



## CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988 : O PAPEL DO STF

Rafaelo Abritta<sup>1</sup>

**Resumo:** Análise sobre a (im)possibilidade de realização de pesquisas com células-tronco embrionárias em face do direito constitucional positivo. Visando melhor entendimento, o trabalho aborda o tema trazendo apontamentos a respeito das pesquisas com células-tronco. Em seguida, apresenta o tratamento dado à tutela da vida sob o enfoque dos Direitos Civil e Penal pátrios e, principalmente, ao sentido Constitucional da tutela dos bens jurídicos envolvidos. Ao final, será avaliada a possibilidade de realização das pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias com fulcro na Constituição de 1988.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional. Tutela da Vida. Células-tronco. Dignidade da Pessoa Humana. Possibilidade de Pesquisas. Supremo Tribunal Federal.

**Abstract:** Analysis on whether the research with embryonic cell-trunk should be allowed regarding the positive constitutional law. In order to provide a better understanding, the work approaches the subject with notes regarding cell-trunk research. Further on, it presents the treatment given to the guardianship of life under the concerns of the native Civil and Criminal laws and, mainly, to the Constitutional sense of guardianship of the legal goods involved. At last, the possibility of research using embryonic cell-trunk will be evaluated focusing on the Constitution of 1988.

**Key words:** Constitutional law. Guardianship of the Life. Embryonic Cell-trunk. Dignity of the Person Human being. Possibility of Research. Supreme Federal Court.

---

<sup>1</sup> Diretor do Departamento de Assuntos Extrajudiciais/CGU. Especialista em Direito Constitucional.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	1
<b>CAPÍTULO 1</b>	4
A QUESTÃO BIOLÓGICA DAS CÉLULAS-TRONCO	
1.1 Fertilização <i>in vitro</i>	
1.2 Células-tronco embrionárias	
<b>CAPÍTULO 2</b>	13
CONCEITO DE VIDA	
2.1 O início da vida humana sob o enfoque biológico	
2.2 O início da vida humana sob o enfoque religioso	
2.3 O início da vida humana sob o enfoque infraconstitucional	
<b>CAPÍTULO 3</b>	37
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	
3.1 Antecedente – direito comparado – EUA	
3.2 Antecedente – direito pátrio	
<b>CONCLUSÃO</b>	47
<b>REFERÊNCIAS</b>	59

## INTRODUÇÃO

As pesquisas com células-tronco embrionárias se apresentam não só como um grande avanço científico no campo da medicina, mas, também, como uma questão de grande repercussão no ordenamento jurídico mundial, de dimensão tamanha, que hoje não é possível prever as possibilidades na melhoria da vida humana. Tal aspecto se reflete na realidade brasileira, onde desde a publicação da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que, em seu art. 5º e parágrafos<sup>2</sup>, autorizou a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias os debates jurídicos se acirraram com respeito à violação ou não do direito à vida na efetivação dessas pesquisas.

O ápice desses debates pode ser condensado no ajuizamento, pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510<sup>3</sup>. Objetiva, a ADIn, a declaração de inconstitucionalidade do artigo suso mencionado, por entender que tal permissivo ofende o direito à vida tutelado pelo ordenamento constitucional, bem como ofende a dignidade da pessoa humana igualmente protegida.

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei nº 11.105, de 2005:

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.

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Carlos Ayres Britto. Ajuizada em 30 de maio de 2005.

Assim, a discussão sobre a utilização de células-tronco embrionárias assumiu grande importância no cenário jurídico pátrio. Diversos foram os setores da sociedade civil que se manifestaram contra ou a favor dessa legalização, perpetrada pela Lei nº 11.105, de 2005.

As discussões atuais sobre as células-tronco embrionárias se baseiam na indagação de serem ou não tais células tuteladas pelo ordenamento constitucional no tocante ao direito à vida e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a ciência médica possui primordial importância para o campo jurídico, tendo em vista que fenômenos biológicos como o nascimento e a morte da pessoa humana apresentam grandes impactos na ordem jurídica, fenômenos cuja definição tem origem e essência na biologia, conforme se verifica da simples leitura dos arts. 2º e 6º<sup>4</sup> do Código Civil. Assim, a ciência jurídica deve estar sempre em consonância com as alterações ocorridas na sociedade, no que tange aos valores éticos e morais, bem como nos avanços tecno-científicos da medicina.

Indubitavelmente, o tema abordado constitui-se de grande relevância, pois estão sendo realizadas pesquisas médicas, que utilizam as células-tronco embrionárias e estudos das próprias células, enquanto pendente o julgamento da ADIn nº 3.510, devendo-se mencionar que ainda nem a análise perfunctória da liminar requerida aconteceu.

Em que pese a presente temática ser discutida de uma maneira globalizada, internamente, não se possui ainda, um posicionamento da Corte Constitucional que autorize afirmar de forma peremptória que a realização das

---

<sup>4</sup> BRASIL. Código Civil: lei nº 10.406, de 2002:  
Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.  
[...]  
Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

pesquisas possui respaldo constitucional. Tal afirmação, todavia, somente será definitiva após o julgamento meritório da ADIn supra mencionada.

Desta forma, a indagação que norteará as considerações ora apresentadas é a seguinte: as definições biológicas ou sociais (religiosas) a respeito do início da vida devem servir de parâmetro para a verificação de ofensa ou não ao texto constitucional quando da realização de pesquisas utilizando-se as células-tronco embrionárias?

Ressalte-se que a falta de amplitude dos debates, a controvérsia, a grande dissensão em torno do assunto, a abrangência e a profundidade que o tema requer motivaram e influenciaram de forma decisiva as presentes considerações, que fazem por merecer um criterioso estudo, como forma de colaboração para o enriquecimento das discussões em torno da temática.

Dessa forma, o tema é amplo na medida em que proporciona o aprofundamento de questões relativas a diversas áreas do direito, além do forte cunho ético, moral e religioso, já que o tema envolve o maior direito a ser tutelado pelo Estado, qual seja, a vida.

Visando dar um tratamento mais didático ao tema, as presentes considerações foram divididas em capítulos.

O Capítulo 1 abordará a questão da fertilização *in vitro* e as pesquisas com células-tronco.

Por sua vez, o Capítulo 2 traz o entendimento biológico a respeito do que seja “vida”, traz a visão das religiões católica, judaica e islâmica a respeito do início da vida, e aborda, também, o tratamento infraconstitucional brasileiro relacionados com o tema “vida”.

O Capítulo 3 analisará a função hermenêutica exercido pelas Cortes Supremas.

Ao final serão apresentadas alguns apontamentos conclusivos sobre a presente temática, com o intuito de acalantar os debates entorno das células-tronco embrionárias.

## 1 A QUESTÃO BIOLÓGICA DAS CÉLULAS-TRONCO<sup>5</sup>

As discussões acerca da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisas surgiram, de fato, no Brasil em decorrência do reconhecimento do potencial que tais pesquisas podem alcançar em termos de cura ou melhoria na qualidade de vida dos portadores de doenças anteriormente tidas como incuráveis, bem como em virtude da expressa autorização dada pelo art. 5º da Lei nº 11.105, de 2005.

De início, cumpre asseverar que o desenvolvimento de novas tecnologias gera dúvidas pela desinformação que a insipiência causa.

De fato, a partir dos novos conhecimentos tecno-científicos, no campo da genética e da tecnologia médica, instaurou-se mundialmente a discussão e avaliação dos instrumentos normativos de proteção e de respeito à vida.

---

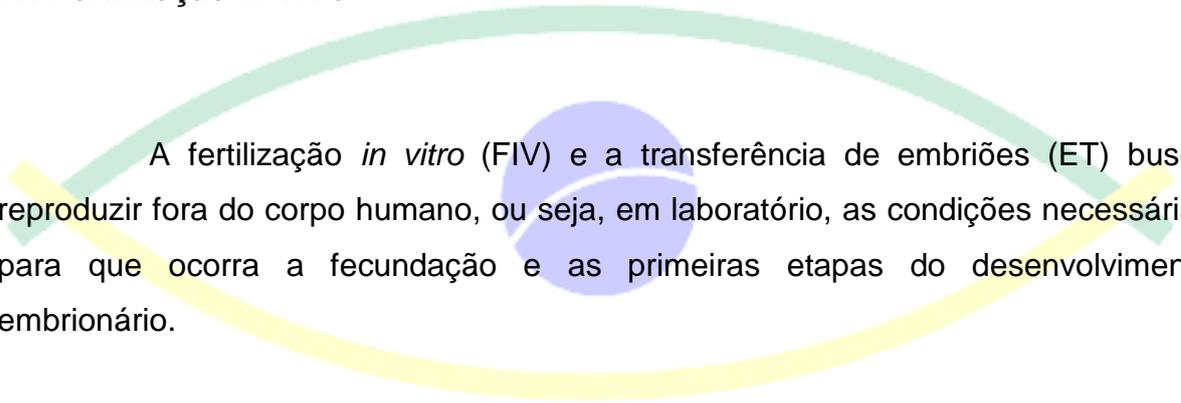
<sup>5</sup> Faz-se necessário registrar que os dados ora apresentados contaram com o auxílio e orientação do Prof. Dr. Marcelo Mendes Brandão, doutor em Clínica Médica pela UNICAMP – São Paulo, por meio de entrevista.

É necessário assimilar que os processos de inovações biotecnológicas são caracterizados por inúmeras especulações e que envolvem diversos interesses, o que dificulta, sobremaneira, o acesso à informação segura pela sociedade leiga.

Hodiernamente almeja-se conceber uma visão comum e acessível destas noções científicas, que deve ser incorporada ao direito para fundamentar regras bastante claras e objetivas.

Nesse intuito, apresentar-se-á primeiro um breve levantamento do processo de fertilização *in vitro*. Na seqüência, far-se-á a apresentação do que são as células-tronco embrionárias.

### 1.1 Fertilização *In Vitro*



A fertilização *in vitro* (FIV) e a transferência de embriões (ET) busca reproduzir fora do corpo humano, ou seja, em laboratório, as condições necessárias para que ocorra a fecundação e as primeiras etapas do desenvolvimento embrionário.

A duração deste procedimento de concepção *in vitro* é de aproximadamente 48 horas. Os espermatozoides e os óvulos, obtidos do casal que não conseguem naturalmente a concepção, são colocados dentro de um meio de cultura especial e cultivados a 37°C. Então, irá acontecer a fertilização artificialmente induzida e o desenvolvimento embrionário inicial.

Após essa etapa, os embriões formados serão transferidos para a cavidade uterina através de um catéter especial, sem a necessidade de qualquer intervenção cirúrgica.

Observando o processo de desenvolvimento embrionário, adota-se o “termo embrião englobando todas as fases do desenvolvimento do zigoto, a partir da

concepção, considerada como a fertilização do óvulo pelo espermatozóide, até sua implantação, momento que assinalará o início da gravidez.”<sup>6</sup>

Nessa linha, conforme entendimento do Grupo de Trabalho do Conselho da Europa, o termo “embrião, aplica-se ao zigoto e todas as fases subseqüentes do seu desenvolvimento até que a implantação esteja terminada.”<sup>7</sup>

Sendo assim, verifica-se que o termo embrião compreende o processo que se desenrola da formação do zigoto até a nidação. Sua manipulação é o pressuposto para a realização da fertilização *in vitro* ou transferência de embriões, que, como visto, é a técnica por meio da qual se “reúnem em uma proveta os gametas feminino e masculino, em meio artificial adequado, propiciando a fecundação e formação do ovo, o qual, já iniciada a reprodução celular, será implantado no útero de uma mulher.”<sup>8</sup>

Com efeito, na fertilização *in vitro* é preciso que vários embriões sejam produzidos, pois a probabilidade de gravidez aumenta na proporção do número de embriões transferidos para o útero materno.

Assim, a fim de se evitar, a cada tentativa de fecundação, a retirada de óvulos, adota-se o procedimento de fertilização simultânea de vários óvulos e, conseqüentemente, são obtidos vários embriões. Explica-se a adoção de tal procedimento em virtude de que

A fecundação de mais de um óvulo aumenta a probabilidade de haver mais de um embrião. Com a transferência de mais de um embrião, existe uma maior probabilidade de que, pelo menos, um esteja normalmente constituído e que possa ser implantado. É por isso que a transferência de embriões

<sup>6</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 249.

<sup>7</sup> SERRÃO, Daniel. O estatuto moral do embrião: a posição do Conselho Europeu. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs.). Bioética, poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2003. p. 154.

<sup>8</sup> BARBOZA. Ob. cit. p. 248.

aumenta a probabilidade de gravidez. E é por isso também que aumenta a probabilidade de gravidez múltipla.<sup>9</sup>

Nos termos do único ato normativo que disciplina a reprodução humana assistida no Brasil, a Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, é permitida a transferência de até quatro pré-embriões para a receptora, significando que há a fertilização *in vitro* de número muito superior a quatro a fim de que se consiga uma quantidade razoável de embriões em condições de serem implantados no útero ou nas trompas de Falópio.

Quanto aos embriões “excedentes”, ou seja, aqueles que sobram do procedimento de transferência embrionária, cumpre assinalar que “para evitar a sua sumária eliminação, alguns centros médicos preservam-nos congelados (com uma porcentagem de sobrevivência de cerca de 55%), para futuras utilizações pelo casal originário, para ‘doação’ a outro casal infértil ou para o seu uso em pesquisa.”<sup>10</sup>

Sendo assim, a existência de embriões congelados é uma realidade tanto no Brasil, quanto no exterior. E o problema que se apresenta desta situação fática é o destino dos mesmos após determinado período de congelamento, uma vez que

[...] a maioria dos casais, principalmente aqueles que conseguem gravidez com embriões a fresco, e muitas vezes gestações múltiplas, não demonstram interesse em descongelar e transferir os embriões. Raramente autorizam a doação destes a outros casais, e são inadimplentes, com as taxas de manutenção. Observam-se, atualmente, centenas de embriões, talvez milhares, abandonados em clínicas de FIV, sem destino definido.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Consideração sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 243.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 21-22.

<sup>11</sup> ALVARENGA. Ob. cit. p. 243.

Pode-se então aduzir que a utilização destes embriões nas pesquisas com células-tronco se apresenta como uma solução digna para evitar o simples descarte dos mesmos.

## 1.2 Células-tronco Embrionárias

As células-tronco embrionárias são estudadas desde o meio do século XX, mas só há 20 anos dois grupos independentes de pesquisadores conseguiram cultivá-las em laboratório.

Podem-se definir as células-tronco<sup>12</sup> como células-mãe, ou seja, são células imaturas, primitivas e multipotentes, de origem embrionária.

Tais células, também denominadas células precursoras, assim como o tronco de uma árvore, se ramificam e se transformam em células especializadas.

Estudos recentes apontam que, potencialmente, estas células possuem a capacidade de gerar quaisquer tecidos do organismo humano (e.g.: sangue, cérebro, músculos), bem como permitem a renovação das células linfóides e mielóides<sup>13</sup> e, conseqüentemente, a produção de células diferenciadas no tecido sangüíneo.

