



Saulo Roberto Christensen Barboza

**O STF e a estrutura normativa do direito à vida:
reflexões sobre a ADI 3.510 e a ADPF 54**

Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
a orientação do Professor
Rafael Scavone Bellem de
Lima.

**São Paulo
2014**

Resumo: As reflexões apresentadas nesse trabalho têm por objeto duas decisões do STF em que a discussão sobre a aplicação da norma da Constituição que garante o direito à vida ocupa papel central: caso “células-tronco” (ADI 3.510) e caso “aborto do feto anencéfalo” (ADPF 54). Reflete-se, mais especificamente, sobre o modo como a Corte argumenta com base nesse direito, em tais casos, buscando evidenciar a compreensão da estrutura normativa do direito à vida que seu comportamento argumentativo revela. Essas reflexões têm por referencial teórico um modelo analítico baseado no conceito de suporte fático.

Palavras-chave: direito à vida – STF - direitos fundamentais – aborto – embriões

Acórdãos citados: ADI 3.510; ADPF 54.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1. Introdução..... | 5 |
| 1.1. Delimitação do tema..... | 5 |
| 1.2. Pressupostos teóricos | 8 |
| 1.2.1. Noções sobre suporte fático..... | 8 |
| 2. Metodologia | 12 |
| 2.1. Enfoque metodológico..... | 12 |
| 2.2. Delimitação do universo de decisões..... | 13 |
| 3. Caso “Células-Tronco” – ADI 3.510/DF..... | 13 |
| 3.1. O caso | 13 |
| 3.2. Decisão..... | 15 |
| 3.3. Estratégia 1 – Delimitação do âmbito de proteção | 18 |
| 3.3.1. Voto do Min. Ayres Britto (relator)..... | 18 |
| 3.3.1.1. A proteção constitucional à vida | 18 |
| 3.3.1.2. A proteção infraconstitucional ao embrião | 21 |
| 3.3.1.3. Chave para compreensão da “decisão colegiada”: a ementa e a prática forense brasileira | 25 |
| 3.3.2. Voto do Min. Celso de Mello..... | 27 |
| 3.3.3. Voto Min. Menezes Direito | 31 |
| 3.3.4. Voto Min. César Peluso..... | 33 |
| 3.3.5. Voto Min. Eros Grau..... | 36 |
| 3.3.6. Voto da Min. Cármen Lúcia | 38 |
| 3.4. Estratégia 2 – Justificação da restrição..... | 43 |
| 3.4.1. Voto do Min. Joaquim Barbosa | 43 |
| 3.5. Outras estratégias | 45 |
| 3.5.1. Voto da Min. Ellen Gracie | 46 |
| 3.5.2. Voto do Min. Marco Aurélio | 47 |
| 3.5.3. Voto Min. Ricardo Lewandovski | 50 |
| 3.5.4. Voto Min Gilmar Mendes..... | 53 |
| 4. Caso “Aborto do feto anencéfalo” – ADPF 54/DF..... | 56 |
| 4.1. O caso | 56 |
| 4.2. A decisão | 58 |
| 4.3. O feto anencéfalo e os direitos da gestante..... | 60 |
| 4.3.1. Tese 1 – O aborto do feto anencéfalo é fato atípico..... | 61 |

| | | |
|--------|--|----|
| 4.3.2. | Tese 2 – O aborto do feto anencéfalo é fato típico | 65 |
| 4.3.3. | Tese 3 – Há conflito entre os direitos da mulher e o direito à vida | 67 |
| 4.3.4. | Voto do Min. Ricardo Lewandowski | 74 |
| 5. | Considerações finais | 76 |
| 6. | Bibliografia | 82 |

1. Introdução

1.1. Delimitação do tema

O direito à vida, descrito no art. 5º, *caput*, da Constituição como inviolável, é comumente referido na doutrina brasileira como dotado de uma posição especial no sistema de direitos fundamentais consagrado na Carta de 1988. José Afonso da Silva¹, por exemplo, afirma que ele é a “fonte primária de todos os bens jurídicos”. Alexandre de Moraes², por sua vez, acrescenta que esse direito é mesmo o “mais fundamental de todos”, fundamentalidade que Paulo B. Branco/Gilmar Mendes³ qualificam de “premissa dos direitos proclamados pelo constituinte”. Com algumas variações de redação, posições parecidas a estas podem ser encontradas na maioria dos manuais universitários.

Essas diferentes formulações têm em comum o reconhecimento de que o direito à vida desempenha papel destacado no esquema de direitos e garantias consagrados pelo constituinte no texto de 1988. Todavia, se, por um lado, elas dizem algo sobre a importância que se atribui a esse direito, não esclarecem muito sobre quais posições jurídicas podem ser validamente consideradas como objetos da proteção que esse direito consagra. Para os casos mais gerais, isso não costuma gerar dissenso. Poucas pessoas discordariam de que a vida de um indivíduo humano adulto, em tempo de paz, é algo que manifesta o bem tutelado sob a rubrica direito à vida.

Quando estão em jogo situações não tão óbvias, no entanto, a controvérsia geralmente aparece: diferentes concepções sobre o que é a vida humana ou sobre quais são suas características mais típicas, por exemplo, tendem a conduzir os interpretes a posições distintas sobre uma mesma ocorrência. Imaginemos a situação hipotética em que as pesquisas com inteligência artificial evoluam ao ponto de concretizar o futuro descrito por autores como Isaac Asimov (“I, Robot”, “The Positronic Man” etc.), em que robôs sejam capazes de desenvolver consciência, sensibilidade à dor e

¹ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.198.

² MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30

³ MENDES, Gilmar; BRANCO Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 314.

até mesmo sentimentos humanos (inveja, ódio, amor etc.). Seria juridicamente errado destruí-los, diante da proteção que se confere à vida humana? Se aceitarmos aquilo que diz a biologia, para quem a existência de DNA é um pressuposto básico ao reconhecimento de algo como vida (de qualquer tipo)⁴, a resposta é necessariamente não? E se observarmos a questão de um prisma ético mais amplo, será que não deveríamos levar em conta outros fatores que não apenas um simples marcador biológico? Será que deveríamos levar em conta algum tipo de critério, afinal? Não podemos considerá-los com objeto da proteção, ainda que não lhes reconheçamos como sujeitos de direito ou como seres-humanos, e enfrentarmos os problemas de conflito de direitos que o reconhecimento dessa proteção ensejar?

