



ESCOLA DE FORMAÇÃO

A Audiência Pública realizada na ADI 3510-0: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público como trabalho de conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2008.

Autor: Rafael Scavone Bellem de Lima
Orientador: Marcos Paulo Veríssimo

Banca examinadora:
Marcos Paulo Veríssimo
Eloisa Machado de Almeida

São Paulo
2008

Resumo:

Esta monografia é dividida em duas partes.

A primeira delas busca descrever e analisar criticamente o procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal para a realização da primeira audiência pública de sua história, o que se entende necessário diante da ausência de regulamentação formal a esse respeito. Além das gravações das audiências, das transcrições dos depoimentos e das demais informações disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal, entrevistas pessoais com participantes do evento foram utilizadas como fonte de dados para a realização desta pesquisa.

Já a segunda etapa, visa a analisar, por meio da contraposição com a argumentação desenvolvida nos votos, tanto a utilização da audiência pública na fundamentação da decisão, como também a compatibilidade entre os argumentos sustentados pelos Ministros e os posicionamentos apresentados pelos especialistas durante o evento.

Palavras-chave:

Audiência Pública; Lei de Biossegurança; Células-Tronco;

Participação da Sociedade Civil

Agradecimentos

Essa monografia foi apresentada como requisito para a conclusão da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, da qual eu tive a sorte de participar em dois anos distintos, tendo cursado o primeiro semestre de 2007 e o segundo semestre de 2008.

Isso foi possível graças à compreensão e ao auxílio de Roberta Sundfeld e Diogo Coutinho, que me permitiram interromper o programa para cursar dois semestres de intercâmbio acadêmico. Agradeço aos dois pela gentileza e também pela oportunidade de conviver e interagir com duas turmas distintas de colegas, o que certamente foi muito produtivo.

Ao meu orientador, Marcos Paulo Veríssimo, sou muito grato pela confiança, pelo apoio irrestrito que recebi ao longo do trabalho e, principalmente, por ter me estimulado a desenvolver um trabalho pouco convencional, o que foi bastante motivante. Não apenas na orientação desta monografia, mas também ao longo de suas aulas no Curso de Direito Constitucional, o contato com sua visão realista, crítica e extremamente lúcida com relação ao Direito e ao ensino jurídico foi muito inspirador.

Agradeço também a Evorah Lusci Costa Cardoso e a Adriana Vojvodic não apenas pela paciência e dedicação ao longo do curso, mas também pelas conversas e comentários sobre esta monografia.

Parte fundamental desse trabalho, as entrevistas com os especialistas que participaram da audiência pública foram muito enriquecedoras e proporcionaram além do contato com as opiniões e impressões pessoais de cada um deles, novas perspectivas sobre o caso em análise, o que foi essencial para as conclusões deste trabalho. Agradeço a todos estes profissionais, em especial a Alice Teixeira Ferreira, Lygia Pereira, Antonio José Eça, Marcelo Vaccari, Rosália Mendes Otero, Cláudia Maria de Castro Batista, Lenise Aparecida Martins Garcia, Antonio Carlos

Campos de Carvalho e Stevens Rehen, que, mesmo com pouco tempo disponível diante de suas obrigações pessoais e profissionais, puderam gentilmente me atender em seus laboratórios, consultórios ou por telefone.

O apoio incondicional de minha família e de meus pais fez-se presente também na elaboração deste trabalho, que foi exaustivamente discutido entre nós. Meu pai, inclusive, leu a primeira versão desta monografia, tendo feito numerosas sugestões, que foram incorporadas à sua versão final.

A elaboração desta monografia também foi assunto de vários cafés, almoços e conversas com Vitor Cipriano de Fazio, sendo justo que eu também lhe agradeça pelas numerosas oportunidades de reflexão e de quebra de certezas.

Por fim, não tenho como agradecer todo apoio e a compreensão de Mirella Sakamoto, que suportou minhas variações de humor, meu stress e foi fundamental para que eu desenvolvesse este trabalho.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	6
1.1. Síntese do Objeto da Monografia	8
1.2. Estrutura da Monografia	8
1.3. Delimitação do Universo de Pesquisa	10
1.4. Considerações Metodológicas	14
2. O PROCEDIMENTO ADOTADO NA AUDIÊNCIA PÚBLICA	16
2.1. A Iniciativa e os Fundamentos da Realização da Audiência Pública	17
2.2. A Indicação dos Especialistas	18
2.3. Divisão dos Expositores em Blocos Antagônicos	26
2.4. Dinâmica das Exposições	28
2.5. Regulação do Conteúdo das Exposições	31
2.6. Questionamentos feitos pelos Ministros	34
2.7. Presença dos Ministros na Audiência Pública	38
3. O APROVEITAMENTO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA NOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	40
3.1. Considerações dos Ministros sobre a Audiência Pública	40
3.2. A Referência Expressa aos Depoimentos dos Participantes da Audiência Pública nos Votos	44
3.3. A Definição de Embriões Inviáveis	45
3.4. A Existência de Vida nos Embriões Referidos pela Lei	51
3.5. Realização de Pesquisas com a Extração de uma Única Célula do Embrião	57
3.6. Processo de Fertilização <i>in vitro</i>	60
3.7. A Submissão das Pesquisas a um Comitê Nacional Centralizado ..66	
3.8. A Necessidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias Humanas	71
4. CONCLUSÕES	75
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

1. INTRODUÇÃO

Em 24 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal realizou a primeira audiência pública de sua história.

Solicitada pela Procuradoria Geral da República, que movia uma ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo 5º da Lei nº 11.105¹, que disciplina a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, - ADI 3510-0 - a realização do evento foi determinada pelo relator do caso, Ministro Carlos Ayres Britto, que diante da "saliente importância da matéria" julgou adequado possibilitar "uma maior participação da sociedade civil" e legitimar "ainda mais" a decisão que seria tomada pelo Supremo Tribunal Federal.²

Recorreu-se, desse modo, a um instrumento, que nos termos em que se encontrava positivado³, conferia ao relator a possibilidade de "ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade" em matéria que necessitasse de

¹ "Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

² *Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 19.12.2006, publicada no D.J. em 1.2.2007.*

³ "Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria." (*Lei nº 9.868, de 10 de Novembro de 1999*).

esclarecimento e embora estivesse na iminência de completar dez anos de previsão legal nunca havia sido utilizado.

Dois dos elementos presentes nesse cenário justificam e fundamentam a escolha do objeto desta monografia – a audiência pública realizada na fase instrutória do julgamento da ADI 3.510-0 – (a) o caráter inédito do evento, que, por esta razão, carece de precedentes e tende, de alguma forma, a influenciar aqueles que o sucedem e (b) a indefinição ou, mais do que isso, a múltipla definição de seu objetivo, uma vez que o relator destacou a necessidade de participação da sociedade civil para o debate sobre uma matéria importante, enquanto a Lei nº 9.868 referiu-se à participação de especialistas no debate sobre uma matéria que demandasse esclarecimento.

Conjugando esses dois fatores, que se influenciam mutuamente, com a valorização da dimensão empírica da pesquisa jurídica, limitei a abordagem deste tema ao estudo do que efetivamente ocorreu neste caso, tendo como referencial para tanto a noção de que só seria possível exercer um juízo crítico sobre a importância e a função da audiência pública no julgamento da ADI 3.510-0 analisando os dados concretos de sua realização e o seu aproveitamento na argumentação desenvolvida pelos Ministros e, conseqüentemente, na decisão do Supremo Tribunal Federal.

Em virtude dessas considerações, é necessário e, talvez, natural apontar que este trabalho possui um acentuado caráter descritivo, com recurso, inclusive, a materiais pouco utilizados na pesquisa jurídica – como entrevistas com participantes da audiência pública e análise das gravações em vídeo do evento –, mas não se limita a relatar fatos, apresentando, também, uma dimensão crítica, orientada, fundamentalmente, pela busca da definição do papel desempenhado pela audiência pública no julgamento do caso.

Espero que análise de um caso que pela natureza e pela importância da matéria envolvida suscitou questionamentos quanto à conveniência e à adequação da

atribuição da decisão final ao Supremo Tribunal Federal e, principalmente, o exame crítico de um instrumento que, nos dizeres do Ministro Gilmar Mendes fez do Supremo Tribunal Federal “uma Casa do Povo, tal qual o parlamento”⁴ e nas palavras do Ministro Carlos Ayres Britto deslocou “quem está na platéia, habitualmente, para o palco das decisões coletivas”⁵, possam, em alguma medida, inserir-se e contribuir com o amplo e atual debate acadêmico sobre a atuação e o papel do Poder Judiciário na sociedade brasileira.

1.1. Síntese do Objeto da Monografia

A monografia apresentada tem como objetivo responder às seguintes perguntas:

1. Como foi realizada a primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal?
2. Qual foi o seu aproveitamento na decisão do caso?

1.2. Estrutura da Monografia

Esta monografia é dividida em duas partes, cada qual com um objetivo distinto e bem definido.

⁴ *Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 4.*

⁵ *Transcrição da Audiência Pública, p. 215.*

A primeira delas busca, em síntese, descrever o procedimento adotado na realização da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal, tecendo algumas considerações sobre como esse evento se desenvolveu.

Não se trata, desse modo, de uma análise do procedimento previsto regulá-lo, até porque sua disciplina normativa era praticamente inexistente, mas do procedimento que efetivamente foi adotado, seja porque a regulação da audiência pública foi, em grande parte, definida durante a sua realização, como também porque a conduta dos atores envolvidos foi fundamental, em alguns aspectos, para a caracterização da estrutura do evento.

Nessa primeira etapa, são analisadas os seguintes elementos: (a) iniciativa e fundamentação da realização da audiência pública; (b) forma de seleção dos expositores; (c) dinâmica do evento; (d) regulação do conteúdo das apresentações; (e) atuação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na audiência pública.

A segunda parte visa a analisar o aproveitamento desta audiência pública na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no que concerne, fundamentalmente, à utilização dos argumentos apresentados pelos especialistas que participaram do evento.

Nessa etapa, proponho-me a analisar, por meio da contraposição com a argumentação desenvolvida nos votos dos Ministros, tanto a utilização da audiência pública na fundamentação da decisão, como também a compatibilidade entre os argumentos sustentados pelos Ministros e os posicionamentos apresentados no evento.

Foge ao objeto desse trabalho qualquer avaliação crítica sobre a correção ou a pertinência dos argumentos apresentados na audiência pública, bem como sobre a adoção desses posicionamentos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Desse modo, não buscarei classificar os dados levados ao conhecimento dos

Ministros como verdadeiros ou falsos, nem a fundamentação das decisões como correta ou incorreta, mas tentar analisar em que medida as informações colhidas na audiência pública contribuíram para o julgamento do caso.

1.3. Delimitação do Universo de Pesquisa

É intuitivo que o estudo de um julgamento deva ter como ponto de partida ou, ao menos incluir dentre o universo de pesquisa, a publicação oficial de sua decisão.

Não é o que acontece nesse caso.

Isso ocorre, porque embora a ação já tenha sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal, não houve, até o presente momento⁶, a publicação oficial do acórdão.

Na ausência da versão oficial e definitiva dos votos, adotei , como meio de acesso ao teor das decisões proferidas os seguintes materiais:

a) Versão não definitiva dos votos, disponibilizada ao público na seção Notícias do site do Supremo Tribunal Federal⁷.

Devo ressaltar que estas versões preliminares não substituem as oficiais, já que estão, por disposição expressa, sujeitas a revisão.

Além disso, não foram todos os Ministros que disponibilizaram seus votos escritos por meio da sessão de Notícias do site do Supremo Tribunal Federal. Dos 11 votos proferidos, 8 tiveram sua versão preliminar disponibilizada desta

⁶ Dezembro de 2008.

⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 28 nov. 2008.

forma, a saber: Relatório e voto do Min. Carlos Britto, votos da Min. Cármen Lúcia, do Min. Ricardo Lewandowski, do Min. Eros Grau, do Min. Cezar Peluso, da Min. Ellen Gracie, do Min. Marco Aurélio e do Min. Gilmar Mendes.

Tentei, também, obter as versões preliminares dos votos escritos dos três Ministros que não os disponibilizaram dessa forma, Min. Menezes Direito, Min. Joaquim Barbosa e Min. Celso de Mello, por meio de contato telefônico com seus gabinetes. A resposta, nos três casos, foi negativa, com o argumento de que os Ministros não disponibilizariam, de forma alguma, os votos antes da publicação oficial do acórdão.

Recorri, ainda, também por meio telefônico, à Cordenadoria de Divulgação de Jurisprudência do STF e à Secretaria de Pesquisa de Jurisprudência do STF, não alcançando êxito em nenhuma dessas tentativas.

b) Gravação da Sessões de Julgamento pela TV Justiça, disponíveis em seu site.⁸

Busquei, na sessão Central de Downloads pelos termos ADI 3510 e pela data de realização das sessões plenárias de julgamento – 05.03.2008, 28.05.2008 e 29.05.2008, obtendo como resultado, uma única vez, as gravações da sessão plenária do dia 28.05.2008.

Por esta razão, só tive acesso ao voto do Min. Menezes Direito, que pude assistir neste dia. Na tentativa de obter as demais gravações, enviei duas mensagens à sessão Fale Conosco do site, não tendo, no entanto, recebido resposta até o momento.

⁸ Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br>> Acesso em 28 nov. 2008.

Com relação a esse meio de contato com a decisão, é necessário ressaltar que as versões sustentadas oralmente não correspondem, necessariamente, aos votos escritos.

O recurso à gravação apresenta ainda como ponto negativo a dificuldade de citação e referência no texto, pois, da forma como os vídeos estão disponibilizados no site da TV Justiça não é possível precisar o momento em que uma frase foi dita. Cabe apontar ainda que, tendo em vista as limitações de tempo, transcrevi apenas a parte dispositiva do voto do Min. Menezes Direito, tendo mencionado outras passagens sustentadas pelo Ministro, sem, no entanto, citá-las literalmente.

O recurso a esses materiais, que têm as limitações apontadas, tem como justificativa a inexistência de publicação oficial do acórdão no site do Supremo Tribunal Federal, devendo, na superveniência dessa publicação, ser substituído pelo documento publicado.

Além da decisão do Supremo Tribunal Federal, o objeto do pesquisa demandou o conhecimento da audiência pública, tanto no que concerne ao conteúdo nela exposto, como também nos acontecimentos que se passaram durante a sua realização.

Por esta razão, analisei **(c) as gravações da sessão em que o evento foi realizado**, disponível no site da TV Justiça⁹, às quais se aplica a ressalva feita anteriormente com relação à dificuldade de citação e referência no texto da Monografia e **(d) a transcrição oficial do evento**, anexada aos autos do processo e disponível no site STF em Foco¹⁰, na sessão relativa à ADI 3510-0.

⁹ Disponível em <<http://videos.tvjustica.gov.br/?video=1061#>>. Acesso em 28 nov. 2008.

¹⁰ Disponível em <<http://www.stfemfoco.org.br>>. Acesso em 28 nov. 2008.

Dados processuais sobre a ADI 3510-0 foram obtidos na sessão Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, por meio da busca pelo termo ADI/3510.

Duas decisões monocráticas do Min. Carlos Britto, citadas nessa sessão, porém não disponibilizadas, foram obtidas por meio de contato via e-mail com seu gabinete e com a ONG Conectas Direitos Humanos, que figurou no processo como *amicus curiae*.

Com o intuito de obter mais informações sobre a realização e a organização da audiência pública e sobre o comportamento e as perspectivas adotadas pelos especialistas que dela participaram, propus-me a entrevistar os 22 expositores, que foram contactados por e-mail. Estes contatos resultaram em **10 entrevistas individuais**, as quais se procederam da seguinte forma:

- 4 entrevistas semi-estruturadas realizadas pessoalmente, gravadas com o consentimento dos entrevistados, com Alice Teixeira Ferreira, Lygia Pereira, Antonio José Eça e Marcelo Vaccari;
- 4 entrevistas semi-estruturadas realizadas por meio telefônico, gravadas com o consentimento dos entrevistados, com Rosália Mendes Otero, Cláudia Maria de Castro Batista, Lenise Aparecida Martins Garcia e Antonio Carlos Campos de Carvalho;
- 1 entrevista semi-estruturada realizada por meio telefônico, gravada com o consentimento do entrevistado, porém não transcrita, em virtude de problemas técnicos com a gravação, com Stevens Rehen;
- 1 entrevista realizada por meio de questionário enviado por e-mail e respondido por Lilian Piñero Eça.