No gênero células-tronco para fins de pesquisas, têm-se a distinção de dois tipos de células:

<sup>12</sup> Conforme ensina José Luiz Velazquez, as células-tronco são “células indiferenciadas que podem dar lugar a distintos tipos de tecidos, sejam os constituídos por células hepáticas, nervosas, epiteliais ou as diversas células sanguíneas. Possuem um poder de renovação prolongado, capaz de dividir e gerar células igualmente indiferenciadas ao longo da vida do organismo e com potencial de formar um ou mais tipos celulares diferenciados”.

<sup>13</sup> Células linfóides: Tipo de célula branca do sangue responsável pela especificidade da resposta imunológica. Elas podem ser de dois tipos: Células B - as que produzem os anticorpos e células T - interagem diretamente com outras células defensoras do sistema imune e com células infectadas. Células T se desenvolvem no timo e são responsáveis pela imunidade contra agentes infecciosos mediados por células. As células B se desenvolvem na medula óssea dos mamíferos e são responsáveis pela produção dos anticorpos circulantes na corrente sanguínea.

Células Mielóides: é qualquer outra célula branca do sangue que não linfócito.

- a) **células-tronco embrionárias - CTE:** encontradas nos óvulos fertilizados, cultivados *in vitro* e não implantados em útero materno; e
- b) **células-tronco adultas - CTA:** encontradas no organismo desenvolvido, também denominadas pós-natal, existentes nos recém-nascidos e no cordão umbilical.

Ainda dentro da classificação das células-tronco, pode-se encontrar, até o presente momento, conforme ensina o Prof. José Luis Velazquez<sup>14</sup>, da *Universidad Autónoma de Madrid*, quatro espécies de células-tronco:

- a) **células-tronco unipotentes:** capazes de produzir uma única linha celular responsável pela manutenção das condições fisiológicas dos tecidos e sua reparação em caso de dano. Podem ser encontradas tanto nas CTA's quanto nas CTE's.
- b) **células-tronco multipotentes:** possuem capacidade limitada de reativar seu programa genético. Quando são devidamente estimuladas, podem evoluir até formar certos tipos de células diferenciadas, mas não todos. Também podem ser encontradas tanto nas CTA's quanto nas CTE's.
- c) **células-tronco pluripotentes:** capazes de gerar todo tipo de célula do organismo humano e de se auto-renovarem, mas não são aptas para desenvolver um embrião completo. Apenas encontradas nas CTE's.
- d) **células-tronco totipotentes:** possuem a capacidade de se multiplicarem e se diferenciarem até o desenvolvimento de um ser completo. São capazes de originar

<sup>14</sup> VELAZQUEZ, José Luis. *Del homo al embrión: Ética y Biología para al siglo XXI*. Barcelona: Gedesa, 2003, p. 88.

todos os tecidos humanos. Encontradas exclusivamente nas CTE's.

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

Contudo, tais células, encontradas principalmente na medula óssea e sendo mais diferenciadas que as embrionárias, podem originar apenas alguns tecidos do corpo, conforme os ensinamentos do Prof. Velazquez.

Já as pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>15</sup> apontam maior potencialidade terapêutica, apresentando-se como provável tratamento para doenças degenerativas, em razão de sua imensa plasticidade, ou seja, possuem enorme capacidade de diferenciação em outras células.

As células-tronco embrionárias, com interesse para a pesquisa, somente são encontradas em uma fase do desenvolvimento conhecida como blatocisto, um amontoado de células pluripotentes formadas de 6 a 7 dias após a fecundação *in vitro* ou *in vivo*.

Em vários países, cientistas têm pesquisado sobre o uso das células-tronco embrionárias no tratamento de várias doenças onco-hematológicas.

Tais pesquisas estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do Mal de Alzheimer e Mal de Parkinson (no cérebro, as células-tronco se diferenciam até em neurônios e auxiliam na recuperação das vítimas desses males e também de derrames), Esclerose Múltipla, Diabetes e Distúrbios Cardiovasculares (no coração, as células-tronco embrionárias têm potencial para se

<sup>15</sup> “[...] somente as células-tronco totipotentes têm a capacidade de gerar todos os tecidos e órgãos de um ser humano completo e podemos encontrar tais tipos de células somente nos embriões humanos.” (GUIMARÃES, Adriana Esteves. *Clonagem terapêutica: seus enfoques bioéticos e biojurídicos*. Tese de mestrado defendida, sob orientação da Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Flávia Cristina Piosevan, na Faculdade de Direito da PUC-SP.

diferenciar em neovasos, células do músculo cardíaco e regenerar artérias e áreas lesadas por infartos).

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

Primeiramente, em termos científicos, o desenvolvimento embrionário humano pode ser dividido em quatro etapas claramente distintas.<sup>16</sup>

A primeira etapa tem início com a passagem dos gametas para o zigoto, ocasionada pelo espermatozóide penetrando o citoplasma do ovócito, e com a aproximação dos pronúcleos masculino e feminino. Simultaneamente, ocorre a mitose da primeira divisão celular.

A fecundação é, comprovadamente, um processo que se desenrola por várias horas. Em razão desse lapso temporal, pode-se questionar, para aqueles que defendem o início da pessoa a partir do momento da fecundação, qual seria a “hora exata” do surgimento da pessoa?<sup>17</sup> Além disso, destaca-se que existem entendimentos científicos diversos quanto ao término da fecundação<sup>18</sup>.

A segunda etapa compreende o zigoto, embrião com a multiplicação celular, mórula, blatocisto e nidação.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> LACADENA, Juan-Rámon. *Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas e jurídicas*. Revista Selecciones de Bioética. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. M. 2, 2002. p. 45.

<sup>17</sup> Ob. cit. p. 46.

<sup>18</sup> Para uma corrente, a fecundação se finda quando os complementos cromossômicos de origem paterna e materna se inserem numa membrana celular comum ao término da primeira divisão celular. Para outra corrente, a fecundação termina quando os pronúcleos replicam seu DNA e estão preparados para iniciar a mitose.

<sup>19</sup> Ob. cit. p. 47.

O zigoto é considerado a célula inicial única com os dois pronúcleos, no quarto dia após a fecundação tem-se a mórula, com 16 células totipotentes que formam um grupo compacto.

Entre o sexto e sétimo dia se constitui o blastocisto, no qual as células continuam a se dividir até alcançar um número aproximado de 100 e criar uma cavidade central. Deve-se destacar que as células “até este momento são ‘totipotentes’, ou seja, podem exprimir cada uma o programa genético completo de um indivíduo humano, a partir deste estágio perdem tal propriedade, no sentido de que somente sua integração pode exprimir tal programa.”<sup>20</sup>

Depois de migrar pelas trompas de falópio, entre o oitavo e duodécimo dias depois da fecundação, o conjunto celular se implanta no útero, fenômeno chamado nidação. Ao mesmo tempo começa o desenvolvimento da placenta e do cordão umbilical, elo de ligação entre o futuro feto e sua mãe. Com a fixação da massa celular (blastocisto), desencadeia-se a formação dos tecidos, órgãos e sistemas.

Durante a terceira etapa, que ocorre no período entre o décimo - quarto e décimo - oitavo dia após a fecundação, se produz a gástrula, com a diferenciação das três capas germinais primitivas.

É de se destacar que a linha primitiva do sistema nervoso surge, tão-somente, a partir do décimo - quarto dia de desenvolvimento, fase conhecida como neurulação.

Tal fato adquire relevância, para as futuras considerações a respeito do tema, a partir do momento em que se aceita, inquestionavelmente, que a vida humana cessa quando não há mais atividade cerebral, ou seja, quando o sistema

<sup>20</sup> MEIRELLES. Ob. cit. p. 115.

nervoso não apresenta mais sua atividade principal<sup>21</sup>. Esse entendimento, aliás, é o adotado pela Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que autoriza o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano *post mortem*.<sup>22</sup>

Por fim, a quarta e última etapa, se inicia com o desenvolvimento fetal a partir do terceiro mês de gestação que irá até o nono.

Do exposto, observa-se que somente a pesquisa realizada a partir da massa celular interna de um embrião com cinco ou seis dias criado pelas técnicas de fecundação *in vitro* possibilita a obtenção de células-tronco pluripotentes ou totipotentes, as quais podem gerar todos os tipos de tecidos e órgãos humanos.

Tais, células, neste estágio de evolução, apresentam-se com um aglomerado de células indiferenciadas na fase do blastocisto, ou seja, células iguais, originárias das primeiras replicações após a fecundação. Estas são as células utilizadas pelos pesquisadores.

Destaca-se que várias outras nações também autorizam expressamente a manipulação das células-tronco embrionárias para fins científicos. São elas: África do Sul, Alemanha<sup>23</sup>, Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, China, Cingapura, Coréia do Sul, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Reino Unido, Índia, Israel, Japão, México, Nova Zelândia, Portugal, Suécia, Suíça e Tailândia.

<sup>21</sup> Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia aduzir, portanto, que se não há vida quando encerrada a atividade cerebral, não haveria vida no sentido jurídico enquanto não se formar as condições de atividade cerebral.

<sup>22</sup> “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.”

<sup>23</sup> Com a promulgação da lei sobre importação e uso de células-tronco humanas (*Gesetz sur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen - StZG*) passou-se a admitir expressamente, mediante permissão específica, o uso de células-tronco embrionárias importadas, desde que tenham sido geradas antes de 1º de janeiro de 2002 e mantidas em cultura crioconservada (linhas de células-tronco).

## 2 CONCEITO DE VIDA

O que é vida? Quando começa? Quando termina?

Essas são indagações que dever ser feitas já que a Constituição Federal de 1998 traz expressamente no *caput* do art. 5º que a todos aqueles que estejam em território pátrio será garantida “a *inviolabilidade do direito à vida*”.

Entretanto, o texto Constitucional não definiu o que é vida, e nem lhe competia fazê-lo.

Assim, cumpre asseverar que não será a Constituição Federal que fornecerá, ao intérprete, o conceito fechado e delimitado do vocábulo “vida” para fins de proteção constitucional. Neste sentido, devem-se buscar, nos outros campos da ciência humana e, até no campo religioso, subsídios para a compreensão da amplitude do vocábulo inserto no texto político.

De fato, indubitavelmente o vocábulo “vida” possui diversas acepções.

Ainda que a análise se atenha apenas aos significados denotativos do termo – afastando-se todos os sentidos conotativos – trata-se de palavra plurissignificativa de largo espectro.

Existem, inquestionavelmente, significados técnicos e científicos distintos para “vida”, segundo o ramo do conhecimento que se busque privilegiar: Física, Antropologia, Cosmogonia, Filosofia, Biologia, etc.

Dentro de cada um desses ramos também é possível encontrar acesas controvérsias.

Sequer na seara da biologia a questão se encontra pacificada. Seria o micróbio um ser vivo? Discutia-se na década de 1960. E o moderno prion<sup>24</sup>, causador da doença da vaca-louca, seria apenas uma proteína replicante ou um ser vivo?

Por isso, buscar-se-á apresentar alguns posicionamentos na área da biologia, da religião e da própria ciência jurídica a respeito do que seria “vida humana”.

## 2.1 O Início da Vida Humana sob o Enfoque Biológico

O entendimento sobre o momento no qual se tem, sob a óptica da biologia, o início da vida humana está longe de ser pacífico. Serão apresentadas as doutrinas com maior respeitabilidade sobre o tema.

Na obra *Domínio da vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, Ronald Dworkin ensina que o início da vida ocorre quando há a implantação do óvulo no útero. Tal fato ocorre, frequentemente, por volta do décimo – quarto dia após a fecundação. Dworkin, portanto é um dos defensores da “Teoria do Pré-embrião”<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Prion partícula protéica recentemente descoberta e que todos os indivíduos possuem. O prion foi identificado pela primeira vez em 1982 na Universidade da Califórnia em São Francisco por Stanley Prusiner.

<sup>25</sup> O chamado critério do 14<sup>o</sup> dia, contido, originalmente, em um documento intitulado Informe Warnock sobre Fertilização e Embriologia (*Inquiry Warnock into Human Fertilisation and Embryology*), publicado no Reino Unido em 1984, no âmbito do chamado *Warnock Committee*, e depois presente em outros documentos governamentais, como o relatório Waller, do estado de Vitória, na Austrália, também de 1984 (17, p 128-9), e o Informe Palacios, publicado na Espanha em 1986, está embasado na teoria do pré-embrião ou do "embrião precoce", sendo que suas motivações não comparecem em

Assim, o *dies a quo* do direito à vida, para essa corrente, deve ser entendido como o momento em que o embrião se fixa no endométrio materno, formando a unidade biológica entre mãe e filho, que será posteriormente desfeita pelo nascimento. Nesse sentido, Dworkin afirma:

Os cientistas divergem sobre quando, exatamente, a vida biológica de qualquer animal se inicia, mas parece inegável que um embrião humano é organismo vivo identificável ao menos no momento em que é implantado em um útero, o que ocorre mais ou menos quatorze dias depois da concepção. Também é inegável que as células que compõem um embrião implantado já contêm códigos biológicos que irão reger seu desenvolvimento físico posterior.<sup>26</sup>

Por sua vez, o cientista Jérôme Lejeune quando questionado a respeito do início da vida, ensina que:

Désir d'apporter à cette question que la réponse plus précise que la science peut actuellement fournir. La biologie moderne enseigne que l'héréditaire est jointe à ses descendants pour un liame matériel continu, est donc du fertilisation de la cellule féminine pour la cellule masculine (le spermatozoïde) qu'un nouvel individu des espèces émerge être humain. La vie a une longue histoire, plus chacune individuelle a son commencement très nécessaire, le moment de son conception. Le liame matériel est le filament moléculaire de l'ADN.

En chaque cellule reproductrice, ce ruban, d'un mètre de longueur approximativement, est dedans coupés les segments (23, dans nos espèces). Chaque segment soigneusement est roulé et emballé (comme

---

nenhum tratado de biologia, mas na literatura dedicada às tecnologias da infertilidade. A principal tese dessa teoria é que o zigoto humano, ainda que expressão da natureza humana, não é um indivíduo humano em ato, mas apenas uma célula progenitora humana dotada da potencialidade para gerar um ou mais indivíduos da espécie humana. Sujeito às demandas do mercado econômico globalizado, o estatuto da vida é então relativizado. (SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 2003, p. 110-111.)