Trata-se, é claro, de exemplo ilustrativo extremo. Mas as questões que desperta dão uma ideia das dificuldades e controvérsias que algumas situações podem colocar para a interpretação da proteção constitucional à vida. Essas controvérsias, no entanto, não se devem apenas a dificuldades inerentes ao tema. De fato, o tema vida costuma despertar posições apaixonadas, em que argumentos jurídicos se misturam a argumentos éticos e morais (quando não dogmático-religiosos), para o que a eclosão de situações sociais novas, decorrentes do avanço da técnica e sobre as quais ainda sabe-se pouco, tende a colaborar, mas os desafios à aplicação da norma tem uma razão de ordem mais jurídica.

O direito à vida, da maneira como é consagrado no texto da Constituição de 1988 (Art. 5º, *caput* - “[...] garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida”), tem uma estrutura normativa especialmente aberta, em que o texto que lhe dá suporte não oferece elementos que permitam precisar algum tipo de opção legislativa mais concreta sobre o que se deve considerar como sujeito à sua proteção. É este o fator responsável pela maioria das controvérsias, pelo menos as de ordem legal, envolvendo a aplicação dessa norma e, no geral, a aplicação das normas de direito fundamental como um todo, que têm em

⁴ Cf. AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. Fundamentos da Biologia Moderna. 4. ed. São Paulo: Moderna, p. 6.

comum o fato de serem expressas em dispositivos com alto grau de indeterminação normativa. Cada intérprete, a partir de seu próprio sistema de valores, tende a projetar nessas normas o tipo de proteção que mais lhe convém. Cabendo, em última instância, ao judiciário dizer qual deve prevalecer.

É nesse contexto de dissenso envolvendo a aplicação de normas da Constituição que tutelam direitos fundamentais e do papel desempenhado pelo judiciário de dirimir os conflitos envolvendo sua aplicação que essa pesquisa se insere. Nesse sentido, a perspectiva adotada é a do modo como o STF aborda o problema da aplicação da norma que garante o direito à vida. Não se trata, nesse caso, de mera preferência pessoal. A opção por observar como a Corte especificamente argumenta atende à importância que essa instituição desempenha no sistema de divisão de poderes desenhado pelo constituinte de 1988. No nosso arranjo político-constitucional, o STF detém a competência de dirimir em definitivo e, em geral, com efeito vinculante (art. 102, CF) as controvérsias jurídicas envolvendo a interpretação do texto constitucional. Refletir sobre como trabalha com normas que expressam direitos fundamentais, cuja estrutura normativa é pouco determinada pela redação dos dispositivos que lhes consagram, é então de extrema importância. Em última análise, pertence a ela a competência de lhes conferir determinação normativa. A opção pelo direito à vida, dentre outros direitos fundamentais sobre os quais poderia se refletir a partir da mesma perspectiva, por sua vez, atende à importância que a comunidade jurídica, a exemplo da doutrina, costuma lhes conferir no nosso sistema de direitos e garantias.

O principal objetivo desse trabalho, assim, é refletir sobre como o STF encara o problema da aplicação da norma que garante o direito à vida nos casos estudados. Importa aqui antes a maneira como as soluções particulares são construídas do que o seu conteúdo propriamente. É dizer, não se pretende aqui refletir sobre o conteúdo do direito à vida segundo o STF ou elaborar uma lista de características desse direito conforme o STF, mas discutir seu comportamento argumentativo na construção de soluções

para as controvérsias oriundas da aplicação da norma que vincula esse direito.

1.2. Pressupostos teóricos

As reflexões apresentadas nesse trabalho têm um pano de fundo específico. Trata-se de um modelo analítico baseado no conceito de suporte fático. Todavia, ainda que esse modelo esteja no horizonte das análises aqui empreendidas, este não é um trabalho que busca classificar as diferentes decisões e votos estudados como pertencentes a esta ou aquela categoria, dentre aquelas que apresentaremos a seguir. Conforme pudemos observar no decorrer da pesquisa, embora o modelo de que partimos ofereça elementos interessantes para se discutir o comportamento argumentativo dos ministros, raras vezes foi possível identificar, sem sombra de questionamentos ou sem aproximações grosseiras, o tipo de suporte fático de que fazem uso. Por essa razão, evitamos realizar uma classificação artificial dos votos, que reduziria sua natural complexidade em favor de um ganho meramente classificatório, optando, no entanto, por manter o modelo como referencial.

1.2.1. Noções sobre suporte fático

A ideia de *suporte fático* das normas jurídicas é velha conhecida da teoria do direito. Elaborada inicialmente na dogmática penal do século XIX, logo foi transportada e largamente utilizada em outros campos do Direito⁵. Com algumas variações de nomenclatura (“tipicidade”, no direito penal; “hipótese de incidência”, no direito tributário etc.), *suporte fático* se refere essencialmente aos fatos do mundo que, por terem sido considerados relevantes, são descritos pelas normas jurídicas, que lhes imputam certas consequências.

Tome-se, por exemplo, a disciplina do Código Civil sobre a capacidade. Seu artigo 5º descreve uma série fatos que têm como consequência a cessação da incapacidade: “completar 18 anos” (caput), “casamento” (parágrafo único, II), “colação de grau em curso de ensino

⁵ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 15 ed. , rev. São Paulo: Saraiva, 2008. § 12 (“O suporte fático”).

superior” (parágrafo único, IV) etc. O suporte fático, no caso, é formado pelo conjunto de hipóteses que, se verificadas, acarretam como consequência jurídica o fim da incapacidade civil.

