

TEM O EMBRIÃO DIREITO À VIDA?

Paulo Gustavo Gonet Branco¹

A pergunta que dá título a esta coluna é chave para que se analisem questões envolvendo limites ao uso de embriões humanos em pesquisas científicas. Estão os embriões humanos alcançados pelo direito à vida assegurado no *caput* do art. 5º da Constituição?

Se a vida humana não tem início com a fecundação, se somente existe vida em algum momento posterior à concepção, o direito à vida não seria agredido se a gravidez vem a ser interrompida ou se o ciclo de desenvolvimento do ente concebido é estancado para fins de pesquisas científicas.

Quando, então, existe vida humana, objeto da proteção do *caput* do art. 5º da Constituição?

Não obstante o assunto envolva elementos de doutrinas religiosas, empenhadas em sustentar a inviolabilidade da vida humana, o tema pode ser examinado do ponto estritamente técnico – e o tem sido, até para justificar posições de fé. Na “Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação”, por exemplo, a Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé reafirma “a inviolabilidade do direito do ser humano inocente à vida desde o momento da concepção até à morte”², aludindo a fundamento científico para escorar esse postulado:

“A partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida que não é aquela do pai ou da mãe e sim de um novo ser humano que

¹ Professor do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público, membro do Ministério Público Federal. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Essex (Reino Unido).

² “Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação”, n. 4. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html. Acesso em 15.1.2008.

se desenvolve por conta própria. Nunca tornar-se-á humano se já não o é desde então. A esta evidência de sempre ... a ciência genética moderna fornece preciosas confirmações. (...) Desde a fecundação tem início a aventura de uma vida humana, cujas grandes capacidades exigem, cada uma, tempo para organizar-se e para encontrar-se prontas a agir. Esta doutrina permanece válida e, além disso, é confirmada — se isso fosse necessário — pelas recentes aquisições da biologia humana, que reconhece que no zigoto derivante da fecundação já está constituída a identidade biológica de um novo indivíduo humano”.

Certamente deve-se estar advertido de que o fato de uma crença religiosa endossar um postulado sustentado cientificamente não reduz a importância deste para o debate público. Como João Batista Villela sensatamente alerta, “o fato de existir religiões que afirmem a igualdade essencial entre os homens, sustentem o direito à liberdade, defendam as minorias ou lutem pelos oprimidos não converte a igualdade, a liberdade ou a tolerância em valores religiosos”.³

De fato, a ciência permite que se afirme, hoje, que o conjunto de informações genéticas, que filia um ser vivo a uma espécie, está fixado desde a fusão dos núcleos do espermatozóide e do óvulo.

Ives Gandra Filho, recorda os testemunhos inequívocos de Jérôme Lejeune⁴, resumindo-os na conclusão de que “no momento da concepção, pela fecundação do óvulo pelo espermatozóide, o embrião que surge passa a ter um código genético distinto da mãe, o que mostra tratar-se de ser diferente da mãe e não mero apêndice do organismo feminino. (...) Não é possível se pretender dizer que não se está diante de uma vida humana”.⁵

“Como cada embrião humano – segue nesta linha Roberto Andorno – contém um genoma humano que é idêntico ao do adulto em que está chamado a se convolar, está claro que pertence, tanto como o adulto, à espécie humana. Nenhum ser vivo e, em particular,

³ João Batista Villela. “Estado laico, Estado amoral? premissas de um debate”. Revista Del Rey Jurídica, n. 15, 2º semestre de 2005, p. 9.

⁴ Lejeune, entre outros méritos científicos, soma o de haver descrito pioneiramente a doença cromossômica típica da síndrome de Dawn.

nenhum embrião poderia se transformar especificamente em *humano* no curso do seu desenvolvimento biológico, se já não o era antes”.⁶

A afirmação de que o embrião é um ser vivo, da espécie *homo sapiens*, não se confundindo, ademais, com uma mera célula entre as várias que compõem um indivíduo, tem abono científico.

É evidente que o embrião não desenvolveu ainda todas as propriedades típicas da pessoa adulta, mas isso não o desnatura como um ser humano.

De igual sorte, o fato de a lei civil tratar os direitos do nascituro de forma distinta de como disciplina os direitos do menor de idade, que, por sua vez, não vê os seus direitos regulados de modo igual ao do indivíduo plenamente capaz, não torna o nascituro ou o menor de idade *menos ser humano* do que o adulto. Se nas distintas fases, ademais, do desenvolvimento das potencialidades do homem é razoável que, no interesse mesmo do sujeito, se imponham limitações a prerrogativas e faculdades que dependem de mais acentuado desenvolvimento orgânico e intelectual, não é assim com o direito à vida. Este direito não depende, para ser reconhecido, de um certo grau de desenvolvimento das propriedades típicas do ser humano, mas é o pressuposto mesmo para que tal desenvolvimento ocorra. O direito à vida assenta-se apenas na realidade da existência de um ser humano. O embrião, por possuir a genética típica de um ser humano, é um ser humano, titular assim do direito à vida, reconhecido pela Constituição.