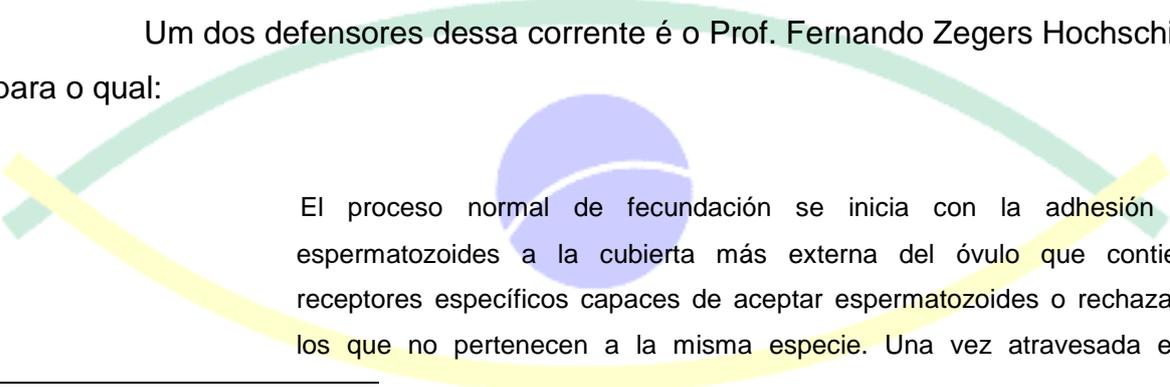
<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão e tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

ruban magnétique dans le minicassette), autant cela dans le microscope apparaît qu'un blastonete: un chromosome. Depuis que les 23 chromosomes du père se joignent aux 23 chromosomes de la mère, sont rassemblés toute information génétique nécessaire et assez pour énoncer toutes caractéristiques innées du nouvel individu. Ceci se donne à la similitude d'un minicassette présenté dans un enregistreur; on sait qu'il produit une symphonie. Ainsi aussi le nouveau à être débute si à l'état dès qu'il a été conçu.<sup>27</sup>

Portanto, o entendimento do Prof. Lejeune é de que a fecundação é o marco inicial da vida, sendo um patrono da “Teoria da Singamia”.<sup>28</sup>

Por fim, surge a terceira corrente, denominada “Teoria da Cariogamia”.

Um dos defensores dessa corrente é o Prof. Fernando Zegers Hochschild, para o qual:



El proceso normal de fecundación se inicia con la adhesión de espermatozoides a la cubierta más externa del óvulo que contiene receptores específicos capaces de aceptar espermatozoides o rechazar a los que no pertenecen a la misma especie. Una vez atravesada esta

<sup>27</sup> Tradução livre: "Desejo trazer a esta questão a resposta mais exata que a ciência pode atualmente fornecer. A biologia moderna ensina que os ancestrais são unidos aos seus descendentes por um liame material contínuo, pois é da fertilização da célula feminina (o óvulo) pela célula masculina (o espermatozóide) que emerge um novo indivíduo da espécie humana. A vida tem uma longa história, mas cada indivíduo tem o seu início muito preciso, o momento de sua concepção. O liame material é o filamento molecular do ADN. Em cada célula reprodutora, essa fita, de um metro de comprimento aproximadamente, é cortada em segmentos (23, na nossa espécie). Cada segmento é cuidadosamente enrolado e empacotado (como uma fita magnética em minicassete), tanto que no microscópio aparece como um blastonete: um cromossomo. Desde que os 23 cromossomos do pai se juntam aos 23 cromossomos da mãe, está coletada toda a informação genética necessária e suficiente para exprimir todas as características inatas do novo indivíduo. Isto se dá à semelhança de uma minicassete introduzida num gravador; sabe-se que produz uma sinfonia. Assim também o novo ser começa a se exprimir logo que foi concebido." Disponível em: <<http://www.fondationlejeune.org>> Acesso em: out. 2006.

<sup>28</sup> Em defesa da teoria da singamia, Roberto Andorno entende que alguns estudiosos, socorrendo-se de argumentos que ele considera inadequados, têm pretendido retardar o conceito de 'concepção' ao momento em que ocorre a fusão dos pronúcleos dos gametas masculino e feminino (cariogamia). Daí porque advoga que desde o momento da penetração do espermatozóide no óvulo se inicia o "processo irreversível" de concepção de um novo ser humano, isto é, desde a fusão das membranas dos gametas masculino e feminino. Para a teoria da singamia, antes mesmo da cariogamia, uma série de reações em cadeia garante o que se pode denominar de processo de individualização/personalização do homem(8-15). (SILVA. Ob. cit. p. 109.)

cubierta llamada zona pelúcida, la membrana citoplasmática del gameto masculino se fusiona con la membrana citoplasmática del gameto femenino. El material genético contenido en la cabeza del espermatozoide es así incorporado del óvulo.

[...]

Algunos han argumentado que desde que se fusionan las membranas citoplasmáticas del espermatozoide con las del óvulo (al inicio de la fecundación) se ha puesto en marcha un proceso irreversible que merece un trato legal como si fuera una persona en potencia. Aparte de las razones dadas anteriormente, esta tesis carece de sustento por dos razones más. En primer término con la fusión de las membranas gaméticas no se ha puesto en marcha un proceso irreversible. El espermatozoide puede unirse al óvulo puede verse imposibilitado de formar su propio pronúcleo y finalmente pueden formarse los pronúcleos y no ocurrir la singamia. En segundo lugar, si el proceso fuera irreversible desde la fusión de las membranas gaméticas, porque no situarlo desde la relación sexual que ocurriendo en el período fértil de la mujer tiene cerca de un 80% de chances de que ocurra la fecundación. Más aún, porque no situar la irreversibilidad del proceso al momento en que una mujer y un hombre se desnudan con la intención de tener relaciones sexuales estando ella en su período fértil. El ciclo vital humano es irreversible. Si no fuera así, la especie humana habría dejado de existir. La pregunta que debe contestarse no es desde cuando se ha desencadenado un proceso irreversible, la pregunta es desde cuando se está frente a un individuo que aunque pequeño y unicelular es merecedor de la protección de la ley que rige a seres humanos. La respuesta más conservadora pero ajustada a la realidad es: desde que se ha completado la fecundación es decir desde la singamia.<sup>29</sup>

No mesmo sentido, defende a Profa. Anna Giuli:

[...] A fusão dos gametas representam um evento crítico de descontinuidade porque marca a constituição de uma nova individualidade biológica, qualitativamente diferente dos gametas que a geraram.

<sup>29</sup> HOCHSCHILD, Fernando Zegers. *Consideraciones médicas e implicancias ético legales de la reproducción asistida en Chile*. Disponível em: <http://www.uchile.cl/bioetica/doc/repasis.htm> Acesso em out. 2006.

[...]

Em conclusão, dos dados da biologia até hoje disponíveis se evidencia que o zigoto ou embrião unicelular se constitui como uma nova individualidade biológica já na fusão dos dois gametas, momento de ruptura entre a existência dos gametas e a formação do novo indivíduo humano. Desde a formação do zigoto se assiste a um constante e gradual desenvolvimento do novo organismo humano que evoluirá no espaço e no tempo seguindo uma orientação precisa sob o controle do novo genoma já ativo no estágio pronuclear (fase precoce do embrião unicelular).<sup>30</sup>

Do exposto, tem-se que para a Teoria da Nidação a vida humana só pode ser admitida a partir da fixação do embrião no útero materno, enquanto para a Teoria da Cariogamia a vida humana surge com a fusão dos dois pronúcleos (de origem materna e paterna) e não, como defende a Teoria da Singamia, com a penetração do espermatozóide no óvulo.

## 2.2 O Início da Vida Humana sob o Enfoque Religioso

Neste tópico, serão apresentadas algumas visões religiosas a respeito do início da vida e a sua conseqüente reflexão nas pesquisas com células-tronco.

A Igreja Católica Romana, primeira igreja de origem cristã, teve, ao longo de sua história, várias posições sobre a questão da origem da vida, muitas delas divergentes e conflitantes entre si.

No século IV da era Cristã, Santo Agostinho teorizou que somente após o lapso temporal de quarenta dias contados a partir da fecundação é que se poderia

<sup>30</sup> GUILI, Anna. *Bases biológicas do início da vida humana*: Entrevista com a doutora Anna Guili, bióloga molecular. Disponível em: [http://www.defesadavida.com.br/base\\_biologica.htm](http://www.defesadavida.com.br/base_biologica.htm) Acesso em out. 2006.

falar, para o feto masculino, em pessoa – unidade corpo-espírito ou hominização. Se o feto fosse feminino tal situação só ocorreria a partir do octogésimo dia.<sup>31</sup>

No final da Idade Média (séc. XIII), Santo Tomás de Aquino expressou o seguinte entendimento:

É manifesto que o homem é qualificado como ser vivente por possuir uma alma vegetativa; como animal, por ter uma alma sensitiva; como homem, por ter uma alma intelectual. [...] é, pois, verdade que, em se tratando da geração do homem, o ser concebido vive primeiro a vida da planta, através da alma vegetativa; depois, desaparecendo esta forma pela corrupção, adquire mediante uma outra geração a alma sensitiva, em virtude da qual vive a vida animal; em seguida corrompe-se esta alma e entra a forma última e completa, ou seja, a alma racional, que encerra todas as perfeições que existiam nas formas anteriores. [...] Ora, é óbvio que a alma racional é a forma última e a mais perfeita que pode caber à matéria gerável e corruptível [...] Ora, a alma racional é a forma do corpo.<sup>32</sup>

Esses eram os fundamentos da “Teoria da Animação Tardia”, por ele defendida, que estabelecia que a alma somente penetrava no organismo quando o feto já possuísse a forma humana, momento no qual, portanto, surgiria a vida humana.

Conforme ensina Barchifontaine,

Essa posição virou doutrina oficial da Igreja Católica a partir do Concílio de Trento (encerrado em 1563). Mesmo assim, sempre foi contestada por outros teólogos que, baseados na autoridade de Tertuliano (séc. III) e de

<sup>31</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida* : Alguns desafios. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 111.

<sup>32</sup> TOMÁS DE AQUINO, STO. *Compêndio de Teologia*. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 101.

Santo Alberto Magno (séc. XIII), defendiam a hominização imediata, ou seja, desde a fecundação já tratar de um ser humano em processo.<sup>33</sup>

A “homonização imediata” ou “personalização imediata”, isto é, o reconhecimento de que a vida humana surge a partir do instante subsequente ao da fecundação foi adotada pelo Papa Pio IX, em 1869,<sup>34</sup> e permanece sendo a doutrina defendida da Igreja Católica<sup>35</sup>, conforme as palavras de Dom Rafael Llano Cifuentes:

[...] A ciência demonstra insofismavelmente, - com os recursos mais modernos, como os potentes microscópios eletrônico -, que o ser humano recém-fecundado tem já seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico, diferente do da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião.

O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma “matéria germinante”. [...]

Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é hipótese metafísica, mas uma evidência experimental.<sup>36</sup>

Portanto, pode-se concluir que para o catolicismo não há possibilidade para a realização de pesquisas com células-tronco, pois se estaria destruindo um ser humano ao se realizar a coleta de tais células<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> BARCHIFONTAINE. Ob. cit. p. 111.

<sup>34</sup> HURST, Jane. Uma história não contada: a história do aborto na Igreja Católica, São Paulo, Cadernos CDD nº. 1, 2000.

<sup>35</sup> “[...] The Catholic Church has held that human life begins at the moment of conception and therefore, has defended the dignity, inviolable right to life and integrity of human embryos.” In N. Ohara. *Ethical consideration of experimentation using living human embryos: the Catholic Church's position on human embryonic stem cell research and human cloning*. Clin. Exp. Obstet Gynecol, 2003. Disponível em: <<http://www.humancloning.org/pgs4/816.htm>> Acesso em: out. 2006.

<sup>36</sup> CIFUENTES, Rafael Llano. *Amar e defender a vida*. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/index.php?op=noticia&subop=12846>> Acesso em: out. 2006.

<sup>37</sup> “No end believed to be good, such as the use of [embryonic] stem cells for the preparation of other differentiated cells to be used in what look to be promising therapeutic procedures, can justify [the destruction of embryonic life]. A good end does not make right an action which in itself is wrong.”

Por sua vez, o judaísmo apregoa que:

[...] a criança só se torna viável no trigésimo primeiro dia de vida isto é, quando ela completa 31 dias de nascida. Em outras palavras, o feto não é um ser viável, já que não tem condições de sobrevivência fora do útero materno, até mesmo uma criança que não sobrevive além de um mês do nascimento, não é uma personalidade legal.<sup>38</sup>

Assim, a religião judaica encara a alma de forma diversa do catolicismo.

Nesse sentido, entende que a alma é essencialmente espiritual e não teria a capacidade de ser extensiva, ou seja, de “crescer” com o feto e a criança. Por conseqüência,

na lei judaica, o embrião humano pode ser considerado forma de vida humana, mas não pessoa humana com proteção legal correlativa. Ainda, na lei judaica, para ser considerado embrião humano, uma entidade deve ter sido gestada além de 40 dias e deve ter sido formada com sucesso dentro de ventre humano. Desde que as entidades usadas para a extração de células-tronco não corresponderem a esses critérios, não são considerados embriões humanos – muito menos ainda pessoas humanas - na lei judaica. Daí, destruir tais entidades para extrair células tronco para fins terapêuticos potenciais não é proibido e, desde que possa potencialmente levar a salvar milhões de vidas e o curar antes que simplesmente o tratar de muitas doenças, poderá ser considerado obrigatório de acordo com os imperativos

---

*In Declaration on the production and the scientific and therapeutic use of human embryonic stem cells.* Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_academies/acdlife/documents/rc\\_pa\\_acdlife\\_doc\\_20000824\\_cellule-staminali\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_acdlife_doc_20000824_cellule-staminali_en.html)> Acesso em: out. 2006.

<sup>38</sup> DEMÉTRIO, João. *Aborto: A lei, a ética e as religiões.* Disponível em: <[http://www.feal.com.br/colunistas.php?art\\_id=2&col\\_id=9](http://www.feal.com.br/colunistas.php?art_id=2&col_id=9)> Acesso em: out. 2006.

na ética legal judaica a respeito dos doentes e do salvar de vidas humanas existentes, chamados de *pikuah nefesh* em hebraico.<sup>39</sup>

Já para a religião islâmica o ser gerado passa por diferentes estágios, até tomar a forma humana, momento em que se dá o início da vida a partir do qual a alma é soprada por Alá no feto<sup>40</sup>, o que ocorre aproximadamente cento e vinte dias após a fecundação.<sup>41</sup>

A religião islâmica permite que sejam feitas experiências científicas para trazer um benefício para a sociedade e uma qualidade de vida melhor, mas coloca regras e normas para que ninguém ultrapasse os limites. Quanto ao uso de células-tronco, é permitido contanto que não haja venda delas, nem uso inadequado e que a experiência tenha grande possibilidade de dar certo.<sup>42</sup>

### 2.3 O Início da Vida Humana sob o Enfoque Infraconstitucional

No campo infraconstitucional buscam-se, primeiramente, na seara civilista, alguns ensinamentos que servem de subsídio para a árdua tarefa interpretativa.

Neste sentido, o art. 2º do Código Civil de 2002 reproduziu *ipsis litteris* o art. 4º do Código anterior, *verbis*:

<sup>39</sup> SHERWIN, Rabbi Byron L. *Assuntos biomédicos e assuntos éticos na pesquisa de células-tronco embrionias*: Uma perspectiva judaica. Disponível em <http://www.jcrelations.net/pt/?item=2616> Acesso em out. 2006.