Há que se diferenciar, contudo, suporte fático abstrato, que é o que interessa para os fins da pesquisa, e suporte fático concreto. Este último nada mais é do que a efetiva ocorrência da hipótese descrita. Pensemos no tipo de homicídio (art. 121 do Código Penal): “Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos”. O suporte fático abstrato reside na hipótese “matar alguém”, à qual se atribui a imposição de uma sanção como consequência. Já o suporte fático concreto verifica-se quando a hipótese ocorre na realidade: “Tício mata Mévio”.

Essa noção transportada para a dogmática dos direitos fundamentais impõe algumas elaborações adicionais, dada a especificidades do objeto. Em se tratando de normas de direito fundamental, estamos falando de normas que, na tradição jurídica da Constituição brasileira de 1988, sustentam-se em dispositivos com alto grau de indeterminação normativa. Mas a ideia geral de suporte permanece a mesma e pode ser aproveitada no estudo destas.

Para os fins dessa pesquisa, adotaremos o modelo de análise do suporte fático de normas de direito fundamental proposto por Virgílio Afonso da Silva⁶ a partir de uma reelaboração do conceito trabalhado por Alexy. Este modelo pode ser descrito da seguinte forma: se x é uma ação, estado ou posição jurídica pertencente ao âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental (APx) e, além disso, se não existe fundamento constitucional para uma intervenção estatal atual em x (não- $FC(IEx)$), a consequência jurídica prescrita pela norma deve ocorrer (CJx). Em termos lógicos-formais: $(x) (APx \wedge \neg FC(IEx) \leftrightarrow OCx)$.

Um exemplo ajuda a entender um pouco melhor o funcionamento desses conceitos. Pensemos na situação do militante político que deseja

⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Capítulo 3.

uma reforma no modelo de distribuição dos recursos públicos. Todos os dias esse militante vai à praça da Sé, com seu megafone, explicar aos que circulam pela região os motivos pelos quais entende que 10% do PIB brasileiro deveria ser investido em educação. É evidente que na situação temos o exercício de uma conduta a primeira vista passível de ser entendida como protegida pela liberdade de expressão. Contudo a consequência jurídica típica da norma que protege a liberdade de expressão (cessação de uma intervenção) não ocorre. A explicação para isso é que o suporte fático da norma que garante esse direito não foi preenchido. Para que a consequência pudesse ser ativada seria necessário que se verificasse ainda a presença de uma intervenção no que é protegido – por exemplo, a expulsão do militante por forças policiais a mando do Governo – e que essa intervenção não encontrasse acolhida na Constituição.

É com base na abstração dessas condições (que precisam ocorrer para que também ocorra a consequência jurídica) que se constrói o modelo de análise com o qual trabalharemos. Já os modos de configuração desses elementos (âmbito de proteção e intervenção), segundo o modelo, podem ser agrupados em dois tipos de concepção sobre suporte fático. Esquemáticamente:

(a) Suporte fático restrito:

(a1) *Âmbito de proteção restrito*: adota-se algum tipo de critério ou estratégia argumentativa para excluir, a priori, certas condutas do âmbito de proteção da norma.

(a2) *Intervenção restrita*: entende-se que meras regulamentações quanto ao modo de exercício do direito não podem ser consideradas intervenções em seu exercício

(b) Suporte fático amplo:

(b1) *Âmbito de proteção amplo*: não exclui, a priori, nenhuma conduta do âmbito de proteção da norma – entende-se que qualquer conduta que possa ser subsumida ao âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental, deve ser entendida como *prima facie* protegida.

(b2) *Intervenção ampla*: toda e qualquer regulamentação deve ser entendida como uma restrição ao direito

Âmbito de proteção restrito e âmbito de proteção amplo referem-se a duas formas diferentes de se trabalhar com a questão “o que é protegido pela norma de direito fundamental?”. As teorias que pressupõem que as normas que protegem direitos fundamentais possuem algum tipo de limite quanto aquilo que protegem, determinável pela adoção de um critério ou estratégia argumentativa a partir da qual se exclui certas posições da proteção conferida, são agrupadas no modelo de suporte fático restrito. Por outro lado, aquelas posições que supõe que o âmbito de proteção da norma que veicula um direito fundamental deve ser tomado no sentido mais amplo possível, bastando, em cada caso, haver uma pertinência temática entre a conduta ou posição e o direito, são entendidas como típicas de um modelo de suporte fático amplo.

Além da questão sobre o que é protegido por uma norma de direito fundamental, outra, diretamente relacionada com esta, é aquela sobre contra o que essas normas protegem. Em outras palavras, quando afirmo que a Constituição protege a vida humana, estou dizendo que ela protege a vida exatamente contra o que? Toda e qualquer intervenção do Estado no âmbito de proteção da norma deve ser entendida como uma violação a este direito? Trata-se aqui de uma discussão sobre amplitude do conceito de restrição a direito. Tal como o âmbito de proteção, o conceito – mais especificamente a extensão - de restrição também faz parte do suporte fático.

Uma estratégia típica de suporte fático restrito, em termos de restrição, atribui extensão igualmente restrita a este conceito. Isso implica dizer que os comportamentos argumentativos que se encaixam neste modelo compreendem a atuação estatal que interfere no âmbito de proteção como passível de se apresentar de duas formas distintas. Uma delas, a efetiva restrição, é aquela que se configura como a intervenção estatal que interfere diretamente na expressão desse direito. A outra, diferentemente desta, apesar de intervir em algo tido como protegido também, não interfere no exercício deste direito: apenas regulamenta o modo do seu exercício. Então, para uma ideia de suporte fático restrito quanto à extensão do conceito de restrição, a medida estatal que proibisse o artista bêbado de expressar sua arte na avenida mais importante da cidade poderia ser entendida como uma mera regulamentação. Para tal abordagem, não se estaria restringindo a liberdade de expressão do artista, mas apenas regulamentando o modo pelo qual ela deve ser exercida.

Já para uma abordagem característica de suporte fático amplo, o conceito de restrição é tomado em sentido amplo. Não se distingue intervenções estatais em restrições e meras regulamentações. São todas consideradas como sinônimo. Esse modelo se sustenta na ideia de que toda regulamentação deve ser entendida também como uma forma de restrição, na medida em que, ao regulamentar (permitir) um determinado modo de exercício do direito, estaria a autoridade estatal proibindo o exercício em formas outras que não a prescrita.