Integra a nossa doutrina constitucional sobre direitos fundamentais a noção de que tais direitos não ostentam somente uma dimensão negativa – que, no caso do direito à vida, significa o veto a agressões à existência física por parte do Estado e dos seus agentes. Tais direitos são enriquecidos também com uma perspectiva *positiva*. Os direitos fundamentais geram um *dever de proteção* para o Estado. Os poderes públicos devem atuar, inclusive criminalizando condutas, para assegurar a integridade da vida humana.

Nesse quadro, é dado concluir que a rejeição firme e eficaz de procedimentos que suprimam a vida intra-uterina delineia um dever do Estado no domínio do nosso Direito

⁵ Ives Gandra da Silva Martins Filho, “O Direito à Vida e o Aborto do Anencéfalo”, in *Direito Fundamental à Vida*, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 177.

⁶ Roberto Andorno. *Bioética y Dignidade de la persona*. Madri: Tecnos, 1998, p. 94.

Constitucional.

O direito positivo infraconstitucional mostra-se coerente com essas ilações.

O artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁷ impõe que a lei proteja a vida e proclama que esse direito tem início com a concepção, cabendo lembrar que, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.⁸ Basta isso para que se tenham como inaplicáveis leis que franqueiem experiências letais com embriões humanos, ante o obstáculo da garantia ampla do direito à vida explicitado no Pacto de San José.

Direito à vida e ponderação

A vida é o pressuposto para todos os direitos fundamentais. É curial, portanto, que se reconheça ao direito à vida uma primazia no contexto dos demais direitos. É defensável dizer que o direito à vida não é absoluto, sob a nossa Constituição, que prevê a possibilidade, ainda que restrita, da pena de morte em caso de guerra declarada. Em outros casos, não parece que o Estado disponha do poder de ponderar vidas, sobretudo com outros direitos fundamentais, e tomar deliberações que importem o sacrifício de existências humanas.

Jan-R. Sieckmann, dedicado estudioso da prática da ponderação no âmbito judicial, deteve-se sobre o tema, para concluir que, à vista da razão de ser dos direitos fundamentais, é dado falar numa exigência “segundo a qual o Estado não deve ter nenhuma prerrogativa de ponderação e decisão no que pertine a determinados interesses”. Ilustra a assertiva, bem a propósito do tema em apreço:

“Por exemplo, a proteção do princípio sobre a vida e a integridade corporal não há de ser ponderada com interesses de utilizar os órgãos de pessoa viva para a salvação da vida de outras cinco pessoas, pois *o sentido da proteção*

⁷ 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.

⁸ STF: HC 90172/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento de 5.6.2007, Informativo STF n. 470.

*dos direitos fundamentais está em que o Estado não deve realizar uma tal ponderação”.*⁹

Onde, portanto, a perda da vida constitui a alternativa do problema, não é caso de se proceder a ponderação com outros bens, mesmo que possuam bases constitucionais.

O próprio postulado da dignidade da pessoa humana ganha maior e decisivo peso, quando se liga à proteção do direito à vida. Não há respeito à dignidade humana quando se menospreza a própria existência.

Essas idéias não são desconhecidas da prática judiciária. Obteve notoriedade o julgamento de 15 de fevereiro de 2006 da Corte Constitucional alemã, que fulminou de invalidez ato normativo que conferia poderes para o Ministro da Defesa abater avião civil, quando as circunstâncias levassem a crer que o aparelho haveria de ser usado contra a vida de outros e se a derrubada do avião fosse o único meio para rechaçar o perigo.

O ato normativo, datado de 2004 – portanto, no contexto das angústias mundiais que se seguiram ao ataque de 11 de setembro de 2001 –, foi considerado inadmissível, já que causar a deliberada morte de pessoa inocente, mesmo que para prevenir a morte de outras mais, viola o direito fundamental à vida. A Corte afirmou que a morte provocada dos passageiros civis inocentes, “como meio para salvar outros, [significa] tratá-los como meros objetos, o que lhes nega o valor que é devido ao ser humano *por si mesmo*”.¹⁰

A Corte, portanto, não aceitou ponderar o número de vidas que seriam salvas com as vidas que seriam perdidas no avião alvejado. O princípio da dignidade humana, que reconhece à vida humana *status* acima de todo o valor, não se compadece de comparações que visem a apurar, num caso concreto, se a vida humana deve ceder a outro interesse qualquer – nem que seja o de outra vida humana. A Corte tampouco deixou-se abalar pela eventual curta expectativa de vida dos passageiros seqüestrados. Proclamou que “a vida humana e a dignidade humana gozam da mesma proteção constitucional, independentemente da duração da existência física de cada ser humano”.