As menções às informações obtidas por meio desses depoimentos, á exceção do caso de Stevens Rehen, acompanham a transcrição de trechos das entrevistas, o que foi previamente consentido pelos participantes.

1.4. Considerações Metodológicas

Conforme apresentado no trecho introdutório, esta monografia tem um caráter descritivo acentuado, não se limitando, porém, a um relato objetivo, impessoal e acrítico dos fatos relacionados à realização e à organização da audiência pública, tampouco do aproveitamento do seu conteúdo no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Há, inegavelmente, um viés subjetivo, seja em considerações críticas, seja na ênfase dada à abordagem de determinados aspectos.

Considero impossível realizar um trabalho acadêmico, em qualquer área do conhecimento, mas especialmente em uma ciência humana, como é o Direito, livre de qualquer subjetivismo, mas procurei, com o maior cuidado possível, apontar todas as opiniões que julguei pessoais, por meio do recurso à primeira pessoa do singular.¹¹

Gostaria de apontar, também, que, na segunda parte desta monografia, selecionei os argumentos mais significativos sustentados pelos Ministros e os teriam um grau mínimo de correspondência com as linhas argumentativas desenvolvidas na audiência pública, seja por adotá-las, contrariá-las ou mesmo ignorá-las. Não realizei uma análise exaustiva de toda a argumentação desenvolvida, com o intuito de proporcionar maior fluidez e dinamicidade ao texto.

¹¹ Fui convencido a adotar esta prática ao ler, ainda em 2007, o capítulo introdutório da Tese de Doutorado de Marcos Paulo Veríssimo, ora meu orientador, que justifica a opção pela primeira pessoa do singular, pouco utilizada nos trabalhos jurídicos brasileiros, combatendo o uso do impessoal, que além de dificultar a identificação de juízos pessoais e descritivos, pessoais e normativos, correntes e descritivos e correntes e normativos, pode mascarar o caráter pessoal do discurso, para fazer com que ele pareça universal, neutro e necessário. (MARCOS PAULO VERÍSSIMO. *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: O processo judicial no pós-1988*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, USP, 2006, 20-21)

Ainda com relação à segunda parte deste trabalho, busquei simplificar os diversos posicionamentos colhidos nas mais de sete horas de audiência pública, visando também a produzir um texto mais conciso e dinâmico.

Tomei o máximo cuidado possível para que, nesse processo de simplificação nenhum elemento técnico essencial fosse perdido, de modo que o argumento analisado fosse desfigurado.

Uma última observação é destinada à citação, em notas de rodapé, de períodos integrais dos votos dos Ministros, das entrevistas realizadas e de alguns trechos da transcrição oficial da audiência pública, à qual procedi para torná-los mais acessíveis.

2. O PROCEDIMENTO ADOTADO NA AUDIÊNCIA PÚBLICA

A Lei nº 9.868 de 1999, no parágrafo 1º do seu artigo 9º, estabelece que:

"Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria"

Trata-se do único dispositivo normativo e não apenas legal a respeito da realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal, pois, não há no Regimento Interno deste Tribunal nenhuma previsão relacionada a esse evento.

É possível afirmar, nesse cenário, que, embora seja facultada ao relator a determinação da realização de audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade nas matérias em que se entenda necessário esclarecimento, não há qualquer regulamentação a respeito do procedimento que deverá ser adotado nesse evento.

Essa disciplina extremamente lacunosa justifica, no meu entendimento, a apresentação e a análise do procedimento adotado na primeira audiência pública de instrução processual realizada pelo Supremo Tribunal Federal, que serão objeto deste capítulo.

2.1. A Iniciativa e os Fundamentos da Realização da Audiência Pública

Além da declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, a Procuradoria Geral da República solicitou na petição inicial da Ação Direita de Inconstitucionalidade a realização de uma audiência pública, com fundamento no art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868 de 1999.

Esse requerimento foi aceito pelo Ministro Carlos Ayres Britto, relator, que, diante da matéria “de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida”, determinou a realização da audiência pública, que além de subsidiar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, possibilitaria maior participação da sociedade civil, conferindo mais legitimidade à decisão que viesse a ser tomada.¹²

Embora sejam perfeitamente justificáveis, as razões apresentadas pelo Min. Carlos Britto para a determinação da audiência pública – importância da matéria e maior participação da sociedade civil - não correspondem às exigências do dispositivo legal, que faculta ao relator o recurso à audiência pública “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”.

O cumprimento das exigências legais, ao que me parece, não obstará a realização da audiência pública, já que seria plenamente aceitável que se sustentasse a necessidade de esclarecimento de matéria e de fatos, diante da especificidade dos elementos e argumentos trazidos pela questão.

¹² “Daqui se deduz que a matéria veiculada nesta ação se orna de saliente importância, por suscitar numerosos questionamentos e múltiplos entendimentos a respeito da tutela do direito à vida. Tudo a justificar a realização de audiência pública, a teor do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99. Audiência, que, além de subsidiar os Ministros deste Supremo Tribunal Federal, também possibilitará u'a maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário desta nossa colenda Corte.” (*Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 19.12.2006, publicada no D.J. em 1.2.2007*)

Essa opinião tem fundamento, inclusive, nos relatos de alguns dos especialistas que participaram da audiência pública, como Cláudia Maria de Castro Batista¹³, Rosária Mendes Otero¹⁴, Antonio Carlos Campos de Carvalho¹⁵ e Lygia Pereira¹⁶.

2.2. A Indicação dos Especialistas

A escolha dos participantes da audiência pública, aqui chamados de especialistas¹⁷, ficou a cargo do **autor**, dos **requeridos** e dos **interessados**, que foram intimados a indicar pessoas “com experiência e autoridade na matéria”, em atendimento à exigência legal, e apresentar suas qualificações profissionais completas.

Logo ao requerer a realização da audiência pública, a Procuradoria Geral da República apresentou uma lista composta pelos nomes de nove especialistas.¹⁸

¹³ “Foi a primeira vez que o STF realizou uma audiência pública com especialistas. Foi bastante surpreendente esta atitude. Acho que como era uma questão bastante confusa, os próprios ministros teriam a obrigação de estudar a fundo o caso e eles não têm tempo, obviamente. Eu acho que foi a iniciativa muito boa, que não foi só uma idéia do Ministro, houve a necessidade.” (*Transcrição da entrevista com Cláudia Maria de Castro Batista*)

¹⁴ “Eu acho que, hoje em dia, o mundo tem variáveis que são difíceis de serem compreendidas facilmente por uma pessoa com apenas uma formação, então, nesse caso, que os elementos são complexos e interdisciplinares, eu acho que cabe esse tipo de atitude, de buscar na sociedade contribuições que possam esclarecer, não que vão pautar a decisão dos ministros, já que a quantidade de informações é tamanha e seria muito mais difícil para eles, se eles fossem por conta própria buscar essas informações em áreas que são específicas.” (*Transcrição da entrevista com Rosália Mendes Otero*)

¹⁵ “Eu acho que foi uma atitude muito sábia, já que os magistrados não tinham, digamos assim, um conhecimento específico dessa área e acho que eles convocaram pessoas com as duas visões da comunidade científica, para ouvir os argumentos e poder tomar uma decisão mais bem informada.” (*Transcrição da entrevista com Antonio Carlos Campos de Carvalho*)

¹⁶ “Eu acho que foi muito importante porque essas pessoas não têm a menor obrigação de entender os aspectos técnicos do assunto. Foi importante para haver um esclarecimento do ponto de vista científico” (*Transcrição da entrevista com Lygia V. Pereira*)

¹⁷ Alguns ministros preferem o uso dos termos *experts* ou *experts*.

¹⁸ Constavam do rol trazido na petição inicial os seguintes especialistas: Alice Teixeira Ferreira; Claudia Maria de Castro Batista; Eliane Elisa de Souza e Azevedo; Elizabeth Kipman Cerqueira; Lilian Piñero Eça; Dalton Luiz de Paula Ramos; Dernival da Silva Brandão; Herbeth Praxedes; Rogério Pazetti.

Embora o requerimento formulado na petição inicial estabelecesse que o comparecimento desses profissionais se daria independentemente de intimação, bastando ao Procurador Geral da República a intimação pessoal da data de realização da audiência pública, o relator determinou que o autor fosse intimado para a apresentar os endereços desses especialistas para a emissão de convites pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁹

Após o decurso do prazo estabelecido, sem que houvesse manifestação do autor, este foi novamente intimado, dessa vez, para confirmar se os profissionais listados compareceriam à audiência independentemente da expedição de convites²⁰, tendo respondido afirmativamente a esse questionamento. Nessa ocasião, alterou ainda rol de profissionais que estabelecera na petição inicial.²¹

Segundo consta das informações processuais disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal²², por parte dos requeridos, a Presidência da República e a Mesa do Congresso Nacional indicaram especialistas para participar do evento.²³

Com relação aos interessados, houve indicações²⁴ por parte das duas organizações que, à época da decisão que determinou a intimação para a indicação de especialistas, haviam sido admitidas na condição de *amicus curiae*: Conectas

¹⁹ *Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 19.12.2006, publicada no D.J. em 1.2.2007.*

²⁰ *Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 20.03.2007, publicada no D.J. em 30.03.2007.*

²¹ Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 10.04.2007.

²² É o que infiro das observações que alegam atendimento ao despacho que intimava os requeridos a indicar os especialistas, pela Presidência da República e pela Mesa do Congresso Nacional, em 27.02.2007 e 13.02.2007, respectivamente.

²³ Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 27.02.2007.

²⁴ Informações obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datadas de 14.02.2007 (Conectas/CDH) e 12.02.2007 (MOVITAE).

Centro de Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH²⁵ e MOVITAE – Movimento em prol da Vida²⁶.

A ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero postulou por duas vezes a indicação de especialistas²⁷, enquanto ainda não constava do rol de interessados, tendo sido admitida como *amicus curiae* apenas após a decisão que determinou a emissão dos convites aos especialistas indicados.²⁸

Já a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB requereu, após a emissão dos convites, a indicação de dois especialistas, na mesma peça processual em que postulou a sua admissão como *amicus curiae*.²⁹

Diante desse fato, não é possível afirmar, com base nos materiais analisados, se as indicações realizadas por estas organizações foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal. Em tese, a indicação de profissionais estaria limitada ao autor, aos requeridos e aos interessados, posições processuais nas quais as organizações ainda não figuravam, no momento em que o relator determinou que se convidasse os especialistas.³⁰

²⁵ Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 04.08.2005

²⁶ Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 09.12.2005.

²⁷ Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 27.02.2007 e 20.03.2007.

²⁸ Informações obtidas na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datadas de 21.03.2007 (Admissão) e 19.03.2007 (Decisão).

²⁹ A peça é datada de 12.04.2007 e a admissão como *amicus curiae* se deu em 17.04.2007.(Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal).

³⁰ Ao discorrer sobre a limitação das indicações de especialistas a autor, aos requeridos e aos interessados, Fabrício Juliano Mendes Medeiros afirma que, não fosse esta limitação, “centenas de expertos poderiam solicitar – como de fato solicitaram – a sua habilitação para falar na referida audiência pública”. (Fabrício Juliano Mendes Medeiros, O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história, p. 3). Não há como precisar se, neste trecho, o autor se refere às solicitações da ANIS ou a Reginaldo Luz Ghisolfi, que, de acordo com as informações constantes da sessão de acompanhamento processual, requereu admissão como *amicus curiae* e apresentou “considerações relevantes”. Em virtude da falta de representatividade, sua participação como *amicus curiae* foi negada, sendo a peça que apresentara juntada aos autos como memorial. Nada consta com relação

Há, no entanto, dois elementos que podem apontar pela consideração de uma indicação solicitada pela CNBB, já que um dos especialistas referidos nas suas considerações como *amicus curiae* participou da audiência pública. Tomado isoladamente, este fato não é, por si só, conclusivo, pois o especialista pode ter sido convidado pela Procuradoria Geral da República.³¹ No entanto, ao se pronunciar na abertura da audiência pública, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, afirmou que um bloco de expositores seria composto por “experts indicados pela Procuradoria Geral de República e pela CNBB”³².

Determinadas a emissão de convites a 17 especialistas³³, indicados pela Presidência da República, pela Mesa do Congresso Nacional e pelos *amici curiae*³⁴, e a intimação o Procurador Geral do dia e hora da audiência pública – 24 de abril de 2007, das 9h às 12h e das 15h às 19h – chegou-se aos 22 especialistas que compareceram à realização da audiência pública para prestrar depoimento.³⁵

Dois dos especialistas indicados, Paulo Silveira Martins Leão Júnior e Oscar Vilhena Vieira, este último, inclusive, convidado pelo Supremo Tribunal Federal para prestar depoimento no evento, não participaram da audiência pública, em virtude

a um eventual pedido de participação na audiência pública, que à época do pedido formulado não havia sido determinada pelo relator. (Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal Federal, datada de 05.05.2006). A dúvida não me parece pertinente com relação à CNBB, já que o pedido realizado foi posterior à decisão que determinou a emissão dos convites aos especialistas.

³¹ Trata-se de Rodolfo Acatauassú Nunes.

³² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 3.

³³ São eles: Mayana Zatz; Lygia V. Pereira; Rosália Mendes Otero; Stevens Rehen; Antonio Carlos Campos de Carvalho; Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello; Dráuzio Varella; Oscar Vilhena Vieira; Milena Botelho Pereira Soares; Ricardo Ribeiro dos Santos; Esper Abrão Cavaleiro; Marco Antonio Zago; Moisés Goldbaum; Patrícia Helena Lucas Pranke; Radovan Borojevic; Tarcisio Eloy Pessoa de Barros Filho; Débora Diniz. (Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 16.03.2007, publicada no D.J. em 23.03.2007).

³⁴ Não é possível, com base nos materiais analisados, determinais quais foram as indicações apresentadas por cada organização.

³⁵ Três dos 17 especialistas convidados não compareceram ao evento: o Prof. Dr. Marco Antonio Zago, que se declarou impossibilitado de comparecer na data estabelecida (Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal, datada de 09.04.2007); o Prof. Dr. Moisés Golbaum, que enviou depoimento lido pelo Prof. Luiz Eugênio de Moraes Mello; e o Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira.

de sua formação e atuação restringirem-se à área jurídica, como demonstra a observação do relator:

“Tanto assim que alguns advogados e juristas se habilitaram para falar na sessão de hoje e tivemos de demovê-los desse propósito, porque a exposição propriamente jurídica não é para hoje.”³⁶

Os expositores, que, à exceção da antropóloga Débora Diniz, tinham formação e atuação na área das ciências médicas e biológicas, foram divididos em “dois blocos de opinião bem caracterizados”³⁷: um contrário à realização das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas nos termos da lei, outro favorável, cada qual representado por 11 especialistas.³⁸

Segundo o relator, o bloco favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, nos termos da legislação, teve os seus especialistas indicados pelos sujeitos processuais que na contravérsia em questão se posicionaram pela constitucionalidade de lei e o bloco contrário, pelos que se posicionaram pela inconstitucionalidade.

³⁶ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 99 – AP 16, p. 18. O Prof. Dr. Oscar Vilhena Vieira falou, pela Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, na sessão de julgamento de 05.03.2008. (Informação obtida na sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal, datada de 05.03.2008).

³⁷ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 3.

³⁸ Integraram estes blocos, por ordem de apresentação:

Bloco favorável à realização das pesquisas: Mayana Zatz; Patrícia Helena Lucas Pranke; Lúcia Willadino Braga; Stevens Rehen; Rosália Mendes Otero; Júlio Voltarelli; Ricardo Ribeiro dos Santos; Lygia V. Pereira; Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello; Antonio Carlos Campos de Carvalho; Débora Diniz.

Bloco contrário à realização das pesquisas: Lenise Aparecida Martins Garcia; Cláudia Maria de Castro Batista; Lilian Piñero Eça; Alice Teixeira Ferreira; Marcelo Vaccari; Antonio José Eça; Elizabeth Kipman Cerqueira; Rodolfo Acatauassú Nunes; Herberth Praxedes; Dalton Luiz de Paula Ramos; Rogério Pazetti.

Destes 22 especialistas, 4 não constavam da lista de convidados, da relação apresentada pela Procuradoria da República na petição inicial, nem do requerimento apresentado pela CNBB. São eles: Lúcia Willadino Braga e Júlio Voltarelli, favoráveis às pesquisas e Marcelo Vaccari e Antonio José Eça, contrários às pesquisas.