2. Metodologia

2.1. Enfoque metodológico

Esse trabalho recorre a uma abordagem metodológica tanto analítica quanto empírica. Os dois enfoques são conjugados com o intuito de lançar luz sobre a atuação do órgão máximo do judiciário no desempenho de sua função típica de guardião dos valores constitucionais. Nesse sentido, o enfoque é analítico na medida em que a preocupação fundamental dessa pesquisa reside na reconstrução das estruturas argumentativas articuladas, no universo de decisões estudadas, a partir de seus elementos constitutivos

mais básicos. É também empírico o enfoque adotado uma vez que a pesquisa tem como principal objetivo compreender como argumentos sobre o tema em questão são mobilizados numa atividade aplicativa eminentemente prática. Busca-se avaliar, com recurso ao ferramental analítico, como a Supremo Tribunal Federal argumenta com base em direitos fundamentais em dois *leading cases* em que discute a norma de direito fundamental que tutela a vida.

2.2. Delimitação do universo de decisões

Optamos por analisar, neste trabalho, duas das decisões mais representativas do STF sobre o direito à vida. São elas a ADI 3.510, em que a corte discutiu a constitucionalidade da lei que autorizava o emprego de células tronco obtidas de embriões humanos em pesquisas e terapias, e a ADPF 54, ação que questionava a criminalização da interrupção de gestação de fetos anencefálicos.

Ambos os casos, além de contarem com discussões substantivas sobre o direito à vida, objeto de normatização constitucional sobre a qual esta pesquisa se ocupou, são amplamente reconhecidos pela comunidade jurídica e pelo próprio STF como especialmente relevantes. E isto não apenas dentro do tema “vida”. Na seção de seu site direcionada a destacar os casos notórios que o tribunal decidiu, as duas decisões figuram na lista⁷. Ademais, quando de seus julgamentos, alguns dos próprios ministros reconheceram que se tratava de casos emblemáticos, a exemplo do Min. Celso de Mello, que afirmou ser o julgamento da ADI 3.510 “o mais importante de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou”⁸.

3. Caso “Células-Tronco” – ADI 3.510/DF

3.1. O caso

Em 2005, foi aprovado no Congresso Nacional uma nova *Lei de Biossegurança* (lei nº 11.105/05), que inovou no tratamento de uma série

⁷ Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarResultadoPesquisaJurisprudenciaFavoritaCasoNotorio.asp>>. Acesso em: 30-09-2014.

⁸ Voto do Min. Celso de Mello na ADI 3.510, p. 590.

de temas. Dentre estes, destaca-se a permissão para o uso, em pesquisas e terapias, de células-tronco obtidas a partir de embriões humanos. A disciplina trazida por essa lei representou modificação substancial em relação ao tratamento conferido à matéria pela legislação que sucedeu. A antiga *Lei de Biossegurança* (Lei nº 8.974/95), revogada expressamente pela atual, não apenas vedava esse tipo de manipulação de material genético humano, como lhe atribuía caráter criminoso. Seu artigo 13, IV culminava pena de reclusão de 6 a 20 anos para a “produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servirem como material biológico disponível”, equiparando essa conduta, em termos de rigor penal, ao crime de homicídio.

O art. 5º da nova lei, apesar de descriminalizar a utilização de células-tronco embrionárias para fins médico-científicos, estabeleceu uma série de parâmetros a serem observados na permissão, em cada caso, e nos procedimentos técnicos em geral. Nos termos do próprio artigo:

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.

Poucos meses após a publicação oficial da lei nº 11.105/05, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de

Inconstitucionalidade nº 3.510/DF⁹, no Supremo Tribunal Federal, questionando a constitucionalidade da disciplina trazida por esse artigo. Na inicial¹⁰, sustentou que a permissão veiculada pelo dispositivo representava uma violação material à Constituição, na medida em que, consoante com a tese defendida, não observaria a inviolabilidade do direito à vida (Art. 5º, caput, CF/88) e a proteção da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88).

O requerente fundamentou a alegação de inconstitucionalidade na tese, corroborada pela opinião de especialistas médicos e pesquisadores que consultou, de que a vida humana tem início no exato momento da fecundação. De modo que o embrião, entendido como óvulo fecundado, e cujo desenvolvimento celular não ultrapassou a 8ª semana, seria manifestação de vida humana em curso, portanto, manifestação de algo protegido pela Constituição como *inviolável*. Além disso, sendo manifestação de vida humana, o embrião possuiria também uma dignidade a ser protegida. Assim, a permissão para que embriões possam ser empregados em atividades de pesquisa e terapia representaria uma violação à proteção conferida pela Constituição tanto à vida quanto à dignidade, devendo ser rechaçada pelo STF.

3.2. Decisão

A contestação apresentada pelo Procurador Geral da República não foi acolhida pelo STF. Por maioria dos votos (6x5), a Corte julgou totalmente improcedente a ADI 3.510/DF. A tese vencedora fixou, na ementa, dois entendimentos principais a cerca das questões suscitadas pelo requerente¹¹. Em primeiro lugar, estabeleceu que a proteção constitucional à vida e à

⁹ STF, ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, Dje 28-05-2010.

¹⁰ Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 30-09-2014.

¹¹ Como veremos na análise individual dos votos, esses entendimentos, a não ser sobre a constitucionalidade da lei (a maioria concordou que era constitucional), não foram necessariamente objeto de consenso, nem mesmo em relação aos fundamentos que justificariam a constitucionalidade, embora tenham recebido destaque na ementa.

dignidade consagrada na Constituição, nos artigos 5º, *caput* e 1º, III dirige-se apenas às pessoas já nascidas, o que não é caso do embrião:

“III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa”¹².