<sup>40</sup> "Verily, every man is created in the womb of his mother during forty days from a living germ, then from a clot of blood during the same period, and then from a lump of flesh during the same period, and then Allah sends an angel to him [the embryo] and the angel breathes a soul into the embryo." *In On the usage of additional reproductive technologies in the treatment of barrenness*. Disponível em <http://umma.ws/Fatwa/repr-tec> Acesso em out. 2006.

<sup>41</sup> REVISTA GALILEU. As razões da Fé. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT1045095-1719,00.html> Acesso em out. 2006.

<sup>42</sup> Idem.

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”<sup>43</sup>

Têm-se, sob esta óptica, dois temas a serem analisados:

- a) a concepção do vocábulo nascituro; e
- b) o *dies a quo* que fixa o começo da personalidade humana.

O atributo jurídico da pessoa humana inicia-se, sob o enfoque jurídico pátrio, a partir do exato momento em que o feto nativo sai do ventre da mãe por parto natural, induzido ou artificial. Assim, é o nascimento com vida que atribui personalidade jurídica à pessoa.

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

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

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

<sup>43</sup> BRASIL. CÓDIGO CIVIL: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Não se devem perquirir, neste momento, as questões religiosas, já tratadas anteriormente, sobre a existência de vida uterina como ser humano, como pessoa, o direito civilista não adentra nesta seara.

O enfoque deve cingir-se ao direito material brasileiro infraconstitucional.

Como a lei civil determina que o início da personalidade humana ocorre, tão-somente, com o parto do nativo, é importante determinar o conceito de nascituro.

Como ensina Santoro-Passarelli, em razão do nascituro, cria-se um centro autônomo de relações jurídicas, a aguardar o nascimento do concebido ou procriado, da criatura que provenha com vida da mulher.<sup>44</sup>

O Prof. Caio Mário afirma que:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem em estado potencial. [...] se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.<sup>45</sup>

Assim, o nascituro não é considerado pessoa para o atual ordenamento jurídico, sendo condição para a aquisição desse atributo o nascimento com vida.

<sup>44</sup> SANTORO PASSARELLI, Francesco. *Teoria Geral do Direito Civil*, Trad. Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântida, 1967, p. 230.

<sup>45</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 1, 21ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 217.

Assim, para ter personalidade o feto precisa nascer com vida. Nascendo vivo incorpora, instantaneamente, a personalidade, com isso passa a possuir a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

O mestre Washington de Barros Monteiro, a respeito do tema, ministra que:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. **Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o NASCIMENTO com vida.** Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.<sup>46</sup>

Tal posicionamento apregoa que o direito civilista adotou a Teoria Natalista para caracterizar o início da personalidade.

Corroboram este entendimento Gagliano e Pamplona Filho:

Ora, adotada a *teoria natalista*, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera *expectativa de direito*. Mas a questão não é pacífica na doutrina. Os adeptos da *teoria da personalidade condicional* sufragam entendimento no sentido de que o nascituro possui *direitos sob condição suspensiva* [...]. A *teoria concepcionista*, por sua vez, influenciada pelo Direito francês, contou com diversos adeptos. Segundo essa vertente de pensamento, *o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo assim, considerado pessoa*. [...]. é de se observar, outrossim, que essa personalidade confere aptidão apenas para a titularidade de direitos da

<sup>46</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 30<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1991. Grifou-se e destacou-se.

personalidade (sem conteúdo patrimonial), a exemplo do direito à vida ou a uma gestação saudável.<sup>47</sup>

Desta forma, insofismável aduzir que a personalidade deriva, indubitavelmente, da pessoa, motivo pelo qual a Profa. Maria Helena Diniz ministra que, “primeiramente, imprescindível se torna verificar qual é a acepção jurídica do termo ‘pessoa’.”<sup>48</sup>

Na seqüência, a própria Profa. Maria Helena elucida a questão com base nos ensinamentos de Diego Espín Cánovas:

Para a doutrina tradicional “pessoa” é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele que é sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica, que é o poder de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento do dever jurídico, ou melhor, o poder de intervir na produção da decisão judicial.<sup>49</sup>

Assim, resta claro que há muito – desde o Código Civil de 1916 – a legislação civilista brasileira adotou a corrente doutrinária natalista, que reconhece o início da personalidade a partir do nascimento com vida, reservando para o nascituro uma expectativa de direito. Adotam, também, a teoria natalista os Códigos Civis da Espanha, Portugal, França, Alemanha, Suíça, Japão, Itália, entre outros.

Entre os doutrinadores pátrios, são adeptos desta teoria, dentre outros: Pontes de Miranda<sup>50</sup>, Silvio Rodrigues, Eduardo Espínola, San Tiago Dantas, João Luiz Alves, Sérgio Abdalla Semião<sup>51</sup> e Caio Mário da Silva Pereira.

<sup>47</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 1, 5ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

<sup>48</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

<sup>49</sup> *Ib idem*.

<sup>50</sup> A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art. 4º). **No útero, a criança não é pessoa, se não**

Assim, no sistema positivo pátrio, frise-se, a personalidade civil da pessoa humana começa com o nascimento com vida, a partir do instante em que o recém-nascido completou o nascimento e adquiriu vida autônoma, capaz de respirar independentemente da participação materna.

A Profa. Maria Helena Diniz foi precisa ao ensinar que, *verbis*:

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (arts. 353, 357, parágrafo único, 372, 377, 458, 462, 1718), que permanecem em estado potencial. **Se nascer com vida adquire personalidade, mas se tal não ocorrer nenhum direito terá.**<sup>52</sup>

Do exposto, pode-se afirmar que para os civilistas mais renomados a personalidade civil segue a Teoria Natalista.

Nesse sentido, deve-se trazer a lume o voto do Ministro Moreira Alves, quando do julgamento do RE nº 99.038, em 1983, no qual assentou-se que os direitos do nascituro são apenas os que expressamente foram elencados no Código Civil:

“[...] Os civilistas brasileiros, em geral, não se detêm – como deveriam – no exame, mais aprofundado, do sentido da norma contida no artigo 4º do Código Civil. Constituem exceção EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO que, no Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. X, nº 92,

**nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (nunca foi pessoa).** (grifou-se) *Apud* SEMIÃO, Sérgio Abdalla. Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 195.

<sup>51</sup> Aderimos a essa escola doutrinária por pensarmos ser a mais lógica dentro do nosso Ordenamento Jurídico e a mais moderna, perante as novas questões como a biogenética, que vem atormentando a imaginação dos juristas de todo o planeta. A doutrina natalista é a que mais se adequa à ciência da biogenética, sem se contradizer. É a única que se acomoda cabalmente no mundo moderno, sem se contradizer. SEMIÃO. Ob. cit. p. 197.

<sup>52</sup> *Ibidem*. Grifou-se.

págs. 456 e segs., sustentam a interpretação restritiva adotada pelo acórdão trazido a confronto [Pelo simples fato de ter sido concebido e parcialmente gerado no Brasil não é aplicável à hipótese, o art. 4º do Código Civil, por isso que os DIREITOS ASSEGURADOS AO NASCITURO SÃO UNICAMENTE OS QUE A LEI ESPECIFICA...] a qual, a meu ver, é a correta. Destaco estas palavras dos citados autores:

“Ademais, o que é preciso evitar é tomar ao pé da letra o adágio – *infans conceptus pro jam nato habeter quoties de ejus commodis agitur* – que concorreu para generalizar-se, na lição dos autores e nas prescrições dos códigos, a afirmação de que, nascendo vivo, o ente humano é como se tivesse existido desde a sua concepção, para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso (i). Donde a falsa compreensão de uma antecipação ou retrotraimento de personalidade (j) cuja estranheza ressalta, pela circunstância de só ser admitida no que beneficia, exclusivamente, ao nascituro.

Adverte, com toda razão, COVIELLO que o aforisma tradicional apenas se deve considerar como a expressão genérica de particulares disposições de lei, tendo por fim a tutela dos interesses dos nascituro, e não como um princípio geral, a aplicar-se também aos casos não contemplados expressamente na lei (k).

De efeito, é um ponto assente que se não podem generalizar os casos, em que a lei encara os interesses do ente concebido e não nascido, sendo impossível estender a proteção a outros. Já DERNBURG advertia sobre a necessidade de restringir-se a ficção de personalidade ao fim, que lhe deu causa (1). Preocupa-se PACCHIONI, igualmente, em recomendar, quanto à regra – *nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur* -, que, para evitar erros fáceis, se não desatenda a que: em primeiro lugar, não constitui ela um princípio de direito, que se possa aplicar livremente, mas é, antes, uma fórmula compreensiva para indicar os vários provimentos positivos de lei, fixando a proteção; e, em segundo lugar, a que, mesmo restritamente entendida, não induz o reconhecimento de direitos ao

nascituro, com tal, mas lhos reserva para o caso de vir a nascer (m). Frisa ROTONDI que se trata de casos, que não podem deixar de considerar-se de todo excepcionais, esses em que se concede tutela jurídica, na previsão da possibilidade de surgir um novo sujeito, eis que se lhe apresentam como 'tutti i caratteri di vere e proprie deroghe apportate al principio fondamentale del nostro diritto che lê persone fisiche sole hanno piena e intatta la capacita jiuiridica'.

Muito sensata, pois, é a abstenção dos Códigos alemão e japonês, não consignando, como declaração geral, a proteção dos interesse dos nascituro mas detalhando, quando se apresentam os casos, as expectativas de direito que se atribuem ao ser humano concebido, mas não nascido.

Evitou, felizmente, o Código civil brasileiro a declaração de que, no que tange aos seus interesses, é o nascituro equiparado ao já nascido, como fazem outros, numa fórmula tão incorreta, quanto falsa.

Mas, estabelecendo o art. 4º do nosso estatuto civil que 'a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro', urge considerar que se trate, não de direitos naturais e reais, mas de expectativas, que se tornarão direito, se ele nascer vivo, e que só nos casos expressamente fixados pelo direito positivo há essa proteção de interesses, para cuja efetividade o art. 462 determina a nomeação de um curador, falecendo o pai e não tendo a mãe o pátrio poder." (ob.cit., págs. 460/462)

Acrescento, apenas, que essa exegese restritiva do artigo 4º do Código Civil se impõe em face da interpretação sistemática da mesma Codificação. Com efeito, se o sentido do citado artigo 4 fosse o de abarcar quaisquer vantagens, como o era o do princípio romano *infans conceptus pro iam nato habetur quotien de eius commodis agitur*, não se justificaria que o mesmo Código Civil ressalvasse, expressamente, certas expectativas do nascituro (arts. 229, 353, 338, II, 363, I, e II, 1169, 1718) que estariam necessariamente abarcadas pela regra geral. E, pela mesma razão, não haveria necessidade de se incluir, na alteração do teor original do artigo 372 de Código feita pela Lei 3133, de 1957, o nascituro ("Não se pode adotar

sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou NASCITURO”). As ressalvas traduzem, pelo contrário, a necessidade de explicitarem as expectativas que a lei põe a salvo em favor do nascituro.<sup>53</sup>

Apesar das considerações acima expostas, se faz necessário responder uma pergunta: o que significa nascer com vida?

O nascimento com vida ocorre quando o feto é separado do ventre materno, dando início a uma existência extra-uterina, que deve coincidir com o início da atividade respiratória. Isto posto, nascer com vida significa respirar, mesmo que de forma efêmera.

Em outras palavras, para configurar o nascimento com vida, faz-se necessário que o feto realize respiração autônoma. Fazendo-o adquirir personalidade, tornando-se sujeito de direitos. A constatação da respiração será realizado pela ciência médica. Esse diagnóstico é realizado principalmente por meio das provas docimásias<sup>54</sup>.

Para sedimentar o entendimento sobre o conceito de nascimento com vida e as suas conseqüências jurídicas, invoca-se as lições do Prof. Caio Mário:

Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, seja com o auxílio de recursos obstétricos. Não há cogitar do tempo de gestação ou indagar se o nascimento ocorreu a termo ou foi antecipado. É necessário e suficiente para preencher a condição do nascimento, que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria. A vida do novo ser configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxcarbônica no meio ambiente. Viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Relator Francisco Rezek.

<sup>54</sup> Provas docimásias (do grego *dokimos* – eu provo) são baseadas na possível respiração ou nos seus efeitos. In FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 5 ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, p. 244.

pereça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical e a sua prova far-se-á por todos os meios, como sejam o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que utiliza a medicina legal para a verificação do ar nos pulmões. A partir deste momento afirma-se a personalidade civil. no direito francês, como no antigo direito italiano, não basta o nascimento com vida. Diz-se ser necessário ainda que o ser nascido seja viável. [...]. o Código Civil brasileiro afastou estas questões, que apenas geram dúvidas, contestações e demandas, sem concorrerem os requisitos da *viabilidade* e *forma humana* para a fixação doutrinária do início da personalidade.<sup>55</sup> [...] Hoje, contudo, as diversas convenções internacionais ratificadas por numerosos países conduzem à posição de considerar requisito da personalidade apenas o nascimento com vida.<sup>56</sup>

Concluindo, prossegue dizendo que:

Assentado o começo da personalidade no nascimento com vida, somente a partir de então existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. Até aí o que há são direitos meramente potenciais, para cuja constituição dever-se-á aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade. Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa, adquiriu direitos, e com a sua morte os transmite. A fórmula do Código Civil, tal qual se dá com o Código alemão, o italiano, o português, tem o préstimo indiscutível da simplicidade.<sup>57</sup>

Necessário se faz, neste momento, perquirir, também, quando cessa a personalidade jurídica.

Sob este enfoque, controverso é o entendimento isolado de Francisco Amaral, que aduz que a “personalidade humana existe antes do nascimento, e projeta-se para além da morte”.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> PEREIRA. Ob cit. pp. 219-220. Grifo no original.

<sup>56</sup> Idem, p. 219. Nota de rodapé.

<sup>57</sup> Ibidem, pp. 219-221.

<sup>58</sup> AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Entretanto, tal raciocínio não possui respaldo jurídico.

Nem mesmo o Código Penal, que define o aborto como um crime contra vida, respalda tal teorização, conforme ensina o mestre Damásio de Jesus:

O homem morto não pode ser sujeito passivo, pois não é titular de direitos, podendo ser objeto material do delito. De observar-se que, à primeira vista, parece que o morto pode ser vítima de crimes contra a honra, em face de o art. 138, § 2º, do CP, dizer que é punível a calúnia contra os mortos.

Acontece, porém, que o ultraje à memória dos mortos reflete nas pessoas de seus parentes, que são os sujeitos passivos. Nos crimes de destruição, subtração, ocultação e vilipêndio a cadáver (arts. 211 e 212) o sujeito passivo é a coletividade, e, em particular, a família do morto.<sup>59</sup>

Por sua vez, o art. 6º do Código Civil dispõe que o fim da pessoa natural se dá com a morte. E assim, a pessoa natural deixa de ser sujeito de direitos.