Embora intuitiva, essa identificação entre os posicionamentos assumidos por um sujeito processual com relação ao pedido da ação e a orientação dos depoimentos prestados pelos especialistas indicados, ou até mesmo dos próprios especialistas não deveria ser, no meu entendimento, necessária.³⁹

Uma possível objeção a essa identificação teria como fundamento a natureza objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade, caracterizado, por parte da literatura jurídica, como unilateral e não-contraditório, por não buscarem os sujeitos processuais a satisfação de interesses próprios e direitos subjetivos opostos, mas de um objetivo comum, que é a defesa da Constituição.⁴⁰ Restringir um sujeito processual à indicação de especialistas que defendessem apenas a posição que representasse os seus interesses individuais, poderia, no meu entendimento, limitar a busca desse objetivo comum.⁴¹

Entendo, ainda, que seria possível argumentar que órgãos como o Congresso Nacional, que representa a diversidade de opiniões da sociedade, pudessem indicar especialistas com entendimentos distintos a respeito de uma mesma questão, mesmo tendo defendido em sede processual a lei que, em seu âmbito, foi formulada e aprovada, justamente com o objetivo de melhor representar os diversos setores de uma sociedade plural. Limitar estes órgãos à indicação de especialistas que defendessem uma única posição, eliminaria esse possível caráter

³⁹ Não sustento, com essas considerações, que tenha necessariamente havido a obrigatoriedade dos sujeitos processuais indicarem especialistas que sustentassem as posições defendidas nas respectivas peças processuais. Não há, no material analisado, nenhum elemento que aponte para essa obrigatoriedade.

⁴⁰ Não é objeto deste trabalho discorrer sobre o processo objetivo de controle abstrato de normas. Nesse sentido, destaco que recorri a uma simplificação de algumas posturas teóricas muito mais complexas, com o objetivo de ilustrar, em poucas linhas, o que poderia ser utilizado como um parâmetro para a hipótese de problematização que pretendo construir. A natureza objetiva do processo constitucional não é aceita de forma unânime na literatura jurídica, sendo objeto críticas e debates. A simplificação contruída teve como base as considerações de Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴¹ Essa possível crítica tem como pressuposto a compreensão do processo constitucional como de natureza objetiva, não se aplicando caso se adote premissa diversa.

mais representativo, o que, ao menos a princípio, iria na direção oposta à função legitimadora invocada como fundamento para a convocação da audiência pública.

A forma como os especialistas foram indicados para participar da audiência pública mereceu críticas de Cláudia Maria de Castro Batista, que integrou o bloco contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

Para a pesquisadora, a centralização da escolha dos participantes e da organização do bloco expositor contrário às pesquisas nas mãos da Procuradoria Geral da República resultou em um grupo menos ligado à área científica do que aquele que era favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas. Disso resultou uma disparidade muito grande na representação das posições, que, segundo ela, poderia ser minimizada caso fossem indicadas para compor o bloco contrário às pesquisas pessoas mais preparadas, articuladas e envolvidas com pesquisa científica. Essa possibilidade existiria, caso organizasse um grupo do pessoas do seu conhecimento, o que à princípio, entendeu que ocorreria.⁴²

⁴² “Não houve tempo também, por parte da Procuradoria, de organizar uma coisa bem feita. Eu não vi isso. A princípio eu achei que eu iria organizar e colocar pessoas que seguissem uma linha de pensamento e acabou que foram pessoas que não se conheciam, de nada, eu não conhecia ninguém do lado da Procuradoria e algumas prestaram depoimentos que foram lamentáveis. [...] Teve um que era totalmente fora da área acadêmica, científica. Eu não sei o que ele estava fazendo lá, como ele foi parar lá, eu nunca tinha ouvido ele falar em público, por isso, para mim, foi um choque. [...] E o outro lado estava muito mais preparado, porque eram pessoas que, aí sim, eu conheço todo mundo há muitos anos, são pessoas todas da área acadêmica, cientistas e pesquisadores. Eu sabia o que cada um iria falar, iram apresentar muito bem. Falam muito bem e têm uma linha coerente. Então ficou uma coisa meio disparatada.

A senhora acha que talvez fosse possível, caso fosse dado mais tempo e fosse melhor organizado, que o bloco contrário às pesquisas selecionasse um pessoal tão preparado e articulado quanto o outro?

Também, também, também. [...]. O Fonteles entrou em contato comigo, disse que haveria uma reunião, eu fui e aí eu vi algumas pessoas, não todas, enfim, subentendi que eu iria organizar a coisa, com um grupo do meu conhecimento. Mas aí eu vi iriam só dois ou três, três pessoas além de mim que estavam preparadas. Eram mal preparadas por não serem da área científica, mais ligadas à área da saúde pública, não científica, com pesquisa em si. Algumas tinham a melhor da boa vontade em defender o lado ético; não tinham preparação para isso, eu acho que foi mais por aí: Pessoas com muita boa vontade, sem preparação.” (*Transcrição da entrevista com Cláudia Maria de Castro Batista*).

A disparidade na composição dos blocos antagônicos também foi apontada por Antonio Carlos Campos de Carvalho, integrante do bloco favorável à realização das pesquisas, que sustentou a existência de um contraste muito grande entre os currículos dos participantes dos dois blocos, “com raras e honrosas exceções” dentre os especialistas contrários à realização das pesquisas autorizadas pelo dispositivo normativo questionado.⁴³

Segundo relato de Lygia Pereira, não haveria como evitar o desequilíbrio entre os dois grupos, por não existir, na sua opinião, argumentos científicos contrários à realização das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.⁴⁴

⁴³ “A primeira coisa que chama a atenção da gente é que os pesquisadores que eram favoráveis, se você for olhar os currículos desses pesquisadores, eles têm inúmeros trabalhos publicados, têm uma vida acadêmica bastante ativa e são pesquisadores produtivos, que publicam em revistas conceituadas internacionais indexadas e quanto ao currículo do pessoal que estava falando contra, é uma pobreza geral, na maioria dos casos. Com raras e honrosas exceções, a maioria daquelas pessoas não tem nenhuma, digamos, tradição acadêmica, nem história de pesquisa na área. Isso é o que contrasta.”(*Transcrição da entrevista com Antonio Carlos Campos de Carvalho*).

⁴⁴ “Agora o que foi pena é que eles chamaram pessoas – enfim, as pessoas que eram contra, como não existe um argumento científico contra as células tronco embrionárias, você pode usar argumentos religiosos, esses tem que ser respeitados, agora não existe um argumento científico, você não pode dizer que a célula tronco adulta é melhor que a embrionária, que estava no texto da ação de inconstitucionalidade. Então o pessoal que era do contra, usando os argumentos científicos, eram muito fracos. Muito fracos. Mas enfim, as partes, eles não acharam ninguém muito para falar do ponto de vista científico, para ter argumentos contra.

Uma pesquisadora integrante do bloco contrário disse que seria possível reunir um pessoal mais preparado para sustentar do ponto de vista científico a proibição das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

Eu sinto muito se isso for verdade, porque eu acho que eles deveriam ter, cada um tem direito a sua representação. Agora eu não conheço, a turma que estava lá que era do contra é o único pessoal do contra que eu conheço, nesses anos todos de debate, a gente vem debatendo isso no mínimo desde 2002. E são sempre aquelas mesmas pessoas, eu não conheço nenhum outro membro da comunidade científica que tenha se levantado para falar contra essas pesquisas. Mas se existe, eu sinto muito que não pôde ter a sua participação naquele evento” (*Transcrição da entrevista com Lygia V. Pereira*).

2.3. Divisão dos Expositores em Blocos Antagônicos

Conforme apontado no tópico anterior, os especialistas participantes da audiência pública foram divididos em dois blocos “bem definidos” que representavam posições diametralmente opostas: um favorável à realização das pesquisas com células-tronco embrionárias na forma prevista em lei; outro contrário.

Entendo ser possível, embora esta idéia seja intuitiva, questionar a sua conveniência e adequação aos objetivos previstos em lei para a audiência pública: esclarecer matéria ou circunstância de fato, por meio do depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

A prestação de informações técnicas sobre os diversos pontos controversos envolvidos em uma questão levada ao Supremo Tribunal Federal tende, na minha opinião, a ser prejudicada com a vinculação dos especialistas a blocos que visem à defesa de uma posição única sobre o conflito em discussão.

Como se depreende dos depoimentos de Marcelo Vaccari⁴⁵ e Antonio José Eça⁴⁶, que alegam ter se reunido com os demais participantes do bloco, para, com a

⁴⁵ “Na verdade, Rafael, quando você me pergunta por quem nós fomos chamados, foi pelo Dr. Claudio Fontelles, que foi quem fez isso. E ele foi auxiliado pelo Dr. Ives Gandra. Então a estratégia do que falar e como falar foram solicitadas pelo Dr. Ives Gandra e Dr. Fontelles. Da parte técnica, cada um vai falar, né, foi algo que foi feito entre os cientistas, e quem coordenou isso aí foi a Dra. Alice Teixeira e outros pesquisadores, que são, veja bem, eu sou médico, em relação à pesquisa, eu realizo a parte mais prática, eu não realizo tanto a parte laboratorial, eu não fico ali no laboratório, mexendo com a célula.[...] Com todos nós, porque algumas pessoas são de outros Estados, vieram pessoas do país todo. Mas houve alguma coordenação científica e jurídica da coisa. Então, o Dr. Ives ouvia mais ou menos o que cada um ia falar, e pedia dentro de uma, o Dr. Ives tem uma postura muito elegante, uma lisura muito grande, então qualquer coisa que pudesse parecer um pouco mais ofensiva, ele fazia uma, pedia que a gente fizesse uma adequação a não parecer algo, como eu diria, apesar de serem 2 grupos que estariam colocando posições completamente diferentes, contrárias, o Dr. Ives revestir o nosso grupo da maior polidez possível na colocação das coisas, e alguns termos da parte jurídica ele deixou mais para algumas pessoas que iam falar, e procurou fazer com que a gente entrasse mais na parte técnica. No nosso grupo obviamente tinha muitas informações a serem passadas, então a nossa orientadora, Dra. Alice Teixeira, Dra. Lilian Pinheiro Eça, procuraram dividir as pessoas daquele grupo de maneira que não acontecesse justamente isso que você

supervisão de alguns especialistas e de Ives Gandra da Silva Martins, estruturar as suas apresentações, há a possibilidade, ou, até mesmo a tendência, de que a atuação dos blocos de expositores seja coordenada estrategicamente, com o objetivo de melhor defender a posição por eles representada.

Parece-me possível, diante dessa organização, que se evite, por meio da divisão dos temas das apresentações, por exemplo, a exposição de posicionamentos técnicos inconvenientes à defesa da posição representada pelo bloco. É perfeitamente possível que existam posicionamentos dessa natureza, já que os especialistas podem ter uma posição comum a respeito da decisão final do caso, divergindo, no entanto, com relação aos fundamentos dessa resposta.

O agrupamento dos especialistas em blocos de opiniões contrárias tende, na minha opinião, a estimular a exposição de argumentos técnicos que sustentem uma alternativa de decisão em detrimento do esclarecimento das diversas questões técnicas envolvidas em um caso, que dependendo da forma com que venham a ser articuladas na argumentação dos Ministros, podem justificar diferentes decisões.

falou, com que as coisas fossem faladas sem serem muito repetitivas, e que as informações fossem de uma maneira que elas pudessem ser melhor compreendidas. Por exemplo, primeiro se falava onde começa a vida, se falar o que é uma célula tronco, para depois, a minha parte foi uma das últimas, porque era o final, se saber o que é uma célula tronco, como ela é trabalhada e como que ela é aplicada”(Transcrição da entrevista com Marcelo Vaccari).

⁴⁶ "O senhor foi chamado pelas partes, pelo procurador geral da república ou por algum curiae?

Eu fui chamado pelo grupo que foi montado por opção do Procurador Geral da República. Antes da audiência pública houve alguma reunião deste grupo para estabelecer tarefas?

Ah, claro. Houve várias reuniões com a Dra. Alice e a Dra. Lilian a respeito da "lição de casa" de cada um, da missão de cada um lá.

A questão da missão que o sr. Coloca seria sobre o que cada parte, cada um deveria falar?

É, cada um tinha... Não podia haver uma bagunça, eu falar a sua área, você falar da minha. Então ò, "você vai falar de tal coisa, o outro vai falar tal coisa, você vai falar de tal coisa." Preparamos e levamos para a reunião e demos essa aula previamente, "ò muda isso, põe mais aquilo, ajeita isso, parãrã" Foi preparado, não foi a olho, foi preparado, foi discutido, foi dividido de acordo com a área de atuação de cada um.[...]. Não teve discussão. Pelo menos no nosso grupo não teve discussão, não. Ficou cada um decidindo, até porque quem entende muito isso era a Dra. Alice e a Dra. Miriam. Então falavam: "Você vai fazer tal coisa, você vai fazer tal coisa." Porque elas já chamaram pessoas razoavelmente indicadas para falar aquilo" (Transcrição da entrevista com Antonio José Eça)

O critério binário – a favor ou contra a medida – utilizado para organização dos blocos parece-me contrariar, em alguma medida, a multiplicidade de fundamentações e respostas possíveis às questões levadas ao Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu no julgamento deste caso e é recorrente na atuação do órgão.

2.4. Dinâmica das Exposições

Conforme exposto anteriormente, o relator determinou a realização do audiência pública em um único dia, 24 de abril de 2007, com duração prevista de sete horas, das 9h às 12h e das 15h às 19h no Auditório da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.⁴⁷

Na mesma decisão, estabeleceu que, em virtude da inexistência de regulamentação pertinente à realização de audiências públicas no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, aplicaria ao caso as normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que disciplinam a realização de audiências públicas naquele órgão (arts. 255 a 258).

Não foi o que ocorreu na definição do tempo das exposições, que deveria ser de 20 minutos por convidado, prorrogáveis a juízo da Comissão, caso se aplicasse o art. 256 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.⁴⁸

⁴⁷ Decisão monocrática do Min. Carlos Britto, de 16.03.2007, publicada no D.J. em 23.03.2007.

⁴⁸ “Art. 256, § 2º O convidado deverá limitar-se ao tema ou questão em debate e disporá, para tanto, de vinte minutos, prorrogáveis a juízo da Comissão, não podendo ser aparteado.”

Os dois períodos de realização da audiência foram divididos igualmente entre os blocos expositores, que poderiam ajustar livremente entre os seus integrantes o tempo lhes coubesse – uma hora e trinta minutos no período matutino e duas horas no período vespertino.⁴⁹

A ordem de apresentação foi definida por um sorteio, que determinou que o grupo favorável à realização das pesquisas iniciasse as atividades no período diurno, observada a orientação de que cada grupo deveria iniciar um período das atividades.

A alternância entre os grupos opositores não teve, contudo, o intuito de favorecer o debate ou a contraposição de idéias.

As determinações mais incisivas do relator, que presidiu a audiência e, diante das lacunas normativas dos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e da Câmara dos Deputados, estabeleceu as regras que pautaram as atividades, visavam justamente ao contrário: evitar a contraposição de idéias entre os especialistas.

Isto ficou bastante claro logo na abertura da audiência pública, quando o relator afirmou que, diante do objetivo de colher dados que possibilitassem a maior consistência das decisões, todos haveriam de compreender que não se estabeleceria um debate, nem um contraditório.⁵⁰

Ao término do primeiro bloco de apresentações, composto pelos expositores favoráveis à realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, o Ministro Carlos Ayres Britto reitorou essa orientação:

⁴⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 3 e 4.

⁵⁰ *Transcrição da Audiência Pública*, p.3.

“A primeira parte expositiva transcorreu em clima de respeito, de reverência. Não houve contraposição de quem quer que fosse. O certo é isso. Aqui não haverá contraditório, debate, confronto.”⁵¹

A mesma preocupação pôde ser notada em dois outros momentos, quando o relator interveio nas apresentações de Antonio José Eça⁵² e Herberth Praxedes⁵³, para solicitar que evitassem o confronto com as posições dos especialistas favoráveis à pesquisa.

Ainda que, nesses casos, o relator tenha entendido que as críticas foram subjetivas, por questionar a responsabilidade social daqueles que defendiam investimentos em experimentos ética tecnicamente discutíveis, na crítica de Antonio José Eça⁵⁴, e que prometiam curas miraculosas, na crítica de Herberth Praxedes⁵⁵, as intervenções do relator não deixam de constituir uma tentativa de evitar o confronto entre os expositores, que seria típico em um debate.