Em segundo lugar, reconheceu a potencialidade de vida humana, presente, por exemplo, no embrião pré-implantado, como merecedora de proteção. Diante do silêncio constitucional acerca da questão, todavia, asseverou a ementa que essa proteção deve ficar a cargo da legislação infraconstitucional, que já apresenta uma série de disposições voltadas à tutela dos diferentes estágios do desenvolvimento biológico humano:

“A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. [...] O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição”¹³.

Apesar do reconhecimento de que o embrião é uma potencialidade de vida que merece proteção, entendeu-se que o conjunto de restrições apresentadas pela lei impugnada é suficiente para afastar lesão a essa potencialidade tutelada pela ordem jurídica. Segundo a ementa, o embrião, nas circunstâncias em que o diploma normativo autoriza seu uso, não pode

¹² Ementa, p. 136

¹³ Ementa, p. 137

ser considerado potencialidade de vida, daí não haver conflito entre aquilo que prescreve a lei e a necessária proteção dos estágios pré-natais da vida humana. Essa posição está assentada na justificativa de que o embrião cujo emprego a *Lei de Biossegurança* autoriza não é algo a caminho de produzir vida, posto que “lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível”¹⁴. Tal condição, ainda segundo a ementa, resulta do fato de ser autorizado o emprego apenas de células embrionárias inviáveis (i) biologicamente ou (ii) para os fins a que se destinam. Isto é, embriões que, de qualquer forma (por razões naturais ou circunstâncias fáticas), não seriam desenvolvidos ao ponto de dar origem a um ser humano.

Por fim, ao afirmar que a destruição de tais embriões, para os fins previstos pela lei, não configura a conduta tipificada como aborto pelo Código Penal, acrescentou-se que o embrião ainda não implantado no útero não é suscetível de progressão reprodutiva e, conseqüentemente, não há nessa situação ser humano em estado embrionário, cuja interrupção da gestação é vedada. Haveria, nessa circunstância, apenas “entidade embrionária do ser humano”¹⁵.

Além das posições citadas, centrais para os propósitos desse trabalho, a Corte também fixou outros entendimentos. Por exemplo, sobre o direito ao planejamento familiar e os limites da competência do STF. Dado seu caráter lateral para a decisão, e de não fazerem parte do objeto dessa pesquisa, não apresentaremos todas essas questões¹⁶.

¹⁴ idem

¹⁵ idem

¹⁶ Uma análise desses outros argumentos, embora não sob o mesmo viés analítico adotado nesse trabalho, podem ser encontrados em pesquisa de Flávia Annenberg, que investigou a possível relação de precedência entre as decisões dos casos das células-tronco (ADI 3510/DF) e do aborto dos fetos anencéfalo (ADPF 54/DF). Cf. Capítulo 5, “A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo”. 2008. Monografia – Escola de Formação (SBDP). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf>. Acesso em: 02-10-2014.

3.3. Estratégia 1 – Delimitação do âmbito de proteção

Pertencem a este grupo os votos que, buscando dirimir a controvérsia posta diante do STF quanto à constitucionalidade da lei que autorizava o emprego de células-tronco embrionárias humanas, recorreram à delimitação do âmbito de proteção da norma de direito fundamental que garante o direito à vida.

3.3.1. Voto do Min. Ayres Britto (relator)

3.3.1.1. A proteção constitucional à vida

O voto do Min. Ayres Brito sobre a constitucionalidade do art. 5º da lei de Biossegurança, que passou a autorizar pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias, concentrou-se especialmente na delimitação do alcance da proteção da norma de direito fundamental que garante o direito à vida. O ministro buscou, num primeiro momento, resolver o impasse levantado pela Procuradoria Geral da República, que alegava haver uma violação a este direito na autorização conferida pela lei para certos usos de células humanas, estabelecendo o exato alcance da proteção conferida pela Constituição.

Diante da alegação de que a Lei de Biossegurança representava afronta a uma posição jurídica pretensamente protegida pelo direito à vida, o ministro, em primeiro lugar, incumbiu-se da tarefa de responder à pergunta em cuja resposta entendeu residir a solução para o problema posto diante de si: o que é protegido pela norma constitucional resultante do texto (art. 5º, *caput*, CF/88)¹⁷ que consagra a inviolabilidade do direito à vida? Em outras palavras, o embrião obtido por fertilização *in vitro*, dada as condicionantes trazidas pela lei (inviável ou congelado a mais de três anos; após autorização dos genitores etc.), é algo abrangido pela proteção conferida pela norma? Se sim, em que medida?

A resposta apresentada pelo ministro a essa questão articulou-se a partir de dois eixos. Em primeiro lugar, identificou que não é possível extrair do texto constitucional uma opção do constituinte por um marco

¹⁷ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

temporal a partir do qual seria possível determinar quando, passa a existir vida. Isso, no entendimento do ministro, significou transferência de poder normativo ao legislador ordinário, que teria, desse modo, legitimidade para traçar esse tipo de parâmetro.¹⁸

Em segundo lugar, o ministro reconheceu que a Constituição apresenta um critério que funciona como filtro seletor daquilo que protege, e daquilo que não protege, sob a rubrica “direito à vida”. O filtro, no caso, seria uma opção constitucional não sobre o início biológico da vida, mas sobre a aquisição de personalidade jurídica, condição para a titularização e gozo desse direito. As seguintes passagens do voto do ministro relator são bastante claras quanto a essa interpretação:

“[...] Quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’(alínea b do inciso VII do art. 34), ‘livre exercício dos direitos (...) individuais’ (inciso III do art. 85) e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º)”¹⁹.

“Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa

¹⁸ “E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida” (Voto Min Ayres Britto, p. 165-166). Em outra passagem, em que se reporta à proteção infraconstitucional à vida: “Reconhecer e proteger, esclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual [...]” (idem, p. 171).

¹⁹ Voto Min. Ayres Britto, p. 164.

condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião)”²⁰.