Consoante o posto, conforme a legislação pátria vigente, é pacífico que a personalidade cessa com a morte.

Teorizar em sentido oposto seria admitir que o direito aceita e incide sobre almas existentes e com atributos jurídicos por meio de uma ficção jurídica absoluta e absurda.

Chega-se à mesma conclusão por meio de uma análise positivista do tema.

<sup>59</sup> JESUS, Damásio E. de. Direito Penal. v. 1. 2ª ed., ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

De fato, nos termos propostos por Hans Kelsen<sup>60</sup>, a validade de determinada norma é vinculada a um mínimo de eficácia social, ou seja, se o postulado, em nenhum momento for observado, este não será válido e não constituirá direito.

No mesmo sentido, se um postulado nunca se concretiza, não sendo capaz de transformar a realidade, este não possui o mínimo de eficácia para constituir direito.

Assim, *ad argumentandum tantum*, chega-se à conclusão que, mesmo que seja admitida a existência da personalidade jurídica *post mortem*, tal admissão não surtirá efeitos práticos, principalmente pelo fato de que é impossível aceitar qualquer manifestação físico-material desta personalidade.

Uma vez que resta claro que a personalidade jurídica da pessoa humana se encerra com a sua morte, importa rememorar, o momento em que, para efeitos jurídicos, se reconhece a morte.

Como já dito anteriormente, a vida humana cessa quando não há mais atividade cerebral, ou seja, quando o sistema nervoso não apresenta mais sua atividade principal.

Tal entendimento foi adotado a partir da publicação da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que regrou a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humanos para fins de transplante, conforme se extrai do art. 3º, *verbis*:

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

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Por meio da Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997, o Conselho Federal de Medicina definiu os critérios para o diagnóstico da morte encefálica:

Art. 4º Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia.<sup>61</sup>

Assim, a morte é atestada no instante em que não é registrado mais nenhum sinal de atividade cerebral, momento a partir do qual é possível a retirada de órgãos e tecidos com o intuito de serem realizados transplantes.

Nesse sentido, os ensinamentos de Caio Mário:

O direito, todavia, não pode deixar de absorver a contribuição da ciência, ao procurar resposta atual à indagação: em que consiste a morte? Situava-se o momento da morte na cessação das grandes funções orgânicas: ausência dos batimentos cardíacos, término dos movimentos respiratórios e da contração pupilar. A ciência moderna, entretanto, chega a uma conclusão diferente. A vida do indivíduo está subordinada à atividade cerebral. E enuncia que a vida termina com a “morte cerebral”, ou *morte encefálica*. Chegam, os cientistas a admitir que, ocorrendo esta, será lícita a remoção de órgãos para fins de transplante, ou outras finalidades científicas (Resolução CFM nº 1480/97).<sup>62</sup>

<sup>61</sup> Resolução CFM nº 1.480, de 1997. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm)> Acesso em: out. 2006. Entende-se por apnéia a ausência de atividade respiratória espontânea por um período superior a vinte segundos. Para se realizar o teste de apnéia, o respirador é desligado por um período de dez minutos.

<sup>62</sup> PEREIRA. Ob. cit. pp. 222-223. Grifo no original.

Postos tais argumentos, verifica-se que não há possibilidade de se reconhecer, sob a óptica civilista pátria, a existência de personalidade jurídica antes do nascimento, bem como após a morte.

Faz-se necessário trazer agora mais alguns apontamentos na seara do Direito Penal, uma vez que um dos objetivos deste ramo jurídico é a manutenção da ordem social tutelando bens considerados juridicamente relevantes.

Dentro do conjunto de bens tutelados encontra-se a “vida” que, indiscutivelmente, é o bem mais importante a ser tutelado pelo direito, uma vez que ausente esta, todos os demais direitos correlacionados com a pessoa humana perdem razão de existir.

Portanto, sob o enfoque penalista, pode-se aduzir que as disposições sobre a inalienabilidade do direito à vida não se aplicam, indistintamente, ao nascituro.

Fundamenta-se tal raciocínio com fulcro no art. 128 do Código Penal, que prescreve, *in verbis*:

**Não se pune o aborto** praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - **se a gravidez resulta de estupro** e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.<sup>63</sup>

A doutrina penalista ensina que o crime é a conduta ilícita, típica e culpável, com pena aplicável se o crime, acaso, for punível.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> BRASIL. Código Penal: decreto-lei nº 2.848, de 1940. Grifou-se.

As determinações do artigo suso citado tratam de causas de exclusão da ilicitude, quer dizer, a conduta será lícita, se realizada daquela forma. É o que ministra o Prof. Damásio de Jesus, *et litteris*:

O CP prevê, no primeiro caso, o denominado aborto terapêutico ou necessário; no segundo, o aborto sentimental ou humanitário. A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. **Os dois incisos do art. 128 contêm causas da exclusão da antijuridicidade. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do art. 128, não há crime por exclusão da ilicitude.**<sup>65</sup>

Por esta razão é que se ensina que a prática do aborto, sob tais circunstâncias, é legalizado.

A justificativa é que, no primeiro caso, alberga-se o direito à vida da mulher em detrimento da vida do feto, ante a ululante situação de que, no caso da mãe, a vida humana é certa, viável, existe a personalidade civil, enquanto que, em relação ao feto existe, apenas, uma expectativa futura de personalização.

No segundo caso, alberga-se, também, o direito à vida da mulher, “uma vez que a vida é, também, liberdade sexual e violar a liberdade é uma forma de atentar contra a vida.”<sup>66</sup>

Com relação à possibilidade de se permitir o aborto em outras hipóteses, que não as expressamente previstas, Alexandre de Moraes entende que:

---

<sup>64</sup> Nas palavras do Prof. Magalhães Noronha “[...] a pena não integra o delito, por ser este seu pressuposto. Tê-la como constitutiva do crime é considerar como elemento da causa o efeito. [...] A pena vem a ser, então, um efeito do delito. É sua conseqüência ou resultado.”

<sup>65</sup> JESUS. Ob. cit. Grifou-se.

<sup>66</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 80.

[...] além das hipóteses já permitidas pela lei penal, na impossibilidade de o feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade de vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica, nada justificaria sua penalização, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas. Dessa forma, a penalização nesses casos seria flagrante inconstitucionalidade.<sup>67</sup>

Conclui-se dos ensinamentos expostos pelo Prof. Alexandre de Moraes que a vida tutelada pelo direito penal é aquela que possui viabilidade de existir, mas ainda assim comporta a exceção do “aborto humanitário”.

Em sentido diverso, Fernando Capez, aduz que não importa o momento da destruição do produto da concepção para que esteja configurado o aborto criminoso. O que importa é que, a partir da fecundação das células germinais até o momento que se inicia o parto, se houver morte do objeto da concepção, caracterizará o aborto ilegal.<sup>68</sup> Todavia, esse posicionamento não foi o mesmo adotado pelo legislador pátrio.

Tanto é assim, que é lícito a utilização de meios contraceptivos<sup>69</sup> que impedem o fenômeno da nidação que, como visto anteriormente, é o momento em

---

<sup>67</sup> MORAES. Ob. cit. p. 80.

<sup>68</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 121.

<sup>69</sup> Pílula de Emergência - Os estudos mais recentes mostram que a pílula de emergência age através da inibição ou atraso da ovulação e não tem nenhum efeito sobre a implantação do óvulo fecundado (após ter encontrado o espermatozóide) dentro do útero. De acordo com a definição da Organização Mundial da Saúde, Ministério da Saúde e outros órgãos respeitados na comunidade científica, a gravidez só se inicia com a implantação do óvulo fecundado dentro do organismo da mãe. (Disponível em: <[http://www.wmulher.com.br/template.asp?canal=saude&id\\_mater=3149](http://www.wmulher.com.br/template.asp?canal=saude&id_mater=3149)> Acesso em out. 2006.)

DIU - Os dispositivos intra-uterinos são pequenos objectos que se introduzem no útero. Têm três efeitos: Dificultam a passagem dos espermatozóides para as trompas. Aumentam a mobilidade das mesmas, dificultando a fecundação. Impedem que o óvulo aninhe no pressuposto de que tenha havido fecundação. (Disponível em: <<http://www.aborto.com/htm/seguros.htm>> Acesso em: out. 2006.)

que o conjunto celular, formado pela fecundação, se implanta no útero. A partir da nidificação é que se efetivamente viabiliza a formação de uma vida futura.

*Contrario sensu*, se se admitisse que as disposições sobre a inalienabilidade do direito à vida fossem aplicadas, indistintamente, ao nascituro, ter-se-ia que declarar o inciso II do art. 128 do Código Penal inconstitucional, haja visto que ocorreria afronta ao art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Não é possível aduzir que se trata de preceito especial revogando preceito geral, uma vez que a inalienabilidade à vida é um princípio que se estende aos casos particulares, como zela o texto do artigo.

Tal princípio é excepcionado nos casos de pena capital, em caso de guerra declarada – art. 5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal, e nas causas de exclusão da ilicitude, que confrontam a necessidade da manutenção de uma vida em desfavor de outra.

Imperioso reconhecer, assim, que aborto de feto originado de estupro, não se enquadra em nenhuma das hipóteses anteriores.

Neste sentido, verifica-se que o ordenamento pátrio, de há muito, não tutela incondicionalmente a vida embrionária, até mesmo quando, esta vida, possui reais expectativas de se desenvolver.

### 3 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A função precípua da doutrina jurídica é, pois, interpretar os textos legais e sugerir significados para os vocábulos constantes do texto normativo. Porém, competirá ao Judiciário decidir, em última análise, o significado jurídico de determinado vocábulo.

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

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

Francesco Ferrara fornece uma orientação, acerca das palavras insertas em uma norma, a ser observada pelo hermeneuta:

[...]o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual.<sup>70</sup>

Desta forma, as palavras, que nada mais são que veículos do sentido da objetivado pela lei e, assim, podem apresentar defeitos, cabendo ao intérprete buscar o conteúdo real da norma jurídica.

Para tal empreendimento, devem-se utilizar os diversos métodos de interpretação. Ferrara, atenta-se para a incerteza e limitação do sentido gramatical que normalmente é utilizado:

É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que se quer obter. Assim, uma palavra pode ter mais de um sentido, um largo e outro restrito ou técnico.<sup>71</sup>

Assim, uma interpretação firmada por uma Suprema Corte em determinado momento histórico pode ser alterada em outro contexto social: o que acarreta, indubitavelmente, drásticas modificações jurídicas, de efeitos análogos às revogações legislativas. A tal fenômeno se dá o nome de mutação constitucional.<sup>72</sup>

Trazem-se, na seqüência, dois exemplos de hermenêutica exercida pelas Cortes Constitucionais.

O primeiro exemplo, utilizando-se a hermenêutica gramatical, refere-se ao julgamento ocorrido nos Estados Unidos da América em que se buscava a

<sup>70</sup> FERRARA, Francesco. Como aplicar e interpretar as leis. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 33.

<sup>71</sup> FERRARA. Ob. cit. p. 35.

<sup>72</sup> Mutação Constitucional é a modificação semântica da Constituição, resultante da hermenêutica (interpretação) e de decisões judiciais das Supremas Cortes Constitucionais. A mutação constitucional não altera o texto constitucional, o que modifica é a interpretação que se dá à norma objeto deste processo de reforma.

interpretação de texto normativo levando-se em consideração algumas questões biológicas.

O segundo, desta vez pátrio, refere-se ao *lide case* no qual o Supremo Tribunal Federal determinou o significado jurídico do vocábulo “raça” para fins de tutela constitucional. Nesse julgamento foram levados em consideração diversos fatores, a princípio, estranhos a seara jurídica, tais como definições sociológicas, antropológicas e biológicas, não se restringindo a função interpretativa às questões meramente gramaticais.

### 3.1 Antecedente - Direito Comparado – EUA

Homer Plessy, cidadão norte-americano do Estado da Louisiana, protagonizou, em fins do século XIX, um episódio que, por seus contornos peculiares, entrou para a história: foi preso e condenado, de acordo com as leis penais de seu Estado, por haver sido pego viajando em um vagão de trem reservado exclusivamente para passageiros brancos.<sup>73</sup>

Deixando-se de lado a parte de conteúdo lamentável, o dado curioso do caso é o de que Plessy tinha em sua ascendência apenas um bisavô afro-descendente, sendo seu sangue 7/8 (sete oitavos) branco-caucasiano e só 1/8 (um oitavo) negro, conforme a classificação que então vigorava.

<sup>73</sup> A Creole of European and African descent, Homer Plessy was arrested and jailed in 1892 for sitting in a Louisiana railroad car designated for white people only. Plessy had violated the 1890 state law that called for racially segregated facilities. Plessy went to court, claiming the law violated the 13th and 14th amendments, but Judge John Howard Ferguson found him guilty anyhow. By 1896 the case had gone all the way to the U.S. Supreme Court, who also found Plessy guilty by an 8-1 majority. The resulting doctrine of "separate but equal" institutionalized segregation in the United States until overturned in 1954 by the case of *Brown v. Board of Education*. (Disponível em: <<http://www.who2.com/homerplessy.html>> Acesso em: out. 2006)

Julgado em 1896<sup>74</sup>, o Caso Plessy se tornou um dos precedentes mais vexaminosos da tradição constitucional norte-americana, uma vez que com uma leitura simplesmente formal do texto constitucional, a Corte justificou sua decisão dizendo que a lei era neutra do ponto de vista racial, pois, afinal de contas, sua proibição atingia igualmente a gente de ambas as raças (a um branco também era vedado viajar no vagão destinado aos negros): *separate, but equal doctrine*.

O mero fato de Plessy ser percebido socialmente como negro já era suficiente para a incidência da regra segregacionista. A certeza científica – naquela época – acerca de alguma definição objetiva da raça negra talvez explique esse critério.

### 3.2 Antecedente - Direito Pátrio

A Constituição Federal, elencando os direitos e garantias fundamentais, definiu o crime de racismo como inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5<sup>o</sup>, XLII).

Entretanto, e como não poderia ser diferente, o texto constitucional de 1988, não delineou quais condutas, no Estado brasileiro, poderão ser enquadradas

<sup>74</sup> The 7–1 decision authored by Justice Henry Billings Brown upheld the Louisiana statute. The court rejected Plessy's arguments based on the Thirteenth Amendment, seeing no way in which the Louisiana statute violated it. In addition, the majority of the Court rejected the view that the Louisiana law fostered any inferiority of Blacks, in violation of the Fourteenth Amendment, but held rather that the law merely separated the races as a matter of social policy. Justice Brown finally declared, "We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it." While the Court did not find a difference in quality between the whites-only and blacks-only railway cars, this was manifestly untrue in the case of most other separate facilities, such as public toilets and cafés, where the facilities designated for blacks were poorer than those designated for whites. (Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Plessy\\_v.\\_Ferguson](http://en.wikipedia.org/wiki/Plessy_v._Ferguson)> Acesso em: out. 2006)

na definição de prática de “racismo”, para o fim de aplicação dos comandos do citado dispositivo, especialmente no tocante à imprescritibilidade desse grave delito.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou essa questão no julgamento do *Habeas Corpus* nº 82.424<sup>75</sup>.