A orientação seguida pelo relator não impediu, no entanto, que opiniões apresentadas por um expositor fossem contraditadas por outro participante da audiência pública. Ricardo Ribeiro dos Santos, que integrou o bloco o favorável à realização das pesquisas, afirmou, no período diurno de apresentações:

⁵¹ *Transcrição da Audiência Pública*, p.55.

⁵² *Transcrição da Audiência Pública*, p.106.

⁵³ *Transcrição da Audiência Pública*, p.106.

⁵⁴ “Vamos gastar dinheiro com aventuras ética e tecnicamente discutíveis? [...] Porque não se pensa, num país como o nosso, em melhorar as condições de vida do povo, dando-lhe saneamento básico, atendimento médico, exatamente o que falta a essas mulheres, isso se estiverem preocupados com a mulher brasileira. [...]. Isso sim é saúde pública, que deveria preocupar quem está querendo fazer alguma coisa de bem para a mulher brasileira.” (*Transcrição da Audiência Pública*, p.106).

⁵⁵ “A ciência é um método sistemático para se desenvolver e testar hipóteses sobre o mundo físico. Não promete curas miraculosas com provas inconsistentes – os Senhores viram hoje, desde de manhã até agora, que é exatamente isso que os expositores que me antecederam fizeram. Quando cientistas fazem tais asserções – de curas milagrosas -, eles estão agindo individualmente, por suas convicções e esperanças individuais, e não como a voz da ciência. Se tais cientistas permitem que sua crença pessoal, no futuro da pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, seja interpretada como uma predição plausível do resultado dessas pesquisas, eles estarão agindo irresponsavelmente.” (*Transcrição da Audiência Pública*, pp. 105 e 106).

“Existem várias coisas que são colocadas, por exemplo, que célula-tronco embrionária tem potencial de produzir tumor. Isso é uma falácia. Ela produz tumor em um animal que possui uma deficiência genética muito significativa e, em altas doses de célula, dará um tipo de tumor que vamos mostrar. Mas, em condições normais, ele não produz tumor.”⁵⁶

No período da tarde, Antonio José Eça, que integrou o bloco contrário à realização das pesquisas, fez a seguinte colocação:

“Alguém disse que a formação de tumores é falácia, não é. Está por aí para publicação, talvez falte ler, há formação de tumores com célula embrionária.”⁵⁷

2.5. Regulação do Conteúdo das Exposições

Os blocos tiveram, a exemplo do que se deu com a determinação do tempo das exposições, grande autonomia para a definir o conteúdo de cada apresentação.

Não consta do material analisado⁵⁸ nenhuma limitação prévia a essa autonomia, como, por exemplo, a definição de perguntas ou tópicos de abordagem necessária.

Pelo contrário. Ao abrir o último turno do período vespertino de apresentações, o relator afirmou, com clareza, que não havia “predeterminação de tema”.⁵⁹

⁵⁶ *Transcrição da Audiência Pública*, p.51.

⁵⁷ *Transcrição da Audiência Pública*, p.104.

⁵⁸ É possível, no entanto, que outros materiais, como os convites emitidos aos especialistas, aos quais não tive acesso, ou eventuais comunicados às partes ou aos especialistas, dos quais não tenho conhecimento, veiculasse alguma restrição ao teor das apresentações.

Ao menos que se argumente que a exigência de “experiência e autoridade na matéria” aos especialistas, prescrita no art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868 de 1999⁶⁰, vincule, de alguma forma, o teor de suas apresentações às suas especialidades, o que não foi feito no caso, nem me parece adequado.

Era de se esperar que os expositores trouxessem contribuições técnicas relacionadas às suas áreas de atuação acadêmica e profissional, que eram diversas, o que se observa, por exemplo, no pronunciamento inicial do Ministro Carlos Ayres Britto, que justificou a presença de bioéticos, geneticistas, professores, pesquisadores, antropólogos e médicos no evento em face da exigência de “um conhecimento científico multidisciplinar” que o tratamento da questão suscitava.⁶¹

Todavia, essa abordagem multidisciplinar não foi plena.

Próximo ao final do período diurno do evento, após a exposição de Cláudia Maria de Castro Batista⁶², o Ministro Carlos Ayres Britto, elogiou a adstrição dos expositores ao tema de suas apresentações, fazendo a seguinte observação:

“Quero louvar, nos expositores, esse apego fiel e irrestrito ao tema da exposição, sem descambar, por exemplo, para a área jurídica. Este não é o momento de falar juridicamente, de fazer sustentação oral do

⁵⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, p.162.

⁶⁰ “Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

⁶¹ *Transcrição da Audiência Pública*, p.2.

⁶² Convém destacar que a apresentação de Cláudia Maria de Castro Batista foi encerrada com um posicionamento que poderia, no meu entendimento, ser classificado como jurídico: “O direito à vida e à integridade física, desde o primeiro momento da existência, é o princípio de igualdade que deve ser respeitado. (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 71).

ponto de vista jurídico. Teremos uma audiência para isto, com sustentações orais de parte a parte.”⁶³

A restrição às considerações de cunho jurídico, já apresentada nesta monografia, foi reafirmada por uma intervenção do relator no início da exposição de Antonio José Eça, que se apresentou da seguinte forma:

“Estou aqui como docente de Medicina Legal, para discutir até mesmo os problemas legais que dizem respeito à área médica relativa a esse problema. Claro que terei de misturar Medicina e legalidade, puxando para o lado da Medicina.”⁶⁴

Reiterando que a audiência pública não seria apropriada para sustentações jurídicas, o Ministro Carlos Ayres Britto pediu ao expositor que restringisse sua apresentação aos aspectos médicos.⁶⁵

Antonio José Eça não se opôs ao pedido, mas sustentou que parte de suas considerações deveriam tocar a questão da definição legal da morte encefálica, afeta ao Direito e à Medicina Legal.⁶⁶

Embora entenda a preocupação dos Ministros em distinguir a audiência pública da audiência de julgamento da ação, na qual haveria as sustentações orais de teor jurídico – segundo o relator a restrição a assuntos jurídicos teve a concordância do

⁶³ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 71.

⁶⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 99.

⁶⁵ “Vossa Excelência, porém, poderá falar sobre o aspecto médico, que é de seu conhecimento, e não fazer uma análise de dispositivos jurídicos.” (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 99).

⁶⁶ “A minha especialidade é a Medicina Legal e também, talvez, os eventuais problemas éticos que existam, mas passa primordialmente – junto com o Professor Genival França, um dos maiores médicos legistas do país – pela discussão sobre vida e morte. Essa discussão passará pela consideração de que anteriormente, os meios disponíveis pela Medicina Legal para precisar a morte, principalmente quando surgiu o interesse pelos transplantes de órgãos eram muito precários.” (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 99 e 100).

Ministro Joaquim Barbosa⁶⁷ - considero tal posicionamento questionável diante da premissa que norteou a realização da audiência: a construção de um conhecimento multidisciplinar sobre a questão envolvida.

Não me parece condizente com essa busca e com a admissão de que a decisão do Supremo Tribunal Federal deveria trazer fundamentos que se apoiassem em noções de outras áreas do conhecimento, afastar raciocínios construídos por profissionais de formação e atuação não jurídica que também se inspirassem em noções de uma área de conhecimento alheia à sua, nesse caso o Direito.

2.6. Questionamentos feitos pelos Ministros

Após as apresentações, o relator, a propósito de agradecer a presença dos expositores, elegeu a “discussão tão vívida, tão copiosa”, sintetizando alguns dos argumentos apresentados, que informariam a decisão do Supremo Tribunal Federal, à qual o seu voto, na qualidade de relator, serviria de proposta.⁶⁸

Passou, então, à fase de perguntas, que, como havia anunciado anteriormente, seria realizada após as apresentações, para que todos estivessem “igualmente informados de tudo o que se passou”⁶⁹. Disse que “pretendia fazer umas dez perguntas, porém os dois blocos que se sucederam da tribuna eliminaram praticamente todas”⁷⁰, tendo feito três questionamentos:

⁶⁷ “Eu já havia combinado com o Ministro Joaquim Barbosa, que prossegue a nos prestigiar nesta sessão, que os temas, os enfoques, as análises de ordem propriamente jurídicas ficarão para a audiência de julgamento do mérito da ADI.” (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 99).

⁶⁸ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 212-216.

⁶⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 161.

⁷⁰ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 216.

“A primeira pergunta – pode parecer aos Senhores sem importância, do ponto de vista científico, mas para nós, do ponto de vista jurídico, é importante em atenção ao Código Civil: Que é nascituro para as ciências médicas e biológicas? É possível dar essa resposta? Essas duas ciências trabalham com o termo nascituro? Há um conceito médico e biológico de nascituro?

Segunda: Qual a importância médica e biológica do marco dos três anos de congelamento? Porque a lei se refere, exatamente, a esse período para o congelamento de embriões fertilizados *in vitro*?

Terceira, já houve um comentário lúcido, procedente, sobre o que vou perguntar, mas eu queria uma retomada dessa resposta ou dessa investigação. O que é mesmo embrião inviável?”⁷¹

Houve, também, uma pergunta feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski - que não estave presente ao evento, mas acompanhou as apresentações a distância – e um questionamento enviado pelo gabinete do Ministro Eros Grau, transcritos na respectiva seqüência:

“Tendo em vista que a legislação brasileira permite a fertilização *in vitro*, qual a melhor destinação para os embriões extranumerários, atualmente congelados nas clínicas de fertilização?”⁷²

“O grupo expôs a respeito das células germinativas⁷³. Porque tais células não são amplamente utilizadas? Elas podem gerar resultados

⁷¹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 216.

⁷² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 216.

⁷³ A transcrição não reproduz o fato de que este questionamento foi, na redação proposta pelo gabinete do Ministro Eros Grau, dirigido ao “Grupo número 1”. Ao ler o questionamento, no entanto, o Ministro Ayres Britto disse: “Agora fica difícil saber qual é o bloco de número 1, então fica para os dois”(Gravação pela TV Justiça da sessão em que foi audiência pública, bloco 16).

A referência ao “grupo número 1” parece, até pelo próprio conteúdo, se dirigir ao bloco contrário à realização das pesquisas previstas pelo dispositivo questionado, caracterizado na abertura da audiência, para efeito do sorteio da ordem de apresentação como bloco

ou resultar em doenças degenerativas? O alcance dessas células demanda um procedimento de alto custo?”⁷⁴

Inicialmente, esses dois questionamentos seriam direcionados a apenas um dos grupos, caracterizado como grupo de número 1.⁷⁵ Foram propostos, no entanto, aos dois grupos, o que agradou Cláudia Maria Batista de Castro.⁷⁶

Houve, diante da ausência de regulamentação prévia a respeito do procedimento que seria utilizado, uma certa indecisão com relação ao tempo que seria concedido e a forma com que deveriam ser respondidas essas questões, prevalecendo após a interação com expositores⁷⁷, a orientação de que os blocos de expositores disporiam de dez minutos para responder a todos os questionamentos formulados pelos Ministros.

número 1. Cf. *Transcrição da Audiência Pública*, p. 3: “O bloco de nº 1 (esse nº 1 é para efeito de sorteio) é o que foi indicado pela Procuradoria Geral da República e pela CNBB”.

⁷⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 217

⁷⁵ O direcionamento da pergunta do Ministro Lewandowski não é mencionado quando de sua leitura pelo relator, mas no intervalos entre duas apresentações do primeiro turno do período da tarde: “Informo também aos Senhores que o Ministro Ricardo Lewandowski está acompanhando as exposições, lá de São Paulo, e fez uma pergunta dirigida ao bloco 1, a qual farei oportunamente.” (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 187)

Quanto ao questionamento do Ministro Eros Grau, a transcrição não reproduz o fato de que o seu foco era o “Grupo número 1”. Ao ler o questionamento, no entanto, o Ministro Ayres Britto disse: “Agora fica difícil saber qual é o bloco de número 1, então fica para os dois”(Gravação pela TV Justiça da sessão em que foi audiência pública, bloco 16). A referência ao “grupo número 1” parece se dirigir ao bloco contrário à realização das pesquisas previstas pelo dispositivo questionado, caracterizado na abertura da audiência, para efeito do sorteio da ordem de apresentação como bloco número 1, já que esta é a única vez em toda audiência que se atribuiu um número aos blocos. Cf. *Transcrição da Audiência Pública*, p. 3:

“O bloco de nº 1 (esse nº 1 é para efeito de sorteio) é o que foi indicado pela Procuradoria Geral da República e pela CNBB”.

⁷⁶ “Estava perfeito em questão de tempo, de colocação, apresentava-se alternadamente, as perguntas eram dirigidas a ambos, perguntas de todos os ministros. Foi muito bom.” (*Transcrição da entrevista com Cláudia Maria de Castro Batista*)

⁷⁷ *Gravação pela TV Justiça da sessão em que foi audiência pública*, bloco 16.

O relator advertiu, mais uma vez, que não seriam admitidas “réplicas, tréplica e confrontações”, pedindo a cada grupo que expusesse seu ponto de vista sem fazer retaliações ao outro, “sem descambar para o campo da subjetividade”.⁷⁸

As respostas, elaboradas conjuntamente por cada bloco enquanto as questões procedimentais eram definidas e as perguntas eram lidas, foram expostas sem que se mencionasse a existência de qualquer divergência entre os integrantes desses blocos com relação ao seu conteúdo.⁷⁹

Durante a elaboração da resposta é possível observar que, embora as considerações de cunho jurídico tenham sido proibidas e os profissionais dessa área demovidos de expor os seus juízos naquela oportunidade, o advogado e professor de Direito Constitucional Luis Roberto Barroso⁸⁰, se reuniu com o do bloco favorável à realização das pesquisas.⁸¹

Além de Cláudia Maria de Castro Batista, Antonio Carlos de Campos Carvalho destacou importância da possibilidade de questionamento por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal como um dos aspectos positivos da audiência pública realizada.⁸²

⁷⁸ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 217.

⁷⁹ Com relação ao bloco favorável às pesquisas, as questões 1, 3 e 4 foram respondidas por Débora Diniz, a questão 2 por Patrícia Helena Lukas Pranke e a questão 5 por Stevens Rehen. Já no bloco contrário às pesquisas, a questão 1 coube a Elizabeth Kipman Cerqueira, a 2 e 4 a Lenise Aparecida Martins Garcia, a 3 a Cláudia Maria de Castro Batista e a 5 a Alice Teixeira Ferreira.

⁸⁰ Na sessão de julgamento de mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Luis Roberto Barroso sustentou oralmente a posição jurídica de dois amici curiae que defendiam a constitucionalidade do dispositivo questionado. (Informação obtida na *sessão de Acompanhamento Processual do site do Supremo Tribunal*, datada de 05.03.2008).

⁸¹ *Gravação pela TV Justiça da sessão em que foi audiência pública*, bloco 16.

⁸² “Eu acho que a apresentação lá e a possibilidade inclusive de diálogo com os Ministros, se eles tivessem alguma dúvida, certamente é mais enriquecedora e mais explanativa, porque eles poderiam tirar qualquer dúvida que eles tivessem. [...] Eu acho que o procedimento adotado foi o melhor possível, se chamou especialistas, que defendiam e que eram contra. Os ministros se informaram, tiveram chance de tirar suas dúvidas e eles tiveram dúvidas.” (*Transcrição da entrevista com Antonio Carlos Campos de Carvalho*)

2.7. Presença dos Ministros na Audiência Pública

Um dos pontos mais criticados pelos participantes da audiência pública entrevistados foi o não comparecimento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao evento. Dos 11 integrantes do Tribunal, apenas o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, a Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, Ministra Ellen Gracie – que abriu a sessão – e os Ministros Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa estiveram presentes ao Auditório da Primeira Turma do Tribunal.

Destes, no entanto, apenas o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e o Ministro Joaquim Barbosa assistiram à sessão em sua totalidade⁸³

Além desses quatro Ministros, o Ministro Ricardo Lewandowski, segundo informação dada pelo relator⁸⁴, acompanhou a sessão da cidade de São Paulo, o que era possível em virtude da transmissão ao vivo do evento pela TV Justiça ou pela Rádio Justiça.

É possível, desse modo, que os demais Ministros tenham acompanhado a audiência pública à distância e esclarecido todas as suas dúvidas técnicas a respeito da questão, já que não formularam perguntas aos expositores, a exemplo do que fez o Ministro Lewandowski.