Uma vez que a tutela constitucional sobre o direito à vida, conforme o critério reconhecido na decisão, confere proteção apenas às pessoas civis, entendidas como indivíduos humanos já nascidos e, portanto, já dotadas de personalidade, não há que se falar em afronta a esta proteção por parte da lei. A posição jurídica na qual a disciplina normativa interfere (embrião humano) não é algo que pertence ao âmbito de proteção da norma que veicula o direito à vida, mas objeto sobre o qual o legislador ordinário, dado o transpasse de poder normativo, pode disciplinar. Dispensa-se, nessas circunstâncias, a necessidade de se justificar – ou mesmo repelir, dependendo do entendimento do aplicador - a intervenção estatal, pelo menos da perspectiva da proteção dessa norma. E de fato, em nenhum momento de seu voto o ministro reconhece que a lei em questão representa uma restrição, ainda que legítima, ao direito à vida, como veremos no voto do Min. Joaquim Barbosa²¹, que segue essa linha de raciocínio.

Como se observa, o reconhecimento desse critério desempenha papel central na argumentação do Min. Ayres Britto em favor da constitucionalidade da lei contestada. Por ele, não só não reconhece titularidade de direito à vida ao embrião, como também o exclui da proteção representada pela norma. O dever de proteger as posições ocupadas por ele, como veremos a seguir, decorreria de outras normas de direito fundamental, mas não do direito à vida, frise-se.

Quanto à fundamentação desse critério, razões referenciadas a uma interpretação sistemática da Constituição foram apresentadas pelo Min.

²⁰ Voto Min. Ayres Britto, p.165. Trata-se de trecho do voto que foi parcialmente reproduzido na ementa com os seguintes termos: “[A Constituição] não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria ‘natalista’, em contraposição às teorias ‘concepcionista’ ou da ‘personalidade condicional’). E quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa” (Ementa, p.136).

²¹ Cf. Voto Min. Joaquim Barbosa, *infra* 3.4.1.

Ayres Britto. De acordo com ele, as referências contidas no artigo 5º da Constituição a nacionais e estrangeiros – reverberadas em outros dispositivos (sobre nacionalidade e proteção da criança) – exprimem uma opção do constituinte por garantir proteção à vida apenas nas circunstâncias em que há um indivíduo-pessoa. Nas palavras do próprio ministro:

[...] ela mesma, Constituição, faz expresse uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar a referência do seu art. 5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita aceção de "nascidos", conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a b do inciso II do mesmo art. 12). Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da "criança", como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intra-uterina"²².

3.3.1.2. A proteção infraconstitucional ao embrião e sua fonte constitucional

Um aspecto importante do voto do Min. Ayres Britto refere-se ao reconhecimento de que o embrião (ainda que antes de ser implantado), embora não possa ser considerado titular do direito à vida ou mesmo objeto

²² Voto Min. Ayres Britto, p. 164-165. No mesmo sentido, Cf. Confirmação de voto do Min. Ayres Britto: "Quando a Constituição, no art. 5º, fala 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', inclusive da vida, diz que assegura tais direitos 'aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País'. Ora, a toda evidência, um embrião não é um brasileiro. Ele não tem nacionalidade. E, enquanto permanecer ali in vitro, fora do útero materno, sem possibilidade de nidação, ele jamais vai ganhar uma nacionalidade. Também não é um estrangeiro. Esta categoria de brasileiro e de estrangeiro como condição para gozo 'Dos Direitos e Garantias Fundamentais', essa condição, para o embrião, é um indiferente jurídico. O embrião jamais vai alcançar o status de brasileiro ou de estrangeiro."

da proteção veiculada pela norma que garante este direito, é merecedor de proteção infraconstitucional²³. É a postura que se verifica, entre outras, nas seguintes passagens do acórdão:

“A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”²⁴.

“[...] acredito que a Constituição, em última análise, é o fundamento de validade dessas leis protetivas de toda e qualquer vida, início de vida, seja intra-uterinamente, seja extra-uterinamente [...]”²⁵.

Segundo o voto do ministro esse dever de proteger a potencialidade de vida decorre de um “transbordamento” da garantia à dignidade da pessoa humana, sem que o embrião, no entanto, seja considerado titular desse direito (ou de qualquer outro). Essa norma apenas impõe um dever de proteger. A constituição protege diretamente a vida apenas do ser humano já nascido, mas impõe, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, que o legislador infraconstitucional tutele os diferentes estágios de desenvolvimento biológico humano, inclusive potencialidade de vida representada pelo embrião. Nesse sentido, vejamos os seguintes trecho do voto do ministro:

“Sucede que - este o fiat lux da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais,

²³ A própria ementa consagra esse entendimento do ministro: “Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. [...] O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição” (Ementa, p. 136).

²⁴ Voto Min. Ayres Britto, p. 172

²⁵ Aparte ao Voto do Min. Cezar Peluso, p. 525

a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do nascituro" (do latim "nasciturus") ; que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento. ²⁶.

[...] Apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, esclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana.²⁷"

Assim, se, por um lado, o ministro não reconhece a posição ocupada pelo embrião (ou qualquer outra forma de vida pré-natal) como algo protegido pela norma que tutela a vida, de modo que a disciplina da lei não representa restrição a este direito, por outro lado, identifica que o embrião está posto sob proteção por outra norma de direito fundamental. Essa proteção, no entanto, estaria condicionada pelo arbítrio do legislador. Para o ministro, o princípio da dignidade da pessoa humana veicula um dever de proteção sujeito à vontade legislativa: "Reconhecer e proteger, esclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana"²⁸.

Disso, ainda não é possível concluir se esse dever de proteger é a imposição de um *mandamento de otimização*, como presente na teoria dos princípios de Robert Alexy, para quem normas de direito fundamental garantem direitos (ou impõem deveres) *prima facie*, isto é, impõe uma proteção ampla, em abstrato, que pode se mostrar mais restrita em

²⁶ Voto Min. Ayres Britto, p. 169

²⁷ Idem, p. 171.

²⁸ Idem.

definitivo, em razões das condições fáticas e jurídicas concretas²⁹. Outra interpretação possível é a de que esse dever de proteção é antes um dever de disciplinar do que propriamente um dever de tutelar, que pressupõe necessariamente colocar a salvo, ainda que não em definitivo. Ora, se o legislador pode disciplinar como quiser – caso se entenda que só tem dever de disciplinar --, isso implica, em alguns casos deixar de proteger algo que, de outro modo, poderia ser considerado como protegido pela norma, sem que esse juízo esteja sujeito a algum tipo de análise quanto à proporcionalidade ou razoabilidade, por exemplo³⁰.