A posição da Corte Constitucional alemã de repúdio ao uso do ser humano como

⁹ Jan-R. Sieckmann. *El Modelo de los Principios del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 135-136 (ênfase acrescida).

objeto, por isso ser essencialmente hostil ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, também é adotada pelo Supremo Tribunal Federal. No HC 86.000 (DJ 2.2.2007), v.g., o relator, Ministro Gilmar Mendes igualmente salientou que “esse princípio [da dignidade da pessoa] *proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto* dos processos e atos estatais”.¹¹

É correto afirmar, assim, que o direito à vida, pela sua própria importância e significado para o sistema constitucional, não admite ser ponderado pelo Estado com outras pretensões, se a solução do conflito acarreta o sacrifício certo de uma existência humana.¹²

Reforça-se, assim, a convicção de não ser admissível que se destrua uma vida humana, no seu momento embrionário, para servir de instrumento de progresso da ciência ou de satisfação de expectativas terapêuticas de outrem. Nessas hipóteses, mostra-se nítido o uso de um ser humano – o embrião – como objeto, como meio para a satisfação de interesses de terceiros, em detrimento da dignidade da pessoa humana.

Vale, afinal, mais um registro de direito comparado. Cabe destacar, no tema dos embriões humanos, a experiência italiana, corporificada na Lei nº 40, de 19 de fevereiro de 2004, que regula a fertilização *in vitro* e a conexa tutela do embrião. Nos termos dessa lei (confirmada por plebiscito de 2006), em tema de procriação assistida, devem ser assegurados “os direitos de todos os sujeitos envolvidos, incluindo o concebido” (art. 1º). Pune-se, por isso, “qualquer experimentação com embrião humano” com pena de reclusão e multa (art. 13). Proíbe-se, de modo conseqüente, com sanções penais, que se criem embriões em número “superior ao estritamente necessário a um único e simultâneo implante, em qualquer caso não superior a três” (art. 14).

O direito italiano, portanto, desautoriza a alegação, também disputada cientificamente, de que a produção de embriões em número superior ao estritamente necessário para um único implante seja indispensável para o êxito da fertilização.

¹⁰ Bundesverfassungsgericht, Press release no. 11/2006 of 15. February 2006, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg06-011en.html>, acessado em 16 de janeiro de 2008.

¹¹ Nessa mesma linha e do mesmo relator, entre outros julgados, confira-se o RE 515.427-GO (DJ 14.9.2007).

¹² Mesmo quando se admite um exercício de ponderação envolvendo a possibilidade de risco para o direito à vida (nos casos em que não há certeza de que a atuação em favor de um interesse importará sacrifício a uma vida), ainda aí há que se ver reconhecido em favor do direito à vida um peso em abstrato mais elevado que os demais direitos confrontantes, o que haverá de se refletir no momento de apurar o resultado da ponderação.

A falta de disciplina legal que cuide do tema no Brasil é, em si, uma inconstitucionalidade, por configurar descumprimento do dever constitucional do legislador de proteger a vida humana. O resultado dessa omissão do legislador é o estímulo à criação *in vitro* de embriões excedentes, o que, de seu turno, se torna argumento para que estes seres humanos sejam objeto de experimentos médicos em favor de outras pessoas. Já se nota que este último, é um argumento montado numa inconstitucionalidade, não podendo, até por isso, prosperar.

Some-se a circunstância, salientada por estudiosos, de que não existe embrião inviável, no sentido de que, ou está morto, e não é mais útil para aproveitamento médico, ou está vivo, sendo implantável. A propósito, ganhou repercussão entre nós a notícia do implante de um embrião congelado há 8 anos.

Afinal, a realidade da existência de embriões indesejados pelos pais não pode ser premissa para a conclusão favorável a pesquisas científicas letais para esses mesmos embriões. Do fato de não serem desejados não resulta como conclusão lógica que a vida neles existente possa ser desprezada. Vale também aqui a notícia de que em outros lugares, problemas semelhantes são enfrentados até mesmo por meio de adoção de embriões por mulheres dispostas a conduzi-los ao termo do ciclo intra-uterino.

Conclusão

A pergunta que encima esta coluna merece resposta desenganadamente positiva – o que, de seu turno, subtrai legitimidade constitucional às pesquisas científicas letais para os embriões humanos.

Não se desconhece que há quem não aceita que a vida humana tenha o seu primeiro momento na fecundação, ainda que estes não logrem falsear, em bases estritamente científicas, a tese que rejeitam. No mínimo, porém, haveria que se considerar a possibilidade do equívoco da postura cética. As conseqüências desse equívoco, uma vez confirmado, teriam o custo incomensurável de incontáveis vidas suprimidas. Haveria, então, de, pelo menos, aplicar-se ao tema o *princípio da precaução*, conhecido pelos que se batem pela proteção do meio ambiente e pela preservação de espécies, e que recomenda, ante a falta de certeza, a proteção do bem que pode estar ameaçado. Igualmente por esse caminho, as pesquisas com

embriões que levam à sua destruição não seriam aceitáveis.

A convicção desta coluna, de toda sorte, é no sentido de que pesquisas com embriões humanos para fins terapêuticos de terceiros afrontam a Constituição, pondo-se em linha colidente com a tutela que a Carta da República exige seja conferida à vida humana.

Como citar: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Tem o embrião direito à vida? **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 1, maio 2008. Disponível em: <http://www.idp.edu.br/index.php?op=stub&id=9&sc_1=60>. Acesso em: dia mês ano.