Não é, porém, o que sugere, no meu entendimento, o empenho do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito em se reunir, durante o período em que pediu vista dos autos, com alguns dos especialistas que participaram da audiência, para colher

⁸³ Foram relatadas saídas da Ministra Ellen Gracie após a quinta exposição e no intervalo entre duas exposições da segunda metade do período diurno (*Transcrição da Audiência Pública*, pp. 35 e 75) e a saída do Ministro Gilmar Mendes no intervalo entre os dois turnos do mesmo período (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 55).

⁸⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 137.

esclarecimentos técnicos, como relatam Cláudia Maria de Castro Batista⁸⁵, Lygia Pereira⁸⁶ e Stevens Rehen⁸⁷.

⁸⁵ Cláudia Maria de Castro Batista diz, inclusive, ter organizado uma visita do Ministro Menezes Direito à UFRJ: "O Carlos Alberto Direito pediu para que eu organizasse a visita dele à UFRJ. Eu falei: "Tudo bem, eu espero o senhor." Ele conheceu vários laboratórios, várias pessoas. Bom, ele é impressionantemente inteligente. [...] Esse senhor, você não tem idéia de como ele trabalhou, passou dias e dias inteiros em clínicas de fertilização, dias inteiros querendo ver com os próprios olhos os protocolos de morte encefálica, protocolos de todo o procedimento de fertilização *in vitro*, protocolos de todas as pesquisas e projetos de pesquisas com células tronco-adultas na universidade. Ele, enfim, foi fora de série." (*Transcrição da entrevista com Cláudia Maria de Castro Batista*)

⁸⁶ "Ele chamou uma reunião, eu fui ao gabinete dele, e conversamos, ele tinha uma série de perguntas técnicas, depois eles me pediram referências por email, mandei uma quantidade enorme de material para eles. E foi isso. Isso aconteceu durante o pedido de vista, ou seja, após a realização da audiência pública ele ainda tinha a necessidade de ouvir os membros da comunidade científica? Ah, sem dúvida." (*Transcrição da entrevista com Lygia V. Pereira*)

⁸⁷ Houve um problema na gravação da entrevista realizada por telefone com Stevens Rehen, o que impossibilitou a sua transcrição. Não é possível precisar, desse modo, os termos com que Rehen relatou a visita do Ministro Menezes Direito ao seu laboratório na UFRJ. Em seu voto, o Ministro Menezes Direito menciona a visita aos laboratórios da UFRJ.

3. O APROVEITAMENTO DA AUDIÊNCIA PÚBLICA NOS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

3.1. Considerações dos Ministros sobre a Audiência Pública

A determinação da realização da audiência pública, como afirmado no capítulo anterior, é facultada, nos termos do art. 9º, § 1º da Lei nº 9.868 de 1999, exclusivamente ao relator do caso levado ao Supremo Tribunal Federal, não havendo, portanto, a necessidade de deliberação ou consulta aos demais Ministros.

É importante, nesse sentido, examinar as considerações externadas pelos Ministros acerca da importância e da conveniência da realização do evento, uma vez que, até o presente ponto do trabalho, foi apresentada somente a fundamentação dada pelo Ministro Carlos Ayres Britto para a convocação da audiência pública.

Ao abrir a sessão na qual foi realizada a audiência pública, a Ministra Ellen Gracie, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, elogiou a convocação do evento, afirmando crer, que também a população brasileira reconhecia a disponibilidade e o impulso dado pelo Ministro Ayres Britto de fazer com que o Tribunal se abrisse, efetivamente, à comunidade científica, que traria “o aporte do seu conhecimento acumulado ao longo do tempo, sobre uma matéria tão difícil.”⁸⁸

⁸⁸ “Não posso encerrar esse pronunciamento sem louvar a iniciativa de meu colega, Ministro Carlos Ayres Britto, que adota, pela primeira vez, esta faculdade que a lei nos concede de fazer ouvir experts na matéria. Sua Excelência recebe de toda a Corte os elogios, e creio que recebe da população brasileira, também, o reconhecimento por esta possibilidade e este impulso de fazer com que o Tribunal se abra, efetivamente, para a

A opinião da Ministra sobre importância da audiência pública para o ato de julgar, pode ser sintetizada pelo seguinte trecho de seu pronunciamento:

“O ato de julgar é antes de mais nada um grande exercício de humildade intelectual. Por isso, o Supremo Tribunal Federal se reúne para ouvir a opinião dos especialistas, acrescentar e aprofundar conhecimentos, para que possa, ciente das limitações que são próprias do ser humano, tentar encontrar a solução neste, como nos outros casos.”⁸⁹

Concepção diversa parece ser a do Ministro Gilmar Ferreira Mendes⁹⁰, para quem a realização da audiência pública é justificada como uma das formas de conferir ao Supremo Tribunal Federal o caráter democrático necessário à realização de “tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos”.⁹¹

A realização da audiência pública, aliada à participação dos sujeitos processuais – autor, requeridos e interessados –, faz do Supremo Tribunal Federal, na opinião do Ministro Gilmar Mendes, “uma Casa do Povo”, como remete afinal o seguinte trecho de seu voto:

“O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente

comunidade científica.”(*Pronunciamento da Min. Ellen Gracie na Abertura da Audiência Pública*).

⁸⁹ *Pronunciamento da Min. Ellen Gracie na Abertura da Audiência Pública*.

⁹⁰ Entendo que a Ministra Ellen Gracie sustenta que a realização da audiência pública traria um ganho de legitimidade técnica à decisão do Supremo Tribunal Federal, ao passo em que o Ministro Gilmar Mendes sustenta um acréscimo da legitimidade democrática com o recurso ao evento.

⁹¹ *Voto do Min. Gilmar Mendes*, p. 3.

estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.”⁹²

As concepções do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Ellen Gracie sobre a natureza do acréscimo de legitimidade conferido pela realização da audiência pública à decisão do Supremo Tribunal Federal, embora distintas no meu entendimento, mostram-se muito semelhantes na visão do Ministro Carlos Ayres Britto, como sintetiza a passagem seguinte, proferida no intervalo que antecedeu a realização das perguntas na sessão da audiência pública:

“Conforme realçou a Ministra Ellen Gracie, o Supremo experimenta, no dia de hoje, pela primeira vez, um mecanismo de democracia participativa ou democracia direta, que é essa possibilidade de um segmento, muito bem organizado, científico, da população contribuir para a formatação de um julgado que lhe diz imediato respeito e repercute na vida de toda a população. Metaforicamente, democracia é isso mesmo, é prestigiar as bases, deslocando quem está na platéia, habitualmente, para o palco das decisões coletivas.”⁹³

Divergente, no entanto, parece ser o entendimento do Ministro Eros Grau, que, ao elogiar o pedido de vista do Ministro Menezes Direito, afirmou que “o espaço de tempo que passou desde o voto do Min. Carlos Britto permitiu-nos ponderar

⁹² Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 4.

⁹³ *Transcrição da Audiência Pública*, p.215.

prudentemente argumentos, bem assim o acesso a textos e esclarecimentos **isentos de emoção.**⁹⁴(grifei)

Argumentando que “forças sociais manifestaram-se intensamente --- de modo mesmo impertinente, algumas delas --- em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade”⁹⁵ e que “alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos”⁹⁶ e “portam-se [...] com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fossemos parvos”⁹⁷, o Ministro Eros Grau parece diminuir a importância dos argumentos trazidos pela comunidade científica, e nesse sentido, pelos especialistas que participaram da audiência pública.

Este posicionamento é fortalecido pela ausência em seu voto de qualquer referência aos argumentos sustentados na audiência pública e pela ênfase com que se opõe ao que chama de fanatismo de alguns cientistas aos interesses econômicos que, no seu juízo, fundamentam os discursos que se dizem ser científicos em torno da questão levada a julgamento⁹⁸ e o leva a afirmar que:

“Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada, especialmente as criptoeconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de

⁹⁴ *Voto do Min. Eros Grau, p. 1.*

⁹⁵ *Voto do Min. Eros Grau, p. 2.*

⁹⁶ *Voto do Min. Eros Grau, p. 2.*

⁹⁷ *Voto do Min. Eros Grau, p. 2.*

⁹⁸ “É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso. Nem seria preciso, no exercício da prudência que nos cabe, levantarmos o véu que algo oculta sob o discurso que se diz ser científico. Quais interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o biopoder? Há um tom crítico nessas expansões [e faço uso aqui do vocábulo com toda a sua carga de ambigüidade] que cumpre afastarmos. A amplitude do mercado no âmbito do qual tais interesses predominam referiu-se há pouco o Ministro Ricardo Lewandowski. Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele --- não obstante, é verdade, as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento --- é o mercado.” (*Voto do Min. Eros Grau, pp. 2 e 3*)

inconstitucionalidade, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana [arts. 1º, I II , e 5º, caput, da Constituição do Brasil].”⁹⁹

3.2. A Referência Expressa aos Depoimentos dos Participantes da Audiência Pública nos Votos

O Ministro Eros Grau não foi o único a não recorrer de forma expressa às exposições da audiência pública para fundamentar seu voto. Também os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes não relacionaram nenhum dos argumentos que utilizaram em seus votos com o conteúdo dos depoimentos prestados no evento.¹⁰⁰

Disso não decorre, necessariamente, que as opiniões sustentadas na audiência pública tenham sido irrelevantes na fundamentação dos votos desses três Ministros, pois, ainda assim, é possível o conhecimento dos argumentados ali desenvolvidos tenha influenciado o juízo de cada um deles acerca da questão em julgamento.

Por esta razão, a análise do aproveitamento dos argumentos sustentados na audiência pública na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não pode se limitar às situações em que houve referência expressa ao evento, muito menos à sua enumeração.

Diante dessa circunstância, analisarei os argumentos dos Ministros que se relacionam com conteúdo dos depoimentos prestados na audiência pública, independentemente de referência expressa a essas exposições, a fim de apontar a

⁹⁹ *Voto do Min. Eros Grau*, p. 4.

¹⁰⁰ Em virtude da não publicação do acórdão, não há como avaliar se os Ministros Joaquim Barbosa, Menezes Direito e Celso de Mello fizeram menções explícitas aos posicionamentos sustentados na audiência pública em seus votos, que não foram divulgados.

existência, nesses depoimentos, de um eventual suporte às considerações tecidas nos votos.

Esta análise será dividida em blocos temáticos, cada qual compreendendo todos os posicionamentos externados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal com relação à temática em questão, bem como as diferentes correntes de opinião sustentadas na audiência pública.

3.3. A Definição de Embriões Inviáveis

A questão relativa aos embriões inviáveis foi objeto de dúvida do Ministro Carlos Ayres Britto, o que ensejou, ao final das apresentações, a propositura da seguinte questão aos dois blocos:

“Já houve um cometário lúcido, procedente, sobre o que vou perguntar, mas eu queria uma retomada dessa resposta ou dessa investigação. O que é mesmo embrião inviável?”

O bloco favorável à realização das pesquisas defendeu a definição trazida no art. 3º, XIII do Decreto nº 5.591, de 2005, que regulamenta a Lei nº 11.105/05¹⁰¹, cujo artigo 5º era objeto da ação direta de inconstitucionalidade:

¹⁰¹ “Art. 1o Este Decreto regulamenta dispositivos da Lei no 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, bem como normas para o uso mediante autorização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia.”

“Art. 3º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: XIII - embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião;”

O bloco contrário às pesquisas apresentou resposta distinta, formulada por Cláudia Maria de Castro Batista:

“Ao que entendo, os critérios utilizados até hoje nas clínicas de fertilização para se considerar um embrião inviável são critérios morfológicos funcionais sensorialmente observáveis. Diria que são critérios grosseiros. Para se ter certeza de que um embrião é viável ou não, somente dando a oportunidade de implantá-lo. Tanto que, ao se implantarem vários embriões, nem todos são viáveis e se desenvolvem até o fim da gestação.”¹⁰²

Os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski¹⁰³ e Eros Grau¹⁰⁴, que proibiram a realização de pesquisa com a destruição dos embriões congelados, à

¹⁰² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 215.

¹⁰³ “Em face de todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra: [...] ii) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiveram o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos”(Voto do Min. Ricardo Lewandowski, pp. 55 e 56)

¹⁰⁴“Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:[...]

iii) a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados

exceção dos inviáveis, adotaram uma definição híbrida, que não inclui os embriões “com alterações morfológicas que comprometam o seu pleno desenvolvimento”, restringindo-se aos “que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*”.

Além da restrição referida, o Ministro Menezes Direito decidiu que a comprovação, da ausência espontânea de clivagem deveria se dar “por normas técnicas estabelecidas por órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento”, e não por normas específicas do Ministério da Saúde, como estabelecido no Decreto nº 5.591.¹⁰⁵

Cabe ressaltar que este Decreto não foi citado no voto do Ministro Eros Grau, nem no voto proferido oralmente pelo Ministro Menezes Direito, que, não obstante, teceu longas considerações sobre os critérios técnicos de classificação dos embriões produzidos nas técnicas de fertilização assistida, sem fazer qualquer menção, nesse campo, aos argumentos sustentados na audiência pública.

Também o Ministro Eros Grau não mencionou nenhuma das posições apresentadas a respeito dessa questão na audiência pública, tendo o Ministro

inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.” (*Voto do Min. Eros Grau*, pp. 12 e 13).

¹⁰⁵ “Julgo procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para nos termos que se seguem:[...]

3º. No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmo, assim os que comprovadamente, por normas técnicas estabelecidas por órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período no mínimo superior a 24 horas, não havendo com relação a estes restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco.” (*Transcrição do dispositivo do voto do Ministro Menezes Direito, nos termos em que foi proferido na sessão de julgamento de 28.05.2008, gravada pela TV Justiça*)

Lewandowski, no entanto, apreciado a regulamentação estabelecida no art. 3º, XIII do Decreto nº 5.591.¹⁰⁶

Ainda no que concerne à questão dos embriões inviáveis, entendo necessário apontar uma passagem do voto da Ministra Carmen Lúcia que pode sugerir uma identificação entre o congelamento dos embriões por mais de três anos e a inviabilidade de sua sobrevivência, no caso de uma eventual implantação no útero materno.

Embora tenha, por diversos momentos, tratado as hipóteses de inviabilidade e de congelamento por mais de três anos como distintas¹⁰⁷, a Ministra Carmen Lúcia, ao discorrer sobre a inexistência de lesão ao direito à vida pelo dispositivo questionado afirma que:

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

¹⁰⁶ “Entre nós, a disciplina desse importantíssimo aspecto da Lei de Biosegurança foi relegado a um mero decreto, complementado por instruções normativas das autoridades sanitárias, regras, por definição, mutáveis *ad libitum* de seus editores, sem qualquer intervenção dos representantes da cidadania congregados no Parlamento. Mesmo assim, cumpre registrar que o Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005, em seu art. 3º, XIII, o qual regulamenta dispositivos da Lei 11.105/2005, prudentemente, define os “embriões inviáveis” como “aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiverem seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior de vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.” (Voto do Min. Ricardo Lewandowski, pp. 46 e 47).

¹⁰⁷ É o que se depreende da referência às duas hipóteses intercaladas pela conjunção alternativa “ou”, em diversos momentos do voto. (Voto da Min. Carmen Lúcia, pp. 5, 7, 18, 18 e 41)

previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.”¹⁰⁸(grifei)

A possível sugestão, pela interpretação deste trecho, de que os embriões não se dão a viver por ter sido congelados além do tempo previsto na norma legal, não tem amparo em nenhuma das considerações apontadas na audiência pública sobre a fixação do prazo mínimo de três anos de congelamento para a doação dos embriões para fins de pesquisa.

A fixação desse prazo foi objeto de pergunta do Ministro Carlos Ayres Britto¹⁰⁹ e as respostas dos dois grupos afastaram explicitamente qualquer possibilidade de associação entre o marco dos três anos de congelamento previsto na lei e a viabilidade dos embriões.¹¹⁰

A viabilidade de embriões congelados por mais de três anos foi sustentada também durante as exposições de Alice Teixeira Ferreira¹¹¹ e Rodolfo Acatauassú Nunes¹¹², integrantes do bloco contrário às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

A possibilidade de implantação com sucesso após esse período de congelamento não afasta, no entanto, o argumento de que o tempo de congelamento é nocivo ao

¹⁰⁸ *Voto da Min. Carmen Lúcia*, p. 18.