O fato é que, reconhecendo esse marco normativo, o ministro elabora um novo raciocínio sobre a Constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança. Ele passa a buscar as razões que justificam o tipo de disciplina trazida pela lei, o que, se não permite conclusões muito acuradas sobre a estrutura normativa que ele reconhece ao dever de proteger, oferece algumas pistas. A própria necessidade que demonstra de justificar a disciplina trazida pela lei, diante do dever de proteção, é um indício de que não há apenas um dever de disciplinar a matéria, mas sim um dever de efetivamente tutelar. Se assim não fosse, a simples referência ao fato de que o legislador tem liberdade para, como bem entender, regulamentar o tema, seria suficiente para afastar qualquer dúvida sobre a constitucionalidade da lei. O legislador, no exercício de uma escolha guiada por juízo de oportunidade e conveniência, atribuído a si pelo ordenamento constitucional, teria permitido a pesquisa envolvendo aplicações de embrião pré-implantado.

Para justificar a legitimidade das escolhas feitas pelo legislador, ele recorre à interpretação do conjunto de textos infraconstitucionais que disciplinam o tema, especialmente a lei de transplantes (Lei 9.434/97) e o Código Penal, diante dos direitos fundamentais ao planejamento familiar e à liberdade reprodutiva. A partir disso, conclui que a potencialidade de vida

²⁹ Cf. ALEXY, Robert. Teoria dos Principios. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

³⁰ Para uma análise desses instrumentos dogmáticos e, sobretudo, sobre a maneira como têm sido empregados pelos STF. Cf. Silva, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 798, p. 23-50, 2002;

que o direito protege, diante de todo o conjunto normativo avaliado, é a daquela fática e biologicamente viável a desenvolver terminações nervosas:

“Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem”.

O ministro ainda elenca outros direitos fundamentais que seriam promovidos pela Lei de Biossegurança, como o direito à saúde, dos possíveis beneficiados pelas pesquisas e terapias que a lei autorizou, e a liberdade de expressão científica, sem, contudo, referir-se a existência de conflito de direitos fundamentais. Muito menos à uma interferência da proteção conferida por esses direitos no âmbito de proteção da norma que assegura o direito à vida.

3.3.1.3. Chave para compreensão da “decisão colegiada”: a ementa e a prática forense brasileira

O voto do Min. Ayres Britto é de extrema importância para a compreensão desse caso. A sua relação com o voto dos demais ministros, especialmente daqueles que o acompanharam, revela bastante sobre a dinâmica desse julgamento. Além disso, seu voto fornece uma importante chave para compreensão da ementa. Ele destaca-se por apresentar identificação com os termos dela, que é uma síntese, quando não a

transcrição de trechos inteiros desse voto, e por ser referido, no acórdão³¹ e no extrato de ata³², como o fundamento dos entendimentos fixados por ela.

Embora seu voto tenha recebido adesão expressa da maior parte dos ministros³³, e implícita dos demais, que formaram a maioria vencedora, não foi, de fato, acompanhado em sua parte substancial. O modo como cada um dos demais ministros que indeferiram o pedido da requerente fundamentou o indeferimento foi, em geral, bastante diverso da maneira que se observa no voto do Min. Ayres Britto. Portanto, identificar manifestações de acompanhamento e referências a isso no acórdão e no extrato de ato, como se houvesse, de fato, um completo referendo ao voto acompanhado, que então falaria em nome do Colegiado, é exercício de ficção.

Essa constatação de que dificilmente podemos dizer que o voto do relator, dada as circunstâncias dessa votação, fala em nome do Tribunal enquanto órgão colegiado, no entanto, se satisfaz do ponto de vista da lógica interna da decisão, ignora alguns aspectos sensíveis do nosso cotidiano judicial. Se, por um lado, nem mesmo a adesão literal ao voto do relator encontra eco nos argumentos mobilizados nos votos daqueles que o acompanharam e não é possível inferir que o colégio de fato concorda com o que se encontra na ementa, por outro lado, percebe-se que prática forense brasileira costuma recorrer à ficção segundo a qual a ementa é a parte dispositiva que manifesta uma suposta decisão colegiada.

Decisões judiciais e petições nas quais decisões de tribunais colegiados desempenham algum papel, comumente, citam apenas aquilo que consta na ementa, como se ela representasse a síntese da decisão do

³¹ “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do relator e por maioria de votos [...]” (Acórdão, p. 141)

³² “Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes” – Grifei (Extrato de Ata, p. 659)

³³ Declararam expressamente acompanhar o voto do Min. relator: Min. Joaquim Barbosa (p. 474), Min. Marco Aurélio (p. 533), Min. Celso de Mello (p. 591).

Tribunal³⁴. Não é necessário ir muito longe para se verificar esse fenômeno. Vejamos, nesse sentido, o voto proferido pelo Min. Marco Aurélio na ADPF 54, da qual foi relator. Quando o ministro se refere ao precedente representado pela ADI 3.510 (o caso que estamos estudando aqui), trata a ementa e, especialmente, os fundamentos que ela apresenta, como manifestação do que “este Supremo Tribunal proclamou”³⁵ ou do que “este Tribunal assentou”³⁶.

Analisar com maior profundidade esses problemas, no entanto, foge aos propósitos desse trabalho. O fato é que, numa cultura jurídica que valoriza “decisões colegiadas”, geralmente identificadas com aquilo que está presente na ementa, ainda que isso possa ser objeto de divergências acadêmicas, é importante que se observe as teses que consolida e fundamenta. Nesse sentido, é digno de nota o fato de que o voto do relator fornece uma chave para compreender aquilo que está presente nela, dado que é desse voto que se extrai os textos nela constantes. Compreender a ementa desse caso, em última análise, é compreender o voto do Min. Ayres Britto.

