidade de soluções ‘alternativas’, colocando-as em ‘confronto recíproco’, por forma a individualizar o instrumento ‘menos gravoso’ em termos de compreensão de outros ‘interesses’ ou ‘bens constitucionalmente protegidos’. A ‘escala de valores’ (*Wertrandordnung*) utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão é a seguinte: (1) ‘dignidade da pessoa humana’ (*Menschenwürde*), considerada de ‘valor superlativo’ (*Obersterwert, Obersterrang, Höchstrang*), não podendo como tal ser ‘contrapesada’ face a outros valores ou bens constitucionalmente protegidos, não lhe sendo, portanto, aplicável o critério da ‘proporcionalidade’ [BVerfGE34,238,245,80,357,373]. (2) ‘direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos’, subtraídos do poder de revisão... (3) ‘direitos fundamentais em geral’, fora da cláusula de intangibilidade [...]”¹⁶.

Tem-se sustentado que, na discussão sobre a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas, estaria sendo travada uma disputa entre religiosos e cientistas¹⁷. Não! O que se está a discutir é se a inviolabilidade

15 REsp 678.933/RS.

16 QUEIROZ, Cristina M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2002. p. 2007.

17 A Academia de Ciências do Vaticano possui, no momento, 29 Prêmios Nobel, o que vale dizer estar também preocupadíssima com a Ciência e ostentar no colégio acadêmico cientistas cujo reconhecimento mundial foi atestado pela outorga da maior láurea em Física, Química, Medicina etc.

do direito à vida, cláusula pétrea de nossa Constituição, deve continuar garantida no texto supremo. Se a Constituição deve prevalecer sobre a lei, ou a lei sobre a Carta da República.

E, para tanto, Suas Excelências, depois de ouvirem os depoimentos que aqui foram reproduzidos, só têm o “texto e a testa”.

Certamente, na defesa dos princípios básicos de nossa Lei Maior, saberão deixar de lado as pressões populares, pois, como bem ressaltou o Ministro Eros Grau:

“[...] A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas – a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano de nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônica de uma ética – qualquer ética – o que irremediavelmente nos conduz ao ‘olho por olho, dente por dente’. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito para que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos.

Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. [...]”¹⁸

À evidência, no caso presente, os que se postam contra a ADI estão imbuídos dos melhores propósitos. Mas também aqui temos que escolher que postura ética deve o Direito consagrar: a que luta pela vida¹⁹, a ponto de lutar para que ela não seja tirada de alguém sem sequer uma razoável certe-

18 HC 91232/PE.

19 José Renato Nalini, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, alerta: “[...] Sacrificar a vida, impedi-la de vir à luz, abreviá-la, não é só contra o direito, mas também contra a moral, e moral, é bom recordar o óbvio, é a ‘capacidade para enfrentar a vida frente à desmoralização, formação do caráter individual, que leva os sujeitos a enfrentar a vida com um elevado estado de ânimo’. Esta é a era da história humana em que se assiste ao pôr-do-sol do dever kantiano, a morte dos imperativos categóricos, o ocaso da coação de que não pode se livrar o humanismo, submetido à lógica do ‘politicamente correto’. A morte é a única certeza, a única ocorrência inevitável e com a qual cada um de nós terá o seu encontro definitivo. Não é necessário abreviá-la. Nem impô-la a quem não teve ainda o direito de fruí-la em toda a sua rica e breve extensão. [...] A vida é extremamente tênue e, ao mesmo tempo, imensamente complexa. É preciso tratá-la com carinho. E lembrar que a vida humana não se realiza por si só. A nossa vida é uma questão em aberto, um projeto incompleto, que é preciso realizar passo a passo” (*Direito fundamental à vida*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. Centro de Extensão Universitária Quatier Latin, 2005. p. 522-523).

za de salvar outra vida – o que nem assim seria legítimo – ou se, lembrando o que defendeu a pesquisadora Débora Diniz (p. 1122)²⁰, aquela “ética” que moveu pais de crianças em fase terminal de câncer, nos Estados Unidos, ao autorizarem que seus filhos fossem utilizados para testar medicamentos – de antemão informados de não poderem proporcionar-lhes bem algum – apenas para permitir que os fabricantes pudessem avaliar a dose máxima de toxicidade suportável pelo organismo humano.