¹⁰⁹ “Qual a importância médica ou biológica do marco dos três anos de congelamento? Porque a lei se refere, exatamente, a esse período para o congelamento de embriões fertilizados *in vitro*.”(*Transcrição da Audiência Pública*, p. 216)

¹¹⁰ O grupo favorável à realização das pesquisas com células-tronco embrionárias, representado por Patrícia Pranke, afirmou que: “Essa questão dos três anos teve uma grande confusão à época, porque algumas pessoas entenderam que os três, na Lei, estariam dizendo que, após esses três anos, esses embriões seriam inviáveis. De forma alguma esses três anos têm associação com a viabilidade ou não do embrião.”(*Transcrição da Audiência Pública*, p. 218).

No mesmo sentido, posicionou-se o grupo contrário às pesquisas permitidas pelo dispositivo questionado, representado por Lenise Aparecida Martins Garcia: “Realmente, já foi colocado aqui, não existe prazo biológico. Isso está mais do que provado com as crianças nascidas até depois de três anos de congelamento” (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 223).

¹¹¹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 77.

¹¹² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 133.

embrião, aumentando a probabilidade de má-formação e diminuindo a chance de sucesso, como sustentaram Alice Teixeira Ferreira¹¹³, Patrícia Helena Pranke¹¹⁴ e Ricardo Ribeiro dos Santos¹¹⁵, os dois últimos integrantes do bloco favorável à realização das pesquisas.

Esses elementos foram articulados, inclusive com menção aos depoimentos prestados na audiência pública¹¹⁶, nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski¹¹⁷ e Cezar Peluso.¹¹⁸

Em contexto distinto, ao discorrer sobre a diferença entre os embriões implantados no útero e os mantidos congelados, o Ministro Carlos Ayres Britto mencionou os efeitos negativos do congelamento por período superior a três anos,

¹¹³ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 77.

¹¹⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 17.

¹¹⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 52.

¹¹⁶ No voto do Min. Peluso, as menções, em notas de rodapé, são aos depoimentos de Alice Teixeira Ferreira, Rodolfo Acataussú Nunes e Patrícia Pranke. O Ministro Lewandowski cita, no corpo do texto, o posicionamentos externados por Patrícia Pranke e Lenise Aparecida Martins Garcia.

¹¹⁷ d O Ministro Lewandowski não menciona os efeitos nocivos do tempo de congelamento, sustentando apenas que o congelamento por período superior a três anos não impossibilita o nascimento de indivíduos saudáveis: "Cuida-se, *data venia*, de uma decisão arbitrária que, como tal, repugna ao Direito. Com efeito, a explicação que se colhe da resposta a essa questão, apresentada no debate público levado a efeito nesta Suprema Corte, a saber, a de que tal prazo nada teria a ver com a viabilidade dos embriões, mas constitui, apenas, um lapso temporal para que o "casal tenha certeza se, porventura, quiser doar aqueles embriões para pesquisa". Tal motivação, ao que consta, acolhida pelos legisladores, apequena-se e deslegitima-se ante a informação de cientistas segundo a qual embriões com muito mais tempo de congelamento, até mesmo após treze anos de criopreservação teriam logrado sobreviver hígidos e se transformado em crianças saudáveis, depois de sua implantação no útero receptor." (*Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, pp. 48 e 49)

¹¹⁸ "Mas aquele prazo foi estabelecido por legítimo alvitre político-legislativo, que considerou não só aspectos científicos ligados a exigências de um termo de provável serventia genético-reprodutiva, mas também fatores de ordem sociológica e psicológica, relacionados à necessidade de tempo para amadurecimento da decisão dos provedores de gametas, que detêm o *poder de disposição jurídica* sobre o material genético que constitui prolongamento das suas próprias pessoas.

[...]Eventual certeza científica de que embriões com mais de três anos de preservação criogênica não sejam sempre inviáveis, embora apresentem sobremaneira aumentadas as possibilidades de anomalias e malformações, não é razão definitiva nem suficiente contra a realização de pesquisas com CTE." (*Voto do Min. Cezar Peluso*, pp. 31 e 32)

citando os depoimentos de Patrícia Helena Lucas Pranke e Ricardo Ribeiro dos Santos, para caracterizar o processo de desenvolvimento desses embriões como “estacionário degenerativo”.¹¹⁹

3.4. A Existência de Vida nos Embriões Referidos pela Lei

“A tese central desta petição afirma que a vida humana acontece na e a partir da fecundação.”¹²⁰

A primeira alegação da petição inicial da ADI 3510-0, subscrita pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, alçou, no entendimento de alguns¹²¹, a definição do início da vida ao posto de condição necessária ao julgamento da ação.

Não foi essa, no entanto, a postura adotada por alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como as Ministras Ellen Gracie¹²² e Cármen Lúcia¹²³ e os

¹¹⁹ “Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, **o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo *fazimento* de uma nova pessoa humana**; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação).” (*Voto do Min. Carlos Britto*, p. 42 e 43)

¹²⁰ Petição Inicial da ADI 3510-0, p.2.

¹²¹ Débora Diniz questiona a pertinência dessa associação, que embora seja sustentada por alguns deve, no seu entendimento, ser descartada. (*Transcrição da Audiência Pública*, pp. 203-205)

¹²² “Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.” (*Voto da Min. Ellen Gracie*, p. 2)

Ministros Marco Aurélio¹²⁴, Cezar Peluso¹²⁵ e Gilmar Mendes¹²⁶, que sustentaram a prescindibilidade, e alguns deles a impropriedade, da definição do marco inicial da vida humana para o julgamento.

Essa opção encontra amparo nos depoimentos prestados na audiência pública por Patrícia Helena Lucas Pranke¹²⁷, Stevens Rehen¹²⁸, Lygia Pereira¹²⁹, Luiz Eugênio de Araújo de Moraes Mello¹³⁰ e Débora Diniz¹³¹, todos integrantes do bloco favorável à realização da pesquisa com células-tronco, que sustentaram a inconveniência e a impossibilidade da escolha de um marco único para o início da vida humana.

Essa posição não foi consensual na audiência pública, já que a tese de que a vida começaria na fecundação foi defendida e apontada como principal motivo para a declaração de inconstitucionalidade pela grande maioria dos membros do bloco contrário à realização das pesquisas permitidas pela Lei de Biossegurança, como Lenise Aparecida Martins Garcia¹³², Cláudia Maria de Castro Batista¹³³, Marcelo

¹²³ "Para o específico fim de se ter a resposta à questão de saber se são, ou não, constitucionalmente válidas as normas enfocadas na presente ação, tenho que se há de afirmarem os princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso, sem que se tenha, necessariamente, de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião ou ao feto." (*Voto da Min. Cármen Lúcia*, p.6)

¹²⁴ "No tocante à questão do início da vida, não existe balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa." (*Voto do Min. Marco Aurélio*, p. 4)

¹²⁵ "Nesta sede, onde pretensas concepções científicas e posturas racionais se confundem, menos no enunciado das teses contrastantes do que na profundidade das motivações inconscientes, com a adesão apaixonada das crenças religiosas, é preciso renunciar a toda busca de consenso e de pontos de vista comuns, até porque, como verdadeiros atos de fé, não se acomodam a testes de refutabilidade, nem prometem conclusões seguras para a solução da causa." (*Voto do Min. Cezar Peluzo*, p. 12)

¹²⁶ "Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular." (*Voto do Min. Gilmar Mendes*, p. 6)

¹²⁷ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 21 e 22.

¹²⁸ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 29.

¹²⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 174.

¹³⁰ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 188.

¹³¹ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 203 – 205.

¹³² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 57.

Vaccari¹³⁴, Antonio José Eça¹³⁵, Elizabeth Kipman Cerqueira¹³⁶, Rodolfo Acatauassú Nunes¹³⁷, Dalton Luiz de Paula Ramos¹³⁸ e Rogério Pazzetti¹³⁹.

Em consonância com o entendimento desses especialistas, os Ministros Carlos Ayres Britto¹⁴⁰ e Carlos Alberto Menezes Direito adotaram a fusão do óvulo com o espermatozóide como marco inicial da vida, o que, no caso do relator, não implicou a declaração da inconstitucionalidade do dispositivo questionado. No entendimento do relator, a tutela jurídica da vida não coincide, necessariamente, com o seu início, razão pela qual a definição da fecundação como marco inicial da vida não tem como consequência necessária a sua proteção desde aquele momento.

A dissociação entre o início da vida e o início de sua proteção jurídica, parece se fazer presente também no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, porém de forma contrária.

Abstendo-se de definir o marco inicial da vida, por considerar que o Poder Judiciário não está vocacionado, nem aparelhado para o cumprimento desta tarefa¹⁴¹, o Ministro sustentou que, em virtude do artigo 4.1. da Convenção

¹³³ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 65.

¹³⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 86.

¹³⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 103.

¹³⁶ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 108-109.

¹³⁷ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 127.

¹³⁸ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 145-152.

¹³⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 155.

¹⁴⁰ "Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste." (*Voto do Min. Carlos Britto*, p. 31)

¹⁴¹ "Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado - e nem vocacionado - para entreter discussões que, no fundo, têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor preparadas." (*Voto do Min. Lewandowski*, p. 18)

Interamericana dos Direitos Humanos, o ordenamento jurídico brasileiro protege a vida desde a concepção¹⁴².

Tarefa distinta da de definir quando começa a vida é a de estabelecer se os embriões a que se refere o artigo 5º da Lei de Biossegurança – produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, inviáveis ou congelados por período superior a três anos - possuem vida.

Essa foi a proposição do Ministro Cezar Peluso¹⁴³, para quem os embriões não implantados no útero carecem de condição *sine qua non* para que sejam considerados vivos.¹⁴⁴

¹⁴² “A se levar às últimas conseqüências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não há como deixar de concluir, concessa venia, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo.

Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extra-corpórea -, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção” (grifei).

Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a idéia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo.”(Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 20)

¹⁴³ “Menos discutível, ou, quem sabe, menos incerto parece-me a via da indagação dos critérios perante os quais se pode reconhecer, com o nível de certeza postulado pela resposta jurídica, que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional.” (Voto do Min. Cezar Peluso, p. 12)

No meu entendimento, a menção à vida suscetível de tutela jurídica não caracteriza a separação entre a existência de vida e sua proteção jurídica, já que, em nota de rodapé, o Ministro Peluso afirma que: “É evidente que, existindo *vida* de pessoa humana, sob qualquer forma e manifestação, deve ser protegida pelo ordenamento.”

¹⁴⁴ “Se, por pressuposição, vida é processo, tem-se de concluir sem erro, como já antecipei, que, no caso das células-tronco embrionárias congeladas, o ciclo subjetivo de mudanças iniciado no momento da concepção foi suspenso ou interrompido, antes de lhes sobrevir a condição objetiva de inserção no útero, sem a qual não adquirem a capacidade de desenvolvimento singular autônomo que tipifica a existência de vida em cada uma. Ninguém tem dúvida de que, sem esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição *sine qua non* de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida como *processo* ou *projeto*.” (Voto do Min. Cezar Peluso, p. 26)

Muito semelhante ao fundamento apresentado pelo Ministro Cezar Peluso é o posicionamento sustentado na audiência pública por Ricardo Ribeiro dos Santos.¹⁴⁵

A não implantação no útero também pauta o critério utilizado pelo Ministro Eros Grau para sustentar que os embriões a que se refere a lei não possuem vida e não seriam nem mesmo verdadeiros embriões, já que “em estado de dicionário”, o termo se refere “ao ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intra-uterino”.¹⁴⁶

Essa distinção terminológica parece ser essencial para evitar uma possível contradição com o seguinte trecho de seu voto, desenvolvido duas páginas antes desta explanação conceitual:

“Não tenho a menor dúvida: a pesquisa em e com embriões humanos e conseqüente destruição afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.”¹⁴⁷

Diante da ausência de vida nos embriões a que a lei se refere, sustentada pelo Ministro Eros Grau, não vejo justificativa para restringir os métodos de extração de células embrionárias para pesquisas àqueles que não impliquem a destruição do embrião, que, nos termos de seu voto, constitui um dos “termos aditivos” para a aplicação do artigo 5º da Lei de Biossegurança.¹⁴⁸

¹⁴⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 51.

¹⁴⁶ “Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, embrião não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. Embrião e aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado a margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.” (*Voto do Min. Eros Grau*, p. 8)

¹⁴⁷ Voto do Min. Eros Grau, p. 6.

¹⁴⁸ “Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:[...]

[iii] **a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados --- ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput --- sera admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição**, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo

Ainda no que tange à definição do início da vida, cogitou-se, antes da decisão, que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal nesse julgamento, poderia influenciar diretamente a situação jurídica do aborto, como se depreende do posicionamento de Débora Diniz na audiência pública:

“Uma possível resposta do Supremo Tribunal Federal à tese da ADI poderia trazer implicações para o debate político e sanitário sobre o aborto, com repercussões imediatas para a garantia de direitos reprodutivos e promoção de saúde das mulheres.”¹⁴⁹

Em virtude das posições expostas, não vislumbro qualquer alteração nesse cenário, entendimento que é reforçado, inclusive, por distinções expressas entre a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias e aborto, nos votos dos Ministros Carlos Ayres Britto¹⁵⁰, Cármen Lúcia¹⁵¹, Eros Grau¹⁵², Cezar Peluso¹⁵³ e Marco Aurélio¹⁵⁴.

desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.” (grifei)(*Voto do Min. Eros Grau*, p. 12 e 13).

¹⁴⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 212.

¹⁵⁰ “Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).”(*Voto do Min. Carlos Britto*, p. 40)

¹⁵¹ “De pronto se registre que o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é interrupção da gravidez. Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longiquamente, da questão do aborto.”(*Voto da Min. Cármen Lúcia*, p. 16)

¹⁵² “Há nítida distinção entre a destruição da vida [no aborto] e o que pode vir a ser a construção da vida [na pesquisa em torno das células-tronco].” (*Voto do Min. Eros Grau*, p. 10)

¹⁵³ “Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva”. (*Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 7)

¹⁵⁴ “Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta – o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto – inconfundível com o embrião – sob o ângulo científico.” (*Voto do Min. Marco Aurélio*, p. 6)

Esses posicionamentos têm amparo no depoimento de Mayana Zatz¹⁵⁵ na audiência pública, citado, inclusive nos votos dos Ministros Cezar Peluso e Carlos Ayres Britto.

3.5. Realização de Pesquisas com a Extração de uma Única Célula do Embrião

Uma das restrições impostas pelo Ministro Eros Grau às pesquisas disciplinadas pelo art. 5º da Lei nº 11.105/05, mencionada no tópico anterior, foi a exigência de que os embriões, à exceção daqueles inviáveis por ausência espontânea de clivagem, não fossem destruídos no processo de extração das células-tronco.

Além dele, os Ministros Menezes Direito¹⁵⁶ e Ricardo Lewandowski¹⁵⁷ também entenderam que tal limitação seria necessária à compatibilização do dispositivo questionado com a Constituição Federal.

¹⁵⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 12 e 13.

¹⁵⁶ “Julgo procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para nos termos que se seguem:[...]”

4º. No inciso II, declarar a inconstitucionalidade sem redução de texto, para que sejam considerados embriões congelados por três anos ou mais na data de publicação da Lei no. 11.105 de 2005 ou que já congelados na data de publicação da Lei no. 11.105 depois de completarem três anos de congelamento, dos quais com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores por escrito somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause sua destruição.”(*Transcrição do dispositivo do voto do Ministro Menezes Direito, nos termos em que foi proferido na sessão de julgamento de 28.05.2008, gravada pela TV Justiça*)

¹⁵⁷ “Em face de todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra:[...]”

iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido”.(*Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, pp. 55 e 56)

Diferentemente do Ministro Eros Grau, os Ministros Lewandowski e Menezes Direito buscaram apresentar meios alternativos de extração de células-tronco embrionárias, pois, como afirmaram na audiência pública Alice Teixeira Ferreira¹⁵⁸ e Herberth Praxedes¹⁵⁹, os embriões são destruídos no processo normalmente utilizado.

O Ministro Lewandowski relatou a possibilidade de extração de até duas células do embrião sem a sua destruição, o que já seria utilizado por clínicas de fertilização *in vitro* para diagnosticar doenças genéticas antes de sua implantação no útero¹⁶⁰.