3.3.2. Voto do Min. Celso de Mello

O Min. Celso de Mello gastou a primeira parte de seu voto buscando afastar a possibilidade de incidência de argumentos de caráter religioso na controvérsia a que o Tribunal foi provocado a solucionar. Face ao caráter laico não confessional atribuído pela Constituição ao Estado brasileiro,

³⁴ O próprio STF compila em um documento, “A Constituição e o Supremo”, a jurisprudência da Corte sobre temas constitucionais. Nele, observa-se que cada artigo da Constituição é acompanhado de trechos de ementa sobre o assunto. No caso do artigo 5º CF, por exemplo, está transcrito o trecho da ementa da ADI 3.510 que se refere à proteção constitucional à vida, com todos os argumentos que sustentam a tese segundo a qual o embrião não é manifestação de algo protegido diretamente pela Constituição como direito fundamental. Cf. “A Constituição e o Supremo”. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 04-11-2014

³⁵ “No primeiro, este Supremo Tribunal proclamou que a Constituição ‘quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’” (ADPF 54, Voto Min. Ayres Britto, p. 58).

³⁶ “[...] este Tribunal assentou que ‘a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica”. (Idem)

segundo o ministro, deveriam servir de norte à decisão do STF apenas aquilo que dispõem o próprio texto constitucional e as leis da República³⁷.

Essa preliminar do voto não exerceu papel meramente retórico. Na sequência, o ministro descreveu as múltiplas, e nem sempre conciliáveis, formas a partir das quais pode se conceber a presença de uma vida humana. Concluiu que, diante de tal diversidade de possibilidades, competiria ao interprete optar por uma delas. Foi aqui que a preliminar desempenhou papel argumentativo relevante. Segundo o ministro, a opção, qualquer que fosse, deveria ser guiada não por razões confeccionais, considerando o caráter laico do Estado, mas pelo objetivo de promoção do interesse público, expresso na efetivação da dignidade da pessoa humana preconizada no texto constitucional³⁸.

A partir dessas considerações, o ministro deteve-se na busca do critério que melhor se ajusta a esses pressupostos. Então, analisou primeiramente o texto da Constituição Federal, do qual, tal como o ministro relator, concluiu que o constituinte não estabeleceu parâmetros que permitam a clara identificação da vida que protege. Fato que interpretou como permissão ao legislador ordinário para dispor sobre a matéria. Vejamos:

³⁷ "O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas" (Voto Min. Celso de Mello, p. 560). No mesmo sentido: "Note-se, portanto, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não-religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de idéias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não-confessional, para que não se repita, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei ("eppur si muove!"), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema" (idem, p. 569).

³⁸ "Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que permite, ao intérprete necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde" (Voto Min. Celso de Mello, p. 579).

“Como largamente reconhecido no curso deste julgamento, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput"), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão”³⁹.

Feita essa constatação, o ministro passou a analisar a disciplina infraconstitucional da vida, a fim de encontrar as opções legislativas acerca do tema. Na sua interpretação, as respostas que importam à solução da controvérsia arguida pela requerente podem ser encontradas na Lei nº 9.434/97, a chamada “lei de transplantes”⁴⁰. Essa lei, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, a serem empregados em transplantes ou tratamentos, adota um critério quanto ao marco final da vida humana: a morte encefálica⁴¹. Esse critério, segundo a argumentação do ministro, se serve como marco para a morte, também deve servir como marco definidor do início da vida.

Aplicando esse critério, o ministro conclui que o embrião, para os efeitos da proteção constitucional à vida, não deve ser considerado como sujeito a esta proteção. Dessa maneira, a permissão da Lei de Biossegurança para o uso de embriões humanos resultantes de processo de fertilização in vitro, para a inseminação artificial, não representaria uma afronta à ordem constitucional. Desde que observado o período entre a fecundação e o desenvolvimento das primeiras terminações nervosas, momento em que passaria a existir vida normativamente relevante:

“A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, "a contrario sensu",

³⁹ Voto Min. Celso de Mello, p. 580.

⁴⁰ “A vida e a morte, na realidade, qualificam-se como conceitos indeterminados. Dai porque a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual ‘vita in motu est!’” (idem, p. 580)

⁴¹ “Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização "in vitro", transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida. As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central. Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso" ⁴².

Após estruturar essa solução para o problema, que não recorre em nenhum momento à ideia de conflito entre direitos fundamentais, o ministro lança mão da ponderação entre valores, cujo desenvolvimento limita-se às referências presentes nesta passagem:

Tenho para mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito à vida admite a possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado, considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem em relação de conflito, com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por milhões de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis, cuja superação pode ser conseguida com a liberação - que se impõe como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico - das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias" ⁴³.

⁴² Voto Min. Celso de Mello, p. 581

⁴³ Idem, 587.

3.3.3. Voto Min. Menezes Direito

O Min. Menezes Direito conduziu a fundamentação de sua decisão a partir da delimitação do alcance da proteção à vida veiculada pela Constituição. Segundo ele, uma resposta sobre os contornos e limites dessa proteção está vinculada à adoção de algum critério acerca do momento de início da vida humana: "Parece-me necessário, para enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, adotar posição clara sobre o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca"⁴⁴.

Seguindo então nessa linha, recorreu a uma série de opiniões técnicas⁴⁵, bem como a digressões de teor filosófico (passa, p. exemplo, pelas ideias de Aristóteles, Santo Tomás e Kant, entre outros)⁴⁶ e à disposição do art. 4º do Pacto de San Jose da Costa Rica (do qual o Brasil é signatário)⁴⁷, para sustentar que o embrião, desde a fecundação e independentemente de estar inserido num útero, possui vida:

"O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-

⁴⁴ Voto Min. Menezes Direito, p. 265.

⁴⁵ "A embriologia moderna dispõe de conhecimentos extraordinários e um dos mais importantes textos de referência do mundo nessa área, adotado em inúmeras faculdades de medicina, o de Moore e Persaut, ensina que o desenvolvimento humano se inicia exatamente na fecundação (Embriologia clínica