Essa postura – que não é aceita pela Convention on Human Rights and Biomedicine, aprovada pelos Estados Membros do Conselho da Europa – dificilmente estará de acordo com os valores e com o ordenamento positivo que queremos vigentes em nosso País²¹.

20 “Nos Estados Unidos, o Instituto Nacional do Câncer, principal órgão de pesquisa sobre câncer naquele país, registra cinco mil quatrocentos e onze pesquisas com seres humanos para diferentes tipos de câncer, em diferentes estágios de pesquisa. Do total de pesquisas em curso, mil duzentos e trinta e dois encontram-se na fase um ou dois. Fase um ou dois, na pesquisa científica, são fases em que não há expectativa de tratamento, em que se testa, por exemplo, a toxicidade de um novo medicamento e a segurança de procedimentos. Os efeitos colaterais desses testes e dessas pesquisas científicas são muito pouco conhecidos, a tal ponto que os termos de consentimento livre e esclarecido, que os participantes assinam, dizem: o que podemos prometer é que não vamos provocar sérios danos à sua saúde, mas não temos como afirmar antecipadamente o que poderá acontecer. Regra geral, o objetivo dessas pesquisas é testar doses de princípios ativos ou reações adversas de novos medicamentos. Um dos protocolos de pesquisa, atualmente em curso, é uma combinação de teste de novo medicamento com transplante de células-tronco. As pessoas envolvidas na pesquisa devem ter as seguintes características: pelo menos quatro anos de idade e menos de vinte e um; expectativa de três meses de sobrevivência; pessoas em estágio terminal de vida, e para quem todos os tratamentos disponíveis pela ciência tenham sido inúteis. Os objetivos da pesquisa são testar o máximo de dose tolerada do novo princípio ativo e avaliar sua toxicidade no organismo. Não há qualquer expectativa de benefício para os participantes envolvidos. O princípio ético que fundamenta a pesquisa científica na fase dois é diminuir os riscos e causar o mínimo de dano. Menos de 4% das pessoas doentes envolvidas em pesquisas em fase dois terão alguma resposta objetiva aos medicamentos em teste, muito embora os riscos sejam altos. É assim, senhores, que a pesquisa biomédica avança. É impossível realizar pesquisa sem teste em humanos. [...] Esse protocolo de pesquisa prevê a participação de cinquenta e seis crianças, mais do que os vinte embriões, hoje congelados, com potencialidade de vida no Brasil. Muitas das crianças não têm qualquer possibilidade de compreender e consentir com a pesquisa, assim como dizem dos embriões. O termo de consentimento é dado por seus representantes legais, assim como no caso dos embriões. Mas, os participantes da pesquisa não são meios para a ciência, eles são parceiros do progresso científico, detentores de direitos, proteções e dignidade. No entanto, a ADIn, ao proibir a pesquisa com embriões humanos inviáveis, pressupõe que a vida de embriões congelados deva ser passível de maiores proteções que quaisquer outros grupos, inclusive as crianças com câncer citadas no meu exemplo.”

21 O referido documento, designado Convention for Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology, a referida Convenção, do Conselho da Europa, firmada em Oviedo, em abril de 1997, com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e na Convenção dos Direitos da Criança de novembro de 1989, estabelece, em seus arts. 6º e 17, que nenhuma intervenção ou pesquisa pode ser realizada em pessoa que não tenha capacidade de manifestar consentimento, a não ser em seu benefício direto (*Subject to Articles 17 and 20 below, no intervention may only be carried out on person who does not have capacity to consent, for his or her direct benefit.*).