Nos termos do seu voto, caso fossem comprovados os estudos científicos¹⁶¹ que afirmavam que técnica semelhante à utilizada nesse procedimento de Diagnóstico Genético Pré-implantacional serviria à retirada de células para Cultura de linhagens de células-tronco embrionárias, poder-se-ia pesquisar também com células extraídas de embriões viáveis.¹⁶²

Já o Ministro Menezes Direito foi além dessa observação, afirmando que a utilização desse método de extração seria efetivamente possível, igualmente eficiente e não traria custos adicionais. Segundo seu voto sustentado oralmente, tais informações teriam sido obtidas por meio de contato direto, via e-mail, com Robert Lanza, cientista norte-americano, que relatou essa alternativa em publicações acadêmicas .

¹⁵⁸ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 76 e 84.

¹⁵⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 142.

¹⁶⁰ "Também é possível aplicar, nas células embrionárias obtidas em laboratório, a técnica conhecida como Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGPI), em que se retira uma ou duas células dos zigotos, submetendo-as à biópsia, para verificar se a futura criança possui anomalias genéticas causadoras de doenças como síndrome de Down, hemofilia, fibrose cística, doença de Tay Sachs, dentre outras." (*Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, p. 5)

¹⁶¹ O Ministro Lewandowski cita, inclusive, a fonte do estudo mencionado: <<http://www.nature.com/stemcells/2007/0706/070614/full/stemcells.2007>>.

¹⁶² "Cumpra registrar, por oportuno, que alguns estudos recentes apontam para a possibilidade de extrair-se uma ou duas células dos zigotos produzidos *in vitro*, para a obtenção de células-tronco, sem danificá-los ou com um risco mínimo de que isso aconteça, à semelhança do que ocorre com o diagnóstico pré-implantacional. Caso tal método se revele efetivamente viável, nada impede seja ele empregado em experimentos voltados à cura de doenças, desde que observados os parâmetros éticos e legais pertinentes." (*Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, p. 51)

Em que pese a atitude diligente desses Ministros de buscar, além dos dados constante dos autos, informações técnicas sobre uma matéria específica e alheia ao Direito, não há, em seus votos, menção ao que foi exposto na audiência pública sobre este tema.

É o caso do depoimento de Patrícia Helena Lukas Pranke, que destacou o caráter excepcional do diagnóstico pré-implantacional, realizado apenas com “confirmação clínica clara” de sua necessidade, em casos , por exemplo, de pais hemofílicos¹⁶³.

Além dessa observação, a expositora alertou para os efeitos da utilização dessa técnica de extração de células para pesquisa no processo de reprodução assistida, como se depreende dos seguintes trechos de seu depoimento:

“Não me parece adequado que a mulher que tenha feito essa fertilização *in vitro* admitirá que mexamos no seu embrião saudável para tirar uma célula para pesquisa e, então, implantar no seu organismo um embrião que já foi manipulado. [...] É pouco provável que seja aceito pelas pessoas, além de não me parecer totalmente correto.”¹⁶⁴

Embora não tenha mencionado esse posicionamento, o Ministro Menezes Direito sustentou um raciocínio que poderia contra-argumentar uma possível referência ao não consentimento dos genitores na retirada de apenas uma ou duas células dos embriões produzidos com seus gametas. No seu entendimento, aqueles que permitem a destruição do embrião, não se oporiam à retirada de apenas uma ou duas células dele.

Restaria sem resposta, no entanto, a objeção levantada por Patrícia Pranke, de que a adoção dessa técnica não solucionaria, nem minimizaria o problema dos embriões excedente do processo de reprodução assistida, que no seu

¹⁶³ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 19 e 20.

¹⁶⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 20.

entendimento, figurava como um dos objetivos da permissão das pesquisas pela Lei de Biossegurança.¹⁶⁵

Considerada a tendência à não implantação de “embriões manipulados”, apontada por Patrícia Pranke, a utilização do método alternativo de extração de células-embriónicas agravaria este problema, uma vez que minimizaria as chances de adoção, pelos genitores ou por outro casal, dos embriões mantidos congelados.

A julgar que o voto do Ministro Menezes Direito teve como preocupação garantir a maior proteção da vida humana e que o tempo de congelamento reduz a taxa de implantação com sucesso dos embriões, a recomendação da extração de uma ou duas células do embrião humano parece não se coadunar com esse intuito.

3.6. Processo de Fertilização *in vitro*

A disciplina normativa das técnicas de fertilização *in vitro*, um problema, a princípio, distinto do que foi levado a julgamento, tal como considerado pelo Ministro Cezar Peluso¹⁶⁶, foi objeto de longas considerações no voto do Ministro Menezes Direito, para quem seria essencial para a formação do juízo sobre a ADI 3510-0 compreender este processo, seus produtos e subprodutos.

A isto se deve, no meu entendimento, sua visita à Universidade Federal do Rio de Janeiro, organizada por Cláudia Maria de Castro Batista.

¹⁶⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 20.

¹⁶⁶ “Estou, por fim, em que engenhosas referências à noção de paternidade responsável servem apenas à justificação dos procedimentos de fertilização *in vitro* (IVF) e de um de seus efeitos colaterais, que é a produção de excedentes embrionários. Cuida-se de questão prévia mas autônoma, que não guarda vínculo direto com a solução do problema jurídico-constitucional agora submetido à Corte”. (*Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 8)

Segundo o relato da pesquisadora, o Ministro Menezes Direito “passou dias e dias inteiros em clínicas de fertilização, dias inteiros querendo ver com os próprios olhos os protocolos de morte encefálica, protocolos de todo o procedimento de fertilização *in vitro*, protocolos de todas as pesquisas e projetos de pesquisas com células tronco-adultas na universidade.”¹⁶⁷

A mesma importância, ao que me parece, não foi dada à questão pela maioria dos participantes da Audiência Pública, uma vez que, apenas Patrícia Helena Lucas Pranke, Ricardo Ribeiro dos Santos, Lygia Pereira, Luiz Eugênio Araújo de Moraes Mello e Débora Diniz, todos integrantes do bloco favorável às pesquisas, trataram dos processos de reprodução assistida em suas apresentações.

A consideração mais enfática, no meu entendimento, foi a de Luiz Eugênio Mello, que ao final de sua exposição afirmou que:

“Acatar a tese da ADI 3510 representa matar a esperança de um milhão de casais inférteis no Brasil.”¹⁶⁸

Tal assertiva tem como base o argumento de que a produção de embriões excedentes é inerente ao processo de fertilização *in vitro*, sustentado por Patrícia Helena Pranke¹⁶⁹, Ricardo Ribeiro dos Santos¹⁷⁰ e Lygia Pereira¹⁷¹, além do próprio Luiz Eugênio de Moraes Mello¹⁷².

Diante da proibição de descarte dos embriões congelados e da não obrigatoriedade da implantação de todos os óvulos fecundados, sua utilização para as pesquisas, desde que consentida pelos genitores após três anos de congelamento, seria a única forma desobrigar as clínicas de fertilização e os genitores, que arcam com os

¹⁶⁷ *Transcrição da entrevista com Cláudia Maria de Castro Batista.*

¹⁶⁸ *Transcrição da Audiência Pública*, p.193.

¹⁶⁹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 18-20.

¹⁷⁰ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 52.

¹⁷¹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 171 e 175.

¹⁷² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 189-191.

custos de manutenção, de mantê-los congelados. A vedação dessa alternativa teria como consequência, no dizer de Débora Diniz, a “falência das tecnologias reprodutivas no Brasil”¹⁷³.

Raciocínio semelhante foi desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, como demonstra o seguinte trecho de seu voto:

“Se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei.”¹⁷⁴

Além desse argumento, houve mais uma consideração sobre a questão da fertilização *in vitro* na audiência, apresentada por Lenise Aparecida Martins Garcia, quando da resposta do bloco contrário às pesquisas ao questionamento do Ministro Lewandowski sobre a destinação dos embriões congelados.

Segundo a expositora, os embriões a que se refere a Lei de Biossegurança não deveriam, por razões éticas, ter sido congelados e não haveria, na sua opinião,

¹⁷³ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 208.

¹⁷⁴ *Voto do Min. Ayres Britto*, p. 58.

amparo legal para o congelamento, já que, em suas palavras, “a reprodução assistida no Brasil está num vácuo legal.”¹⁷⁵

A regulamentação dos procedimentos de reprodução assistida foi explorada pelos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Gilmar Ferreira Mendes.

A ausência, na legislação brasileira, de regulamentação do funcionamento das clínicas de reprodução assistida foi apontada pelo Ministro Gilmar Mender como uma das causas do número excessivo de embriões congelados.¹⁷⁶

A conclusão contrária, aparentemente, chegou o Ministro Lewandowski, ao analisar “o único diploma normativo que regula as técnicas de reprodução assistida *in vitro*” no Brasil, a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que, no item I, 5, proíbe a fecundação de óvulos para fins alheios à reprodução humana e, no item I, 6, limita o número de pré-embriões transferidos à receptora a quatro. Interpretando esses dispositivos conjuntamente, o Ministro Lewandowski afirmou que:

“Daí conclui-se que, das técnicas de reprodução assistida devem resultar, num plano ideal, apenas os óocitos ou pré-embriões indispensáveis para que determinada paciente seja fecundada.”¹⁷⁷

Entendimento semelhante foi o do Ministro Menezes Direito, que visitou clínicas de fertilização assistida e apontou diversos problemas no funcionamento desses estabelecimentos, como a realização de testes pré-implantacionais com o objetivo de selecionar geneticamente os embriões, a fecundação de um número excessivo de óvulos e o descarte indiscriminado do material excedente, todos eles em contrários à regulamentação do Conselho Federal de Medicina e da ANVISA.

¹⁷⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 224.

¹⁷⁶ “É importante ressaltar que a legislação brasileira sequer prevê qualquer norma para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas de fertilização *in vitro*. Daí a origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação específica.” (*Voto do Min. Gilmar Mendes*, p. 26)

¹⁷⁷ *Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, p. 40.

O combate a essas irregularidades, demandaria, no entendimento do Ministro, uma ação fiscalizadora, preventiva e centralizada, o que se tentou estabelecer em um projeto de lei que recebeu parecer desfavorável na Câmara dos Deputados.

Diante desse cenário, o Ministro Menezes Direito listou uma série de regras que deveriam disciplinar a atuação das clínicas de fertilização assistida – a saber: emprego exclusivo para fins de reprodução humana; utilização somente na impossibilidade de recurso a outras técnicas; utilização de injeção intracitoplasmática apenas quando ineficaz o método de aproximação dos gametas; limitação do número de óvulos extraídos; limitação do recurso ao diagnóstico pré-implantacional; limitação do número de embriões a serem transferidos; proibição de redução embrionária; proibição do descarte de embriões; proibição da comercialização de embriões; proibição de doação de embriões para pesquisa, exceto em hipóteses limitadas.¹⁷⁸

Todas essas orientações foram adotadas na parte dispositiva de seu voto, que declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei de Biossegurança, restringindo, dentre outros¹⁷⁹, o alcance do termo fertilização *in vitro*, ao qual atribuiu o seguinte significado:

¹⁷⁸ A doação, com o consentimento livre e informado dos pais, seria permitida apenas para pesquisas básicas de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos autorizadas pelo órgão com abrangência nacional formado por profissionais das diversas áreas de conhecimento, apenas nos casos de embriões com ausência espontânea de clivagem.

¹⁷⁹ As restrições às pesquisas, aos métodos de extração dos embriões doados e ao consentimento dos genitores, também constam do dispositivo:

“Julgo procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para nos termos que se seguem:

1º. No caput do artigo 5º. declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto (interpretação conforme aliada) para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam aquelas obtidas sem a destruição do embrião e *as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões pesquisas e terapias como pesquisa básica voltada para o estudo dos processo de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos*. [...].

3º. No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto, para que a expressão “*embriões inviáveis*” seja considerada como referente àqueles *insubsistentes por si mesmo, assim os que comprovadamente, por normas técnicas estabelecidas por órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do*

“Julgo procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para nos termos que se seguem:[...]

2º. Ainda no caput do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução do texto para que **a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para a cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal.**”¹⁸⁰ (grifei)

Orientação similar foi adotada pelo Ministro Eros Grau, embora muito pouco de seu voto tenha sido dedicado à análise dos procedimentos de reprodução assistida no Brasil, inexistindo qualquer argumentação que possa fundamentar diretamente os limites impostos.¹⁸¹

conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período no mínimo superior a 24 horas, não havendo com relação a estes restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco.[...]

5º. No parágrafo 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto, para que seja entendido que o *consentimento* é um *consentimento informado, prévio e expresso por escrito dos genitores.*” (*Transcrição do dispositivo do voto do Ministro Menezes Direito, nos termos em que foi proferido na sessão de julgamento de 28.05.2008, gravada pela TV Justiça*)

¹⁸⁰ *Transcrição do dispositivo do voto do Ministro Menezes Direito, nos termos em que foi proferido na sessão de julgamento de 28.05.2008, gravada pela TV Justiça.*

¹⁸¹ “Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:[...]

[ii] a “fertilização *in vitro*” referida no caput do artigo 5º corresponde a terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; (*Voto do Min. Eros Grau*, pp. 12 e 13)

Menos restritiva foi a limitação determinada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que acolheu a interpretação conjunta dos item I,5 e I,6, da Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, limitando as pesquisas aos embriões excedentes de “fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis”¹⁸².

Pressumo que a intenção do Ministro Lewandowski, assim como dos Ministros Menezes Direito e Eros Grau, tenha sido regulamentar os procedimentos de fertilização *in vitro* para compatibilizá-los com o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que, a menção exclusiva à infertilidade feminina tenha sido um equívoco, já que também os homens podem ser inférteis.

Embora sejam bastante sofisticadas do ponto de vista técnico, especificando, por exemplo, o número de óvulos que poderiam ser fecundados e implantados, nenhuma das restrições impostas ao processo de fertilização *in vitro* teve amparo nos depoimentos apresentados na audiência pública, que, como mencionado anteriormente, pouco trataram da questão.

3.7. A Submissão das Pesquisas a um Comitê Nacional Centralizado

Ponto bastante criticado por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal foi a previsão legal de submissão das pesquisas com células-tronco embrionárias

¹⁸² Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 56.

realizadas por instituições de pesquisa e serviços de saúde aos respectivos comitês de ética em pesquisa, constante do art. 5º, §2º da Lei de Biossegurança¹⁸³.

Essa determinação foi considerada inconstitucional por cinco dos onze Ministros que participaram do julgamento – Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes –, que entenderam necessário o controle centralizado das pesquisas desenvolvidas com células-tronco embrionárias humanas por um órgão de âmbito nacional.

Interessadas diretamente nas pesquisas desenvolvidas por seus profissionais, as instituições de pesquisa e serviços de saúde não teriam, segundo os Ministros Lewandowski¹⁸⁴ e Peluso¹⁸⁵, o distanciamento necessário para a avaliação ética dos protocolos apresentados, o que demandaria a existência de uma instância de controle nacional.

Além da exigência da centralização nacional do controle das pesquisas, o Ministro Menezes Direito, que primeiro votou nesse sentido, afirmou que não existiam certezas imutáveis à exceção dos padrões éticos e que cientistas não poderiam estabelecer com exclusividade os limites das pesquisas científicas, o que tornaria imperativo a participação no órgão regulador de profissionais de outras áreas do conhecimento, como a Filosofia, o Direito, a Antropologia e a Teologia.¹⁸⁶

¹⁸³ “Art. 5º. § 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.”

¹⁸⁴ “Da experiência do direito comparado e da legislação internacional, segue-se que não é razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade.” (*Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, p. 55)

¹⁸⁵ “Tal regra envolve, quando menos, sério risco de ocorrência daquilo que a teoria econômica denomina problema de agência, ou seja, grave conflito de interesses que compromete a independência da entidade, enquanto instância imediata responsável pela garantia de rigorosa observância das gravíssimas restrições de ordem constitucional e legal das pesquisas autorizadas.” (*Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 41)

¹⁸⁶ A inconveniência da composição exclusivamente científica dos comitês de ética em pesquisa também foi apontada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, como se depreende do seguinte trecho de seu voto: “É que, seja-me permitido o recurso a uma conhecida

Essa orientação foi seguida na parte dispositiva de seu voto, nos trechos que restringem as possibilidades de interpretação dos termos “células-tronco embrionárias” e “embriões inviáveis”:

“Julgo procedente em parte a Ação Direta de Inconstitucionalidade, para nos termos que se seguem:

1º. No caput do artigo 5º. declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto (interpretação conforme aliada) para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam aquelas obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões pesquisas e terapias como pesquisa básica voltada para o estudo dos processo de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos.[...]