<sup>75</sup> O autor Sigfried Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por ser o responsável pela edição e venda de livros com apologia a idéias preconceituosas e discriminatórias quanto aos judeus. Ele publicou os livros “O Judeu Internacional”, de Henry Ford; “Holocausto Judeu ou Alemão?”, de S.E. Castan (2 unidades); “A História Secreta do Brasil”, de Gustavo Barroso; “Os Conquistadores do Mundo”, de Louis Marschalko; “Hitler, Culpado ou Inocente?”, de Sérgio Oliveira, e “Os Protocolos dos Sábios de Sião”, texto completo e apostilado por Gustavo Barroso.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a apreciar a questão, em sede de habeas corpus (HC 82424), impetrado em favor de Sigfried Ellwanger, tendo como relator o Ministro Moreira Alves.

O julgamento desse pedido de habeas corpus de Sigfried Ellwanger (HC 82424), iniciado em dezembro de 2002, levou nove meses para ser concluído.

Inicialmente, o relator, Ministro Moreira Alves, em 12 de dezembro de 2002, defendeu a tese de que “os judeus não podem ser considerados como raça”, e, por isso, não se poderia qualificar o crime por discriminação, pelo qual foi condenado Siegfried Ellwanger, como delito de racismo, imprescritível. O ministro entendeu que o crime de racismo não alcança toda e qualquer forma de preconceito ou discriminação, devendo merecer interpretação estrita. Assim, em seu voto, concedia o *Habeas Corpus*, declarando extinta a punibilidade do acusado, pois já teria ocorrido a prescrição do crime.

Em seguida, o Ministro Maurício Corrêa divergiu do relator, sob o argumento de que o conceito de racismo é mais amplo do que a definição dos tipos raciais (brancos, negros, índios, etc.), bem assim que a genética baniu de vez o conceito tradicional de raça e que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social originado da intolerância dos homens. Para Maurício Corrêa, a Constituição coíbe atos desse tipo, “mesmo porque as teorias anti-semitas propagadas nos livros editados pelo acusado disseminam idéias que, se executadas, constituirão risco para a pacífica convivência dos judeus no país”.

Maurício Correia citou a Declaração Universal dos Direitos Humanos que qualifica como discriminação racial qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferências baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica. “Seja porquê o conceito de raça não pode resumir-se à semelhança de características físicas, devendo ser adotada em suas mais diversas formas, seja porquê - como é notório - a doutrina nazista defendida e incentivada pelas publicações, não só reputa aos judeus uma raça, como baseia todo o seu segregacionismo nessa convicção”, afirmou. Também condena a incitação às práticas discriminatórias que “se inspirem em idéias e teorias baseadas na superioridade de uma raça ou de um grupo de pessoas de uma certa cor ou de uma certa origem étnica que pretendem justificar ou encorajar qualquer forma de ódio e discriminação raciais”.

Maurício Corrêa sustentou, ainda, que a subscrição do Brasil a diversos tratados internacionais sobre a garantia dos direitos humanos inspirou a Constituição Federal de 1988 que cuida do tema no artigo 4º, inciso VIII, ao definir como um dos princípios da política brasileira o repúdio ao racismo e ao terrorismo.

O Ministro Celso Mello acompanhou a dissidência, classificando de “grave” a questão que o STF foi chamado a apreciar, tendo em vista marcos históricos que demonstram “a preocupante atualidade do tema”. Ele recordou que há exatos 70 anos, o Partido Nacional Socialista ascendeu ao poder na Alemanha, com a queda da República de Weimar, instituindo um regime “de opressão e desrespeito ao gênero humano.”

“Só existe uma raça, a espécie humana”, afirmou Celso de Mello, enfatizando que nem os judeus, nem os índios ou negros podem ser considerados raças. Acrescentou, ainda, que o anti-

semitismo é um tipo de racismo paradoxal, porque baseado em diferenças imaginárias. Para os nazistas, continuou o ministro, não bastava que eles se convertessem ao cristianismo para deixarem de ser judeus, pois seria uma característica indelével. Essa depreciação forneceu argumentos para os atos cometidos durante o regime nazista alemão contra o povo judeu.

Celso de Mello afirmou, ainda, que "aquele que ofende a dignidade de qualquer ser humano, especialmente quando movido por razões de cunho racista, ofende a dignidade de todos e de cada um".

O Ministro Gilmar Mendes também negou a ordem de Habeas Corpus, por entender que "o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo". Para Mendes, "não se pode atribuir primazia à liberdade de expressão, no contexto de uma sociedade pluralista, em face de valores outros como os da igualdade e da dignidade humana; por isso o texto constitucional erigiu o racismo como crime inafiançável e imprescritível".

O Ministro Carlos Velloso também indeferiu o Habeas Corpus, por acreditar que o anti-semitismo é uma forma de racismo. Segundo o ministro, nos livros publicados por Ellwanger, os judeus são percebidos como raça, porque há pontos em que se fala em "inclinação racial e parasitária dos judeus", o que configuraria uma conduta racista, vedada pela Constituição Federal.

O ministro Nelson Jobim julgou que Ellwanger não editou os livros por motivos históricos, mas como instrumentos para produzir o anti-semitismo. Para ele, esse é um "caso típico" de fomentação do racismo.

Em seu voto, a ministra Ellen Gracie trouxe a definição de raça presente na Enciclopédia Judaica, na qual "a concepção de que a humanidade está dividida em raças diferentes encontra-se de maneira vaga e imprecisa na Bíblia, onde, no entanto, como já acentuavam os rabinos, a unidade essencial de todas as raças é sugerida na narrativa da criação e da origem comum de todos os homens".

O Ministro Cezar Peluso seguiu a maioria e votou pela denegação do *Habeas Corpus*. "A discriminação é uma perversão moral, que põe em risco os fundamentos de uma sociedade livre", disse.

O Ministro Carlos Ayres Britto entendeu não haver justa causa para instauração de ação penal contra Ellwanger. Em seu voto, Britto absolvia, então, o réu, por atipicidade do crime, porque a lei que tipificou o crime de racismo por meio de comunicação foi promulgada depois de Ellwanger ter cometido o delito.

O ministro Marco Aurélio, após definir o julgamento como um dos mais importantes do STF, desde que chegou ao Tribunal, há 13 anos, entendeu que o editor gaúcho não cometeu crime de racismo, defendendo, com veemência, a tese da liberdade de expressão.

Em voto de mais de 72 laudas, o Ministro Marco Aurélio defendeu o direito à liberdade de expressão e justificou seu ponto de vista de proteção à manifestação individual de pensamento, por entender que o livreiro quis fazer uma mera revisão histórica. De acordo com o Ministro, a Constituição Federal não se referiu ao povo judeu, mas ao preconceito contra os negros, ao tratar da prática do crime de racismo, que considera imprescritível, no inciso XLII, artigo 5º. Isto porque, segundo Marco Aurélio, a Constituição de 1988 se aplica ao povo brasileiro. Sua defesa da liberdade individual de manifestação do pensamento foi reiterada em todo o voto, conforme se depreende dos seguintes trechos:

"A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele idéias preconceituosas e anti-semitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a prática do racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa".

"Somente estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual expostas suas idéias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo 'morte aos judeus', 'vamos expulsar estes judeus do País', 'peguem as armas e vamos exterminá-los'. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento. Ellwanger restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos".

Nesse julgamento, que foi considerado um dos mais polêmicos da história da Suprema Corte, se discutiu se a publicação de obra discriminatória em relação aos judeus se enquadrava no conceito constitucional de “racismo”.

O Supremo Tribunal Federal firmou, nessa sentada, o ser papel da Suprema Corte definir o significado jurídico das palavras da Constituição e que, para tanto, **o julgador pode até se valer de significados firmados em outros ramos do conhecimento, mas, a eles, não estará vinculado.**

Para o julgamento do suso HC, o Supremo Tribunal Federal teve que definir juridicamente qual a acepção jurídica que a ordem constitucional pátria almejava para o vocábulo “raça” para verificar, por conseqüência, qual conduta poderia ser tipificada como prática de racismo.

Com efeito, nesse julgamento, o voto do Ministro Relator Moreira Alves concluiu que as práticas imputadas ao paciente do HC não configurariam crime de racismo, pois os judeus não constituiriam uma raça, mas um povo.

**O voto fundou-se na suposta autoridade de estudos que pretendem identificar, cientificamente, as diversas raças humanas.**

---

"Há de se proclamar a autonomia do pensamento individual como uma forma de proteção à tirania imposta pela necessidade de adotar-se sempre o pensamento politicamente correto. As pessoas simplesmente não são obrigadas a pensar da mesma maneira".

O Ministro Sepúlveda Pertence optou por negar o *Habeas Corpus* ao editor gaúcho. Para o ministro, “a discussão me convenceu de que o livro pode ser instrumento da prática de racismo. Eu não posso entender isso como tentativa subjetivamente séria de revisão histórica de coisa nenhuma”.

Assim, marcada por muita discussão e divergência de opiniões, o pedido de *habeas corpus* para o editor e escritor Sigfried Ellwanger (HC 82424), acusado de crime de racismo por fazer apologia de idéias anti-semitas contra judeus em seus livros e em outras obras publicadas por ele, foi negado, por entender a maioria dos ministros (sete votos a três) que a prática de racismo, conforme delineada na Constituição Federal de 1988, abrange a discriminação contra os judeus. (PAULO, Vicente. Crime de racismo e o STF. Disponível em: <<http://pontodosconcursos.com.br/professor.asp?menu=professores&busca=&prof=3&art=1692&idpag=5>> Acesso em: out. 2006)

Também, os advogados do editor/paciente ressaltaram que “Os muçulmanos, os judeus não formam uma raça, assim como os católicos ou os protestantes...”(UNESCO).

A definição de judeu como raça encontra sempre veemente repúdio de toda a comunidade judaica, tanto pelos antropólogos judeus, pelos rabinos e pela sua intelectualidade. A comunidade judaica sempre contestou incisivamente a doutrina nacional socialista que institucionalizou, na Alemanha Nazista, o judeu como tipo racial.

**Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. (HC nº 82.424)**

A conclusão é quase silogística: se raças não existem é impossível a prática de discriminação racial.

No mesmo sentido, sempre foi a manifestação dos filósofos judeus.

Fato, este, reconhecido pelas palavras de Henry Sobel, o Rabino da Cidadania, que foi convidado para se pronunciar como *Amicus Curiae* pelo Ministro Maurício Corrêa, *verbis*:

A impetração propõe curiosa alternativa: ou os judeus são raça bem definida, como afirmado por Hitler em *Mein Kampf* (trecho nela citado), ou não são, como afirmam cientistas, rabinos e escritores judeus.

Desse dilema se extrai curiosa conclusão. Segundo a singular *ratio* da impetração, se a Suprema Corte concordar com a ‘autoridade antropológica, sociológica e política’ de Hitler, concluindo que ‘judeu é tipo racial’, o

Paciente está bem condenado e o crime não prescreve. Porém, se a Corte divergir dessa autoridade de Hitler, vá lá que o Paciente ofenda os judeus e incite seus leitores a odiá-los, importa é que o crime está prescrito.<sup>76</sup>

O Tribunal Pleno, todavia, se manifestou em sentido distinto.

**O Acórdão, capitaneado pelo Ministro Maurício Corrêa, firmou um conceito jurídico de raça, distinto dos conceitos religiosos e científicos.**

Neste sentido, assentiu que “não há critérios científicos seguros que identifiquem alguém como pertencente a uma determinada raça. **E ainda que houvesse, essa mesma noção seria um CONSTRUÍDO da ciência, não um dado da natureza.**”<sup>77</sup>

O ponto crucial do julgamento antecedente versou sobre a definição e a abrangência do conceito de racismo usado pelo legislador constituinte.

Buscando definir o alcance desse conceito, foi proferido o voto do Ministro Maurício Corrêa:

**“Creio não se lhe pode emprestar isoladamente o significado usual de raça como expressão simplesmente biológica. Deve-se, na verdade, entendê-lo em harmonia com os demais preceitos com ele inter-relacionados, para daí mensurar o alcance de sua correta aplicação constitucional.** Sobretudo levando-se em conta a pluralidade de conceituações do termo, entendido não só à luz de seu sentido meramente vernacular, mas também do que resulta de sua valoração antropológica e de seus aspectos sociológicos.

Nessa ordem de idéia, impende, de plano, examinar se ainda procede, do ponto de vista científico, a clássica subdivisão de raça humana aferível a

<sup>76</sup> Trecho do Memorial distribuído por Henry Sobel e seu Adv. Décio Milnitzky.

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.424 QO/RS, Relator Min. Moreira Alves, Rel. Acórdão Min. Maurício Corrêa. Grifou-se e destacou-se.

partir de suas características físicas, especialmente no que concerne à cor da pele. Como se sabe, já não é de hoje que tal diferenciação não mais subsiste, o que agora encontra reforços nas descobertas desenvolvidas pelo Projeto Genoma (PHG).

[...]

Embora haja muito mais para ser desvendado, algumas conclusões são irrefutáveis, e uma delas é a de que a genética banuiu de vez o conceito tradicional de raça. Negros, brancos e amarelos diferem tanto entre si quanto dentro de suas próprias etnias. Conforme afirmou o geneticista Craic Venter: *“há diferenças biológicas ínfimas entre nós. Essencialmente somos todos gêmeos.”*

[...]

Em conseqüência, apesar da diversidade de indivíduos e grupos segundo características das mais diversas, os seres humanos pertencem a uma única espécie, não tendo base científica as teorias de que grupos raciais ou étnicos são superiores ou inferiores, pois na verdade são contrárias aos princípios morais e éticos da humanidade. Pode-se concluir, assim, que o vetusto conceito – agora cientificamente ultrapassado – não nos serve para a solução do caso.

[...]

Tais afirmações são irrefutáveis se levarmos em conta, exclusivamente a acepção biológica do conceito, contudo, dificilmente, obteremos êxito nessa empreitada posto que, faz décadas que houve o esvaziamento do conteúdo biológico de raças distintas, restando apenas o seu conteúdo sócio-político, esse sim causa geratriz de uma série de efeitos deletérios. **O conceito jurídico de raça não é um dado, mas um construído.**<sup>78</sup>

O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o Ministro Maurício Corrêa, pois, ao trazer os autos de volta ao Plenário, após o pedido de vista, iniciou seu voto abordando o conceito de racismo.