3º. No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmo, assim os que comprovadamente, por normas técnicas estabelecidas por órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de clivagem, após período no mínimo superior a 24 horas, não havendo com relação a estes restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco.”¹⁸⁷

Exceto no que concerne à centralização em âmbito federal, esta restrição não alteraria, a princípio, a composição atual dos órgãos reguladores de ética em pesquisa, uma vez que, segundo a análise desenvolvida pelo Ministro Cezar

parêmia romana - e com o devido respeito que os cientistas merecem -, *lupus non curat numerum ovium.*”(Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 54)

¹⁸⁷ Transcrição do dispositivo do voto do Ministro Menezes Direito, nos termos em que foi proferido na sessão de julgamento de 28.05.2008, gravada pela TV Justiça.

Peluso, a Resolução nº 196 do Conselho Nacional de Saúde determina a presença mínima de sete profissionais das mais variadas áreas nestes comitês¹⁸⁸.

A composição multidisciplinar do comitê de ética em pesquisa foi citada, nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski, como característica essencial a órgãos de controles estrangeiros, como o inglês e o alemão, que inspirou o modelo adotado pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁸⁹.

Solução distinta, no entanto, foi a proposta pelo Ministro Lewandowski, que ao invés de obrigar a submissão das pesquisas a um órgão, a princípio ainda inexistente, vinculado ao Ministério da Saúde, determinou a obrigatoriedade de sua apreciação pelos órgãos públicos mencionados na Lei nº 11.105¹⁹⁰.

¹⁸⁸ “Esses comitês, cuja pontual disciplina em vigor consta da Resolução nº 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, são formados por, pelo menos, sete profissionais das mais variadas áreas (saúde, ciências exatas e humanas: juristas, teólogos, sociólogos, filósofos, bioeticistas) e, no mínimo por um representante dos usuários da instituição ou do serviço” (*Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 41).

¹⁸⁹ O Ministro Gilmar Mendes sugere a criação de um órgão de controle vinculado ao Ministério da Saúde, como ocorre na Alemanha: **“Deixa a lei, nesse aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado.** A legislação germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (*Zuständige Behörde*), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (*Zentrale Ethikkommission für Stammzellenforschung*), formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia.” (*Voto do Min. Gilmar Mendes*, p. 27)

A criação desse órgão é determinada na parte dispositiva de seu voto:

“Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.” (*Voto do Min. Gilmar Mendes*, p. 36).

¹⁹⁰ “Em face de todo o exposto, pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra:[...]

v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.” (*Voto do Min. Ricardo Lewandowski*, p. 56)

Estas duas medidas foram refutadas pelo Ministro Cezar Peluso, como demonstra a seguinte passagem de seu voto:

“Ora, as células-tronco embrionárias não são OGM (art. 3º, §1º), donde as pesquisas e experimentos que as tomem por objeto não se sujeitam a controle direto do CNBS, da CTNBio, nem da CIBio. Qual, então, a solução viável, reclamada por injunção constitucional? Não pode ser a de os submeter a essas instituições, porque sua composição e tarefas são outras, nem a de esta Corte criar por si órgão congênere, porque carece da competência de legislador positivo para condicionar a validade da lei.”¹⁹¹

Nesse sentido, adotou orientação distinta da proposta pelos três Ministros anteriormente citados e determinou que o controle das pesquisas fosse realizado por órgãos federais já existentes, que, não obstante, não têm o controle ético de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas como atribuição original: O Ministério da Saúde, o Conselho Nacional da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária¹⁹².

O Ministro Eros Grau considerou necessária a submissão das pesquisas ao “comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde”, além dos comitês previstos na Lei de Biossegurança, não mencionando a existência ou a necessidade de criação deste órgão¹⁹³.

¹⁹¹ *Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 42.

¹⁹² “Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao “Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária”, na forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte.”(*Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 44)

¹⁹³ “Declaro a constitucionalidade do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos:

[i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º.”(*Voto do Min. Eros Grau*, pp. 12 e 13)

É importante destacar, tendo em vista os objetivos deste trabalho, que em nenhum momento da audiência pública esta questão foi abordada pelos participantes, de modo que, os votos que impuseram restrições relativas ao controle das pesquisas disciplinadas pela Lei de Biossegurança não tiveram nenhum amparo nos depoimentos colhidos no evento.

3.8. A Necessidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias Humanas

Um dos mais importantes, se não o mais importante, foco de argumentação na audiência pública foi a necessidade das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas.

Todos os participantes do bloco favorável às pesquisas empreenderam seus esforços em justificar o potencial terapêutico dessas células, que, ao menos em teoria, seria superior ao das células-tronco adultas e justificaria a realização das pesquisas questionadas, ao passo alguns integrantes do bloco contrário às pesquisas argumentaram que as células-tronco adultas teriam potencial terapêutico no mínimo equivalente às embrionárias, além de maior perspectiva de aplicação médica, com menor custo e em menor tempo.

Este debate não se repetiu, no entanto, no julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que, à exceção do Ministro Gilmar Mendes, nenhum dos Ministros vislumbrou a possibilidade de prescindir das pesquisas com células tronco embrionárias humanas.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes defendeu que as pesquisas com células-tronco embrionárias teriam caráter subsidiário, devendo ser evitadas, caso se

confirmasse a possibilidade de obtenção de células totipotentes de tecido epitelial e do cordão umbilical, que proporcionariam medidas igualmente eficazes e menos gravosas¹⁹⁴.

Nesse mesmo sentido posicionou-se Alice Teixeira Ferreira na audiência pública¹⁹⁵, argumentando que seria possível regredir as células-tronco adultas para o mesmo estágio de diferenciação das embrionárias, o que motivou, inclusive alguns questionamentos por parte do gabinete do Ministro Eros Grau, sobre os custos e a viabilidade desses procedimentos em células germinativas:

“O grupo expos a respeito das células germinativas? Porque tais células não são amplamente utilizadas? Elas podem gerar resultados ou resultar em doenças degenerativas? O alcance dessas células germinativas demanda um procedimento de alto custo?”¹⁹⁶

Os dois blocos apresentaram respostas muito similares a estas indagações, tendo Alice Teixeira Ferreira e Stevens Rehen afirmado que os estudos que apontaram essa possibilidade deveriam ser replicados por outros grupos de pesquisa, para que fossem efetivamente confirmados.¹⁹⁷

¹⁹⁴ “Os avanços da biotecnologia já indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos e, portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais pesquisas. Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da proporcionalidade”. (*Voto do Min. Gilmar Mendes*, p. 28 e 29)

¹⁹⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, pp. 78-83.

¹⁹⁶ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 217.

¹⁹⁷ Stevens Rehen afirmou que “o ponto é que esses dois resultados foram descritos por dois grupos, mas é importante que esses trabalhos sejam validados por mais grupos em todo o mundo para, de fato, serem utilizados em terapia”. (*Transcrição da Audiência Pública*, p. 221)

Alice Teixeira Ferreira alegou que “essa pesquisa estorou no meio científico em setembro de 2006. Assim, temos que, obviamente, realizar essas pesquisas pelos diferentes procedimentos normalmente aceitos dentro de uma pesquisa científica. Temos que confirmar esses resultados nos animais, para, depois, pensarmos em utilizarmos essas

No entanto, nenhum desses pronunciamentos foi mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes.

A orientação de não compreender as pesquisas como excludentes, observada nos votos dos Ministros Carlos Britto¹⁹⁸, Menezes Direito, Cármen Lúcia¹⁹⁹ e Cezar Peluso²⁰⁰, tem amparo no posicionamento de Lygia Pereira, exposto na audiência pública:

“O que defendemos aqui não é essa dicotomia: se é boa a célula-tronco adulta ou se é boa a célula-tronco embrionária. Na verdade, precisamos trabalhar com a célula tronco adulta e a célula tronco embrionária. Precisamos trabalhar com todos os tipos de células-tronco. Estamos num momento de desenvolvimento científico, que hoje nenhum cientista responsável pode dizer que podemos abrir mão de qualquer tipo de célula-tronco.”²⁰¹

Ainda no que concerne à necessidade das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, cabe destacar que o potencial terapêutico das pesquisas

células para o tratamento de doenças degenerativas.” (*Transcrição da Audiência Pública*, pp. 227)

¹⁹⁸ “Por conseguinte, **linhas de pesquisa que não invalidam outras**, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). (*Voto do Min. Carlos Britto*, p. 20)

¹⁹⁹ “Não se cuidam de linhas de pesquisa e utilização em tratamento que se excluam as que se referem às células-tronco adultas e às células-tronco embrionárias. Antes, elas devem ser auxiliares para o benefício de quem necessita do tratamento com que pode ser acudido o doente conforme o seu caso e a sua necessidade.” (*Voto da Min. Cármen Lúcia*, p. 14)

²⁰⁰ “Os objetos teóricos de pesquisas não traçam caminhos mutuamente excludentes. Considerando-se que, ao propósito, nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de esgotar as potencialidades científico- terapêuticas, fica desde logo claro que o estudo com as CTE é de todo em todo adequado e recomendável, na medida em que pode contribuir para promoção de objetivos e valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à dignidade, à saúde e à liberdade de investigação científica.” (*Voto do Min. Cezar Peluso*, p. 3 e 4)

²⁰¹ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 178.

desenvolvidas com este tipo de célula, questionado na audiência pública por Alice Teixeira Ferreira²⁰², Marcelo Vaccari²⁰³, Antonio José Eça²⁰⁴, Elizabeth Kipman Cerqueira²⁰⁵, Rodolfo Acataussú Nunes²⁰⁶, Herbeth Praxedes²⁰⁷ não foi contestado por nenhum dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

²⁰² *Transcrição da Audiência Pública*, p. 77.

²⁰³ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 88.

²⁰⁴ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 104.

²⁰⁵ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 124.

²⁰⁶ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 140.

²⁰⁷ *Transcrição da Audiência Pública*, p. 142.

4. CONCLUSÕES

Ao iniciar as considerações finais desse trabalho, gostaria de retomar uma idéia que foi considerada desde antes da sua realização e que serviu de parâmetro para a delimitação da metodologia e do objeto de estudo: a de que só seria possível analisar criticamente a importância e a função da audiência pública realizada na fase instrutória do julgamento da ADI 3510-0 após o estudo das circunstâncias concretas de sua realização e do aproveitamento do seu conteúdo pelos Ministros.

Terminada a análise proposta, esta hipótese parece-me ainda mais adequada.

A caracterização do papel exercido pela audiência pública no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida contra os dispositivos da Lei de Biossegurança que permitem a realização de pesquisas com células tronco embrionárias humanas e, nesse sentido, o próprio aproveitamento dos argumentos colhidos nesse evento pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal foram diretamente influenciados pelas opções que foram adotadas na configuração do procedimento de sua realização.

Tratam-se, ao meu ver, de escolhas que se manifestam desde a fundamentação apresentada pelo relator do caso para determinar a realização do evento. Destacando a maior legitimidade de uma decisão proferida com participação da sociedade civil, o Ministro Carlos Britto relegou a segundo plano o caráter técnico, constante da exigência legal de necessidade de esclarecimento da matéria, privilegiando uma dimensão mais representativa, adequada e conveniente diante do julgamento de uma questão importante para a sociedade.

Também o modo de indicação dos especialistas, conduzido com exclusividade pelos sujeitos processuais, e a divisão dos participantes da audiência em dois blocos de interesses bem caracterizados, identificados cada qual com um oposto

distinto de uma escala binomial – pró/contra a constitucionalidade da lei – o que permitia, inclusive, que as exposições fossem estrategicamente organizadas, de modo que os especialistas prestassem preferencialmente depoimentos convenientes aos blocos que integravam, parecem mais apropriados a uma concepção mais tendente à representatividade do evento do que ao seu potencial técnico e predominantemente informativo.

Intervenções dos Ministros poderiam interferir nessa dinâmica e equilibrar a relação entre o viés representativo e o caráter informativo do evento - como as perguntas realizada aos dois blocos, que obrigavam-nos a se posicionar não apenas sobre os assuntos que julgavam convenientes, mas sobre os pontos que restavam incertos – mas foram pouco utilizadas, em grande medida, por causa do comparecimento de um número muito pequeno de julgadores à sessão de realização da audiência.

Não nego, com essas observações, a idoneidade dos especialistas que participaram do evento, nem a correção ou a honestidade dos depoimentos prestados. Pelo contrário.

Houve, no meu entendimento, uma contribuição técnica muito acentuada, por parte dos dois blocos representados na audiência pública, que não apenas apresentaram diversas informações específicas que fugiam ao conhecimento daqueles que não fossem especialistas, como também o fizeram de forma clara, concisa e didática.

Em uma possível caracterização da função desempenhada pela primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal, houve a representação técnica de interesses definidos da sociedade civil ou, em outras palavras, especialistas sustentaram argumentos técnicos que fundamentavam duas posições distintas e bem definidas da sociedade.

Não há como negar, no meu entendimento, que essa representação técnica teve efeitos positivos na argumentação desenvolvida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, seja de forma direta, provendo de maneira didática e concisa informações técnicas específicas envolvidas na questão levada a julgamento, seja de forma indireta, constringendo os Ministros a buscar, ainda que por outras fontes, estas informações.

É o que se percebe, quando contrastados os posicionamentos sustentados pelos Ministros com os argumentos apresentados na audiência, pois, na maioria dos casos, as posições dos Ministros, ainda que não façam referência às apresentações da audiência pública, encontram amparo nos depoimentos prestados.

No entanto, essa contribuição não foi plena.

Pontos muito significativos dos votos apresentados, principalmente daqueles que impunham restrições às pesquisas, foram desenvolvidos sem atentar ao conteúdo da audiência, chegando-se, inclusive, a contrariar posições técnicas apresentadas no evento, como na definição do conceito de embriões inviáveis ou na sugestão do método de extração de apenas uma ou duas células dos embriões.

Outras questões, de natureza primordialmente técnicas, como a regulamentação dos procedimentos de reprodução assistida, e nem tão técnicas, como a definição do órgão de controle das pesquisas, extremamente relevantes na configuração dos votos de alguns Ministros, não encontraram suporte nenhum nas apresentações realizadas na audiência pública.

Não porque as considerações técnicas não fossem relevantes à sua determinação, nem porque tais questões não interessassem aos especialistas que participaram da audiência, mas, na minha opinião, porque tais matérias não foram consideradas pelos especialistas, como significativas para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade.

Isto seria possivelmente evitado, caso os Ministros definissem, de antemão, os temas que deveriam ser abordados pelos especialistas ou apresentassem, ao final das exposições, questões relativas aos temas que considerassem relevantes ao julgamento do caso e não tivessem sido abordados.

Esse tipo de postura, caso fosse adotada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, teria como resultado um maior número de posicionamentos técnicos sobre todas as questões que fossem decisivas para o julgamento do caso e evitaria que restrições importantes às pesquisas fossem aventadas sem qualquer referencial técnico sobre sua adequação.

Qualquer que fosse a função que a audiência pública viesse a desempenhar no julgamento da ADI 3510, o enfrentamento, por parte do Supremo Tribunal Federal, dos ônus argumentativos trazidos pelos depoimentos prestados e criação do maior número possível desses argumentos técnicos, so viriam a reforçá-la.

Tendo como parâmetro o caráter informativo da audiência pública, prescrito em lei, a decisão do Supremo Tribunal Federal seria tão mais esclarecida, quanto mais numerosos fossem os pontos de diálogo com as exposições dos especialistas que participaram do evento e maior fosse a consideração desses argumentos. O mesmo ocorreria com a sua representatividade, caso se partisse de uma concepção mais representativa do evento, como a defendida pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Ferreira Mendes.

Valendo-se das alegorias construídas por esses dois Ministros, se o povo foi tirado da platéia e colocado no palco, ele, certamente, não protagonizou o espetáculo e, se a audiência pública fez do Supremo Tribunal Federal uma Casa do Povo, nela a voz do dono pouco foi ouvida.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Além do material especificado no capítulo introdutório, as seguintes obras foram consultadas para a elaboração desta monografia:

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes de, "O Supremo Tribunal Federal e a primeira audiência pública de sua história", *Revista Jurídica da Presidência da República*, v. 9, n. 84 [2007], 41-48.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: O processo judicial no pós-1988*. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo, USP, 2006.