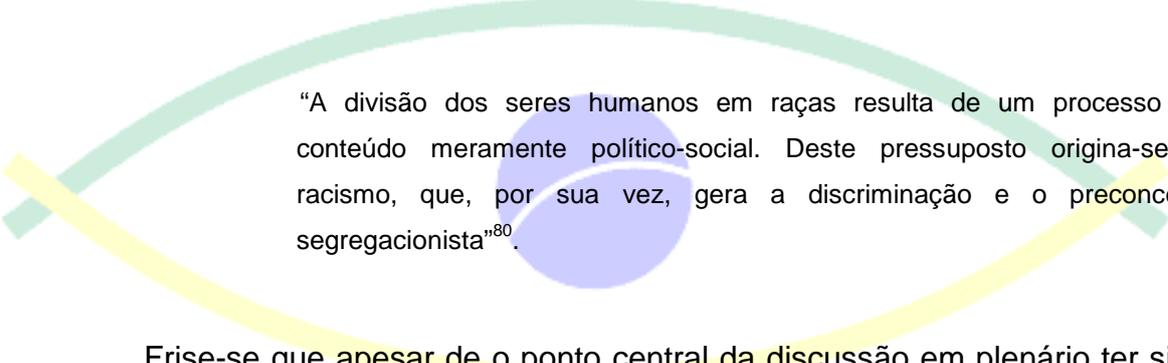
---

<sup>78</sup> Idem.

Sua interpretação foi no sentido de que a Constituição brasileira compartilha do sentido de que “[...] o racismo configura conceito histórico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo [...]”.<sup>79</sup>

Em síntese, o Supremo Tribunal Federal registrou que: do ponto de vista biológico os judeus não são uma raça, do mesmo modo que não são igualmente uma raça os brancos, os negros, os mulatos, os índios, os ciganos, os árabes e nenhum outro integrante da espécie humana.

Todavia, do ponto de vista jurídico, no Brasil, hodiernamente, o conceito de raça possui significado próprio e admite a configuração de raças de seres humanos. Nos termos da famosa ementa, *et litteris*:



“A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Deste pressuposto origina-se o racismo, que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista”<sup>80</sup>.

Frise-se que apesar de o ponto central da discussão em plenário ter sido o alcance da expressão “racismo”, contida no inciso XLII do art. 5º da Constituição (“a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”), o julgamento foi muito mais além, definindo o alcance da moderna jurisdição constitucional, no que tange ao papel decisivo do Poder Judiciário na interpretação e definição dos termos utilizados pela lei.

O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo Min. Maurício Corrêa no sentido do indeferimento do *writ*, sob o entendimento de que o racismo é antes de tudo “uma realidade social e política”, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, um conceito

---

<sup>79</sup> Idem.  
<sup>80</sup> Idem.

derivado de ferramentas da Hermenêutica Jurídica, com acepção suficiente precisa para dar efetividade e utilidade à norma constitucional.

## CONCLUSÃO

Percebe-se, de todo o exposto, que o tema é gerador de polêmicas, ora pelo dogmatismo religioso que pondera ao redor, ora pelo desejo da sociedade na busca de curas para doenças tidas hoje como incuráveis, que se mostram possíveis com a utilização em pesquisas das células-tronco.

É necessário mencionar que o tema “vida” já se encontra em discussão perante a Corte Suprema até mesmo antes do ajuizamento da ADIn nº 3.510.

De fato, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, que objetiva o reconhecimento do direito de a gestante antecipar o parto de fetos anencéfalos, independentemente de autorização judicial ou qualquer outra forma de autorização estatal, tem como principal argumento a total inviabilidade de vida extra-uterina de fetos anencéfalos.<sup>81</sup>

Portanto, a questão de fundo desta demanda versa sobre a existência ou não de vida a ser tutelada pela ordem constitucional. Todavia, a questão encontra-se pendente de julgamento até a presente data. Se, porventura, o julgamento da ADIn

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54 MC/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=96961&tip=UN>>. Acesso em out. 2006.

nº 3.510 ocorrer antes, pode ser que de acordo com o entendimento a ser equacionado a ADPF nº 54 perca seu objeto.

Assim, para se averiguar se o texto legal da Lei nº 11.105, de 2005, ofende ou não a Constituição Federal buscou-se trazer entendimentos necessários para definir de plano qual é a concepção jurídica de vida a ser tutelada pelos preceitos insculpidos na Carta Política.

Mas antes de se buscar a concepção jurídica para vida destacou-se que o conceito jurídico independe dos conceitos leigos, etimológicos, literais, bem como não repete denotações técnicas atribuídas aos vocábulos por áreas outras do Saber Humano tais como a Física, a Medicina, a Biologia, a Antropologia, a Religião etc.

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

Assim cumpre, de início, asseverar que a presente temática tem que ser analisada sem qualquer cunho religioso, uma vez que há muito o Brasil constitui um Estado laico<sup>82</sup> e a ciência se separou das religiões.

Deve-se reconhecer, de fato, que existe a delimitação de fins privativos da Igreja e de fins privativos do Estado desde o início do Cristianismo:

*“Dêem a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus...”*<sup>83</sup>

<sup>82</sup> No Brasil, a separação entre a Igreja e o Estado foi efetivada em 7 de janeiro de 1890, por meio do Decreto nº 119-A, e constitucionalmente consagrada desde a Constituição de 1891. A atual Carta Política, proíbe, em seu art. 19, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, “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.” Assim, a atuação dos agentes estatais deve se pautar em questões técnicas, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.

Assim, ao Estado, instituição humana, cabe a realização do bem público, enquanto temporal; e à Igreja, instituição de inspiração divina, cabe a direção e salvaguarda da ordem espiritual.

Não deve ocorrer, portanto, qualquer interferência de uma esfera em outra, sob pena de se provocarem equívocos.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Bíblia - Marcos, 12:17, e Lucas, 20:25.

<sup>84</sup> “A indiscutível competência técnica do procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, parece ter sido abalada por suas convicções religiosas. Essa, afinal, é a mais plausível das explicações para a ação direta de inconstitucionalidade (Adin) contra o artigo da Lei de Biossegurança que autoriza a utilização de células-tronco de embriões humanos para pesquisa ou tratamento de doenças que o ilustre jurista propôs ao Supremo Tribunal Federal (STF).

A argumentação de Fonteles tem proveniência católica. Partindo do pressuposto de que a vida começa com a concepção, o procurador-geral sustenta que a permissão para as pesquisas - que, por ora, implicam a destruição do embrião - viola o caput do artigo 5º da Constituição.

O problema está no fato de que a tradição jurídica brasileira não corrobora a tese de que a vida começa com a fertilização do óvulo. A chamada personalidade civil - o que de mais próximo a uma definição de vida o direito tem a oferecer - só surge quando o bebê nasce com vida (artigo 2º do novo Código Civil). É razoável que essa seja a ordem jurídica, ou todas as mulheres que tenham concebido e perdido o embrião (estima-se que de 2/3 a 3/4 dos óvulos fecundados jamais se fixem no útero) se tornariam, pelas regras da sucessão, herdeiras de quem as fecundou.

É claro que o mesmo Código Civil também protege os direitos dos nascituros "desde a concepção". Mas esses direitos não são os mesmos concedidos a um ser vivo com personalidade jurídica, ou a lei jamais poderia autorizar o chamado aborto necessário (art. 128 do Código Penal), que é aquele exercido por médico para salvar a vida da mãe.

E vale notar que a Lei de Biossegurança autoriza, para fins de relevante pesquisa médica, a destruição apenas de embriões que sobram de tratamentos de fertilidade, isto é, que nem foram implantados num útero, sendo assim nulas suas chances de vir a nascer. O destino desses blastocistos seria a destruição ou permanecer congelados para sempre.

Como procurador-geral da República, Fonteles pode e deve agir segundo sua consciência. Só não deveria esquecer o que aprendeu na faculdade de direito.” *In* Editorial - Folha de São Paulo, 2/06/2005.

“Faltando poucas semanas para deixar o cargo, o procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, fez um papel vergonhoso. Para satisfazer suas convicções católicas, Fonteles quer derrubar a lei que autoriza a pesquisa científica de células-tronco de embriões humanos. Na ação que apresentou ao Supremo Tribunal Federal, ele alega que a pesquisa é um assassinato, pois destrói os embriões humanos, violando o direito à vida desses embriões – um direito expressamente garantido pela Constituição. Dito dessa forma, até parece que o procurador está apenas interessado em interpretar a lei e defender a ordem jurídica. Engano. Ele quer, na verdade, somente defender suas convicções católicas, de acordo com as quais a vida tem início no momento em que um espermatozóide fecunda um óvulo. Isso fica claro porque, pela lei brasileira, pela norma jurídica em vigor no país, a vida começa com o nascimento, e não antes disso. É ao nascer que passa a existir a pessoa física, com personalidade jurídica, direitos e deveres. Portanto, Fonteles não está defendendo a lei brasileira – ele está com sua Bíblia debaixo do braço.

Qual seria o conceito operacional de “vida”? Qual o melhor conceito para o vocábulo, segundo as regras de Hermenêutica e os princípios gerais do Direito?

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

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

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

---

Mas, fosse só isso, Fonteles estaria apenas cometendo um erro grave. O erro de querer que um país laico como o Brasil seja regido por dogmas religiosos. Acontece que, além disso, há um problema talvez até mais grave. Nas treze páginas que entregou ao Supremo Tribunal Federal, Fonteles redigiu um texto no qual se esforça para esconder que sua motivação é apenas religiosa. No texto, ele não faz uma única menção à Bíblia, a Deus, à Igreja Católica, a dogmas religiosos, a crenças divinas. Nada. Tudo é feito apenas com menções a leis, artigos, códigos e especialistas de áreas pertinentes – ginecologia, genética, biologia, bioética, biomedicina, sexualidade. Um leitor desavisado atravessa as treze páginas e sai pensando que leu a defesa de uma “tese jurídica”. É uma empulhação do procurador.

Em sua catilinária, Fonteles faz de conta que fala de ciência, mas na verdade fala apenas da ciência que sua religião apóia. E, claro, Fonteles esconde a militância religiosa dos cientistas que cita. Um deles (a professora Elizabeth Kipman Cerqueira) é representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a CNBB. Há outro (a professora Alice Teixeira Ferreira) que integra o Núcleo de Fé e Cultura da PUC de São Paulo, uma iniciativa da Arquidiocese de São Paulo. Um terceiro (o professor Dalton Luiz de Paula Ramos), além de pertencer ao Núcleo de Fé e Cultura, é correspondente da Pontifícia Academia Pro Vita, entidade criada pelo Vaticano. Sobre os cientistas estrangeiros que menciona (o francês Jérôme Lejeune e o espanhol Gonzalo Herranz), Fonteles omite que são ambos integrantes da Opus Dei, a organização católica mais reacionária do mundo. Também omite que seis dos nove cientistas brasileiros citados são autores de uma obra coletiva patrocinada pela Pastoral Familiar, da Igreja Católica. Ele só fala, portanto, da patota de sua fé.

Os cientistas podem acreditar no que quiserem, podem defender a religião e a ciência como bem entenderem. O que não pode é um procurador da República – de uma República laica desde 1891, aliás – tentar enganar a platéia para impor sua fé. É desonesto. Talvez seja até pecado.” *In* PETRY, André. Isso deve ser pecado. Veja, Edição 1908, 8/06/2005, p. 46.

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

Importa reconhecer que tais situações não ofendem a proteção a “vida”, sob a óptica da Medicina, ainda que, eventualmente, ofendam a idéia “vida” defendida por alguma religião. Muito menos configuram ilícito penal.

Mas, por quê?

Seria um fato atípico, pois células humanas vivas, *per si*, não podem ser consideradas “vida” no sentido jurídico do termo; ou, ao contrário, seria típico mas jurídico, por força da excludente do estado de necessidade ou do exercício regular de direito?

É certo, também, que uma mão recém decepada está viva. Deveras, a mão pode ser reimplantada com sucesso até algumas horas depois de separada do restante do corpo. Também não há dúvida que uma mão seja uma espécie do gênero coisa: um ser. Uma mão recém decepada seria então um ser vivo. Além disso, a mão possui natureza humana.

Sob esta óptica, a palavra vida tem que ser entendida do ponto de vista jurídico, isto é, qual é a compreensão que o vocábulo vida engloba que merece proteção e reconhecimento pelo ordenamento jurídico?

Importa, assim, estabelecer os limites da vida humana de maneira a conferir ao termo um significado operacional, que possa dar efeito prático ao texto constitucional e às diversas normas infraconstitucionais vigentes no ordenamento pátrio.

Careceria de qualquer utilidade jurídica alguma classificação que, por exemplo, considerasse uma mão, de determinado indivíduo que porventura venha a ser decepada, como “viva”, sob o ponto de vista jurídico.

Do mesmo modo, a pessoa vitimada por um acidente, que tenha obliterado suas atividades cerebrais, não está mais viva, ainda que todos os demais órgãos estejam vivos e funcionando, a Lei de Transplantes não mais tutela a “vida” daquele corpo e, por isso, autoriza a remoção de seus órgãos.

Igualmente, um feto sem cérebro – seja a falta decorrente do prematuro estágio de sua formação normal ou de anomalia patológica em seu desenvolvimento (anencefalia) – poderia ser considerado um ser humano vivo a merecer tal reconhecimento jurídico?

A definição do termo “vida” envolve a ponderação de interesses e valores sociais.

Forçoso reconhecer que, ao firmar qualquer conceito, o Judiciário exerce sim algum grau de discricionariedade, mais do que isso, é papel do Judiciário exercer esse mister.

Assim, em alguns países o feto será considerado um ser vivo desde a concepção, em outros não, tudo conforme a interpretação do conceito “vida” estabelecido pelo Judiciário.

Assim, resta saber se, no ordenamento constitucional brasileiro, é possível a realização desses estudos sem violar a garantia à integridade da “vida” tutelada pela Constituição.

É correto que, segundo o critério adotado por algumas religiões, o embrião já importaria a presença de vida humana, pois a vida humana seria

umbilicalmente marcada pela presença da alma, a qual já estaria adjudicada ao embrião, até mesmo ao embrião congelado.

Outras religiões, por sua vez, acreditam que a alma somente seria infundida no corpo no momento do parto, uma vez que o feto por estar dentro do corpo da mãe não poderia carregar uma alma própria: o corpo da mãe não poderia ser portador de duas almas.

As ciências médicas e biológicas tendem a apresentar conceitos mais objetivos para a palavra “vida” e a separar como idéias distintas a “vida” presente em células e órgãos daquela “vida” presente na entidade autônoma.

O sangue teria células vivas, porém tal “vida” seria acessória em relação ao ser vivo autônomo, este sim portador da “vida” principal, merecedora da proteção científica, moral e ética. Nenhuma razão médica existe para acoirar de antiética a conduta da transfusão de sangue ou a realização de alguma cirurgia na qual ocorra a perda de sangue ou tecidos vivos do paciente beneficiado.

Cabe agora, identificar sob a óptica jurídica, qual o alcance da tutela assegurada à vida.

Para tanto, o intérprete constitucional deverá utilizar a hermenêutica constitucional para delimitar o alcance do vocábulo “vida” e, assim, identificar se no Brasil as pesquisas com células-tronco são viáveis sob o ponto de vista jurídico.

Faz-se necessário, todavia, uma última ponderação a respeito dos embriões *in vitro* e os embriões intra-uterinos ou nascituros.

Traz-se a lume que, efetivamente, existem diferenças entre o embrião armazenado fora da barriga materna e aquele que se encontra na barriga mãe.

Isso se dá pela concepção restrita que deriva da palavra nascituro (que é o único tipo de embrião que possui expectativas de direitos, como disciplina o Código Civil), perfeitamente definida pelo dicionário Aurélio, que dispõe sobre a definição técnica e jurídica da palavra, *litteris*:

Nascituro

[Do lat. nasciturus.]

Adj.

1. Que há de nascer.

S. m.

2. Aquele que há de nascer.

3. **Jur. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.**<sup>85</sup>

Inquestionavelmente, o nascimento de um embrião que não esteja implantado no ventre materno, principalmente aquele congelado, não pode ser tido como um fato futuro e certo. Neste ponto, não há como tergiversar.

Também é certo que a maioria dos embriões gerados *in vitro* não implicará em uma efetiva fecundação – pois como é de conhecimento notório para se tentar uma única inseminação artificial são gerados inúmeros embriões – e, desta maneira, tais embriões não podem ser reconhecidos como nascituros, uma vez que o nascimento destes não resta configurado com um fato futuro e certo, ao oposto, configura fato atemporal e incerto.

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

Isto posto, deve o hermeneuta constitucional buscar dar a máxima efetividade ao texto constitucional em consonância com os anseios da sociedade.

<sup>85</sup> In Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI. Versão 3.0 – novembro de 1999.

Assim, o intérprete deve transpor os limites da interpretação literal, aproximando-se da interpretação que melhor atinja os anseios sociais.

Nesse sentido, destaca-se o caráter teleológico contido nas normas jurídicas, que se configura, *lato senso*, na concretização de um fim.

Deve-se buscar a investigação da *ratio legis*, razão ou motivo que justifica e fundamenta o preceito, na indagação do "para quê" da norma jurídica.

A *ratio* diz respeito à finalidade prática da lei e se traduz na própria necessidade humana que esta visa amparar. Tal finalidade tem como fundamento os valores que constituem a base axiológica da sociedade no momento da criação da lei.<sup>86</sup>

Faz-se necessário mentalizar que a Constituição resulta do conteúdo universalista dos princípios republicanos expressos nas sociedades pluralistas, nas quais os contrastes multiculturais se multiplicam.

Nesse sentido, está enraizada na Constituição um conteúdo racional de uma moral baseada no respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro.

Compete ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal em particular, assumir a guarda da Constituição, a satisfazer a exigência segundo a qual a decisão tomada possa ser considerada consistentemente fundamentada tanto à luz do Direito vigente quanto dos fatos específicos do caso concreto, de modo a assegurar a certeza do Direito e a justiça da decisão tomada, sem contudo fechar o olhos para a realidade social.

<sup>86</sup> LIMA, Iara Menezes. *Hermenêutica Constitucional Clássica: Métodos de interpretação e escolas Hermenêuticas*, p. 36. Tese de doutorado, defendida sob orientação do Prof. Orientador José Luiz Quadros de Magalhães na Faculdade Direito da UFMG.

Nesse sentido, cumpre rememorar que no Brasil é liberado o uso da pílula de emergência (pílula do dia seguinte) e o DIU, que são métodos contraceptivos que inviabilizam a nidação de um óvulo fecundado, sem que haja qualquer questionamento quanto a constitucionalidade da utilização desses métodos.

Assim, diante desta realidade fática da sociedade, o operador do direito pode se socorrer dos ensinamentos de Canotilho quando aborda as questões hermenêuticas. Está-se falando da utilização da interpretação da constituição conforme as leis ('gesetzeskonform Verfassungsinterpretation').

Segundo ensina Canotilho:

[...] A expressão deve-se a Leisner e com ela insinua-se que o problema da concretização poderia ser auxiliado pelo recurso a leis ordinárias. Nestas leis encontraríamos, algumas vezes, sugestões para a interpretação das fórmulas condensadas e indeterminadas, utilizadas nos textos constitucionais.

A utilidade da interpretação constitucional conforme as leis seria particularmente visível quando se tratasse de leis mais ou menos antigas, cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional. A interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela pretende também abarcar as hipóteses de alterações do sentido da constituição mais ou menos plasmadas nas leis ordinárias. Estas leis, que começaram por ser actuações ou concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua mais imediata ligação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em <<indicativos>> das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou. Do direito infraconstitucional partir-se-ia para a concretização da Constituição.<sup>87</sup>

Assim, a atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, é da maior relevância para a implementação de

<sup>87</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.1233-1234.

um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas.<sup>88</sup>

Deve-se ter, então, a consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo à prática do Direito, de forma que este não pode permanecer distante do modelo social no qual está inserido.

Isso, porém, só será possível na medida em que as decisões do sistema jurídico assegurem a legalidade, facticidade e adequabilidade às particularidades colocadas *sub judice*. Assim, para que a decisão possa cumprir tais requisitos, é imperioso que ela tenha surgido da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos.<sup>89</sup>

Não há, portanto, como se inferir que o embrião *in vitro* goza da tutela constitucional insculpida no caput do art. 5º da Constituição Federal.

Faz-se necessário observar que o Poder Legislativo brasileiro, ao permitir o avanço científico e, conseqüentemente, possibilitar a descoberta de novas técnicas bastantes para beneficiar um número indistinto de pessoas, mediante a permissiva de serem realizadas pesquisas com a utilização de células-tronco embrionárias, adotou teoria adequada com os valores tutelados pela Carta Política, uma vez que se

[...] é certo que o concebido não é “coisa”, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 475, 1997.

<sup>89</sup> HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p.129 e 146.

<sup>90</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção Jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

É de se ressaltar, ademais, que a realidade a ser aferida com relação aos embriões *in vitro* é a de que a maioria será destruída em razão do excesso de embriões congelados.

Tal excesso é resultado da própria técnica de inseminação artificial, que manipula maiores quantidades de material genético dos genitores com o intuito de evitar, principalmente, desgastes emocionais que ocorreriam acaso fossem necessárias realizar diversas coletas.

Com relação uma possibilidade de ofensa à dignidade da pessoa humana, importa asseverar 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. Neste sentido o ensinamento do Prof. Alexandre de Moraes, *verbis*:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o estatuto jurídico deve assegurar [...] <sup>91</sup>

Assim, a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião *in vitro*.

De todo o exposto, firma-se o entendimento que não há ofensa ao texto constitucional ao serem realizadas pesquisas com a utilização de células-tronco.

<sup>91</sup> MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

Todavia, conforme asseverado, competirá ao Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua precípua função, de intérprete constitucional, o derradeiro posicionamento.

Qualquer que seja a posição adotada, ela será importante para garantir a segurança jurídica e definir o comportamento dos jurisdicionados.

Importa aqui ressaltar a importância de uma definição jurisdicional – qualquer que seja ela – do conceito da palavra “vida” e, via de consequência, dos limites do significado do termo inserto no art. 5º, *caput*, da Carta de 1988, da respectiva proteção jurídica e dos parâmetros para as condutas a serem adotadas pelos jurisdicionados, nos moldes parecidos ao efetivado no julgamento do HC nº 82.424.

Assim, o papel do Supremo Tribunal Federal é importantíssimo na solução desta controvérsia.

*Como citar:* ABRITTA, Rafaelo. Células-Tronco Embrionárias e a Constituição de 1988 : o Papel do STF . **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](http://www.idp.edu.br/index.php?op=stub&id=9&sc_1=60)>. Acesso em: dia mês ano.

## REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **Gesetz sur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen – StZG**. Bundesgesetzblatt Jahrgang 2002 Teil I Nr. 42, S. 2277 vom 29. Juni 2002. Disponível em: <<http://www.bmbf.de/pub/stammzellgesetz.pdf>> Acesso em out. 2006.
- ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Consideração sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Org.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Org.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Bioética e início da vida : Alguns desafios**. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004, p. 111.
- BÍBLIA. Marcos, 12:17, e Lucas, 20:25.
- BRANDÃO, Marcelo Mendes. **Fertilização *in vitro*, pesquisas com células-tronco e temas conexos**. Brasília, mai. 2005. Entrevista concedida por telefone à Rafaelo Abritta.
- BRASIL. **Código Civil**: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)> Acesso em: out. 2006.
- BRASIL. **Código Penal**: decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. **Lei de Biosegurança**: lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. **Lei de Transplantes**: lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM nº 1.480, de 1997**. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480\\_1997.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm)> Acesso em out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Carlos Ayres Britto. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=3510&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=3510&CLASSE=ADI&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Argüente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator: Marco Aurélio de Mello. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=54&CLASSE=ADPF&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=54&CLASSE=ADPF&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82.424**. Paciente: Siegfried Ellwanger. Impetrantes: Werner Cantalício João Becker e outra. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Moreira Alves. Relator para Acórdão: Maurício. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82424&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=82424&CLASSE=HC&ORIGEM=AP&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)> Acesso em: out. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 99.038**. Recorrentes: Margarida Ilza de Lima e outro. Recorrido: Geraldo Magela de Lima. Relator: Francisco Rezek. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=99038&CLASSE=RE&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIP\\_JULGAMENTO=M](http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=99038&CLASSE=RE&ORIGEM=JUR&RECURSO=0&TIP_JULGAMENTO=M)> Acesso em: out. 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7<sup>a</sup> ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. v.2. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, 1997.

CIFUENTES, Rafael Llano. **Amar e defender a vida**. Disponível em <http://www.cnbb.org.br/index.php?op=noticia&subop=12846> Acesso em out. 2006.

DEMÉTRIO, João. **Aborto: A lei, a ética e as religiões**. Disponível em: <[http://www.feal.com.br/colunistas.php?art\\_id=2&col\\_id=9](http://www.feal.com.br/colunistas.php?art_id=2&col_id=9)> Acesso em: out. 2006.

DICIONÁRIO Aurélio Eletrônico – Século XXI. Versão 3.0 – novembro de 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida. Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão e tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FATWA. **On the usage of additional reproductive technologies in the treatment of barrenness**. Disponível em: <<http://umma.ws/Fatwa/repr-tec>> Acesso em: out. 2006.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Editorial. 2/06/2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 5<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. 1, 5ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUILI, Anna. **Bases biológicas do início da vida humana**: Entrevista com a doutora Anna Guili, bióloga molecular. Disponível em: [http://www.defesadavida.com.br/base\\_biologica.htm](http://www.defesadavida.com.br/base_biologica.htm) Acesso em out. 2006.

GUIMARÃES, Adriana Esteves. **Clonagem terapêutica: seus enfoques bioéticos e biojurídicos**. Tese de mestrado defendida, sob orientação da Profa. Drª Flávia Cristina Piosevan, na Faculdade de Direito da PUC-SP.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

HOCHSCHILD, Fernando Zegers. **Consideraciones médicas e implicancias ético legales de la reproducción asistida en Chile**. Disponível em: <http://www.uchile.cl/bioetica/doc/repasis.htm> Acesso em out. 2006.

**HOMER Plessy**. Who2?. Disponível em: <<http://www.who2.com/homerplessy.html>> Acesso em out. 2006.

HURST, Jane. **Uma história não contada: a história do aborto na Igreja Católica**, São Paulo, Cadernos CDD nº 1, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. v. 1. 2ª ed., ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LACADENA, Juan-Rámon. **Embriones humanos y cultivos de tejidos: reflexiones científicas, éticas e jurídicas**. Revista Selecciones de Bioética. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. M. 2, 2002.

LEJEUNE, Jérôme. **Fondation Jérôme Lejune**. Disponível em: <<http://www.fondationlejeune.org>> Acesso em out. 2006.

LIMA, Iara Menezes. **Hermenêutica Constitucional Clássica: Métodos de interpretação e escolas Hermenêuticas**. Tese de doutorado defendida sob orientação do Prof. José Luiz Quadros de Magalhães, na Faculdade de Direito da UFMG.

MAGALHÃES NORONHA, E. **Direito Penal**. v. 1. 38<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

MALDONADO, Mariana. **A pílula do dia seguinte**. Disponível em: <[http://www.wmulher.com.br/template.asp?canal=saude&id\\_mater=3149](http://www.wmulher.com.br/template.asp?canal=saude&id_mater=3149)> Acesso em: out. 2006.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

**MÉTODOS anticoncepcionais mais seguros**. Aborto.com Disponível em: <<http://www.aborto.com/htm/seguros.htm>> Acesso em: out. 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 30<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1<sup>o</sup> a 5<sup>o</sup> da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 6<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2005.

OHARA, N. **Ethical consideration of experimentation using living human embryos: the Catholic Church's position on human embryonic stem cell research and human cloning**. Clin. Exp. Obstet Gynecol, 2003. Disponível em <http://www.humancloning.org/pgs4/816.htm> Acesso em out. 2006.

PAULO, Vicente. **Crime de Racismo - Jurisprudência do STF**. Disponível em: <<http://pontodosconcursos.com.br/professor.asp?menu=professores&busca=&prof=3&art=1692&idpag=5>> Acesso em: out. 2006)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 1, 21<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

**PLESSY** v. Ferguson. Wikipedia, the free encyclopedia. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Plessy\\_v.\\_Ferguson](http://en.wikipedia.org/wiki/Plessy_v._Ferguson)> Acesso em: out. 2006

REVISTA GALILEU. **As razões da Fé**. Disponível em <http://revistagalileu.globo.com/Galileu/0,6993,ECT1045095-1719,00.html> Acesso em out. 2006.

SANTORO PASSARELLI, Francesco. **Teoria Geral do Direito Civil**, Trad. Manuel de Alarcão, Coimbra, Atlântida, 1967.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SERRÃO, Daniel. O estatuto moral do embrião: a posição do Conselho Europeu. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Org.). **Bioética, poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

SHERWIN, Rabbi Byron L. **Assuntos biomédicos e assuntos éticos na pesquisa de células-tronco embrionias: Uma perspectiva judaica**. Disponível em: <<http://www.jcrelations.net/pt/?item=2616>> Acesso em: out. 2006.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

TOMÁS DE AQUINO, STO. **Compêndio de Teologia**. Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 101.

VATICANO. **Declaration on the production and the scientific and therapeutic use of human embryonic stem cells**. Disponível em: <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_academies/acdlife/documents/rc\\_pa\\_a\\_cdlife\\_doc\\_20000824\\_cellule-staminali\\_en.html](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/acdlife/documents/rc_pa_a_cdlife_doc_20000824_cellule-staminali_en.html)> Acesso em: out. 2006.

VEJA. São Paulo: André Petry. **Isso deve ser pecado**. Edição 1908, 8/06/2005.

VELAZQUEZ, José Luis. **Del homo al embrión: Ética y Biología para al siglo XXI.** Barcelona: Gedesa, 2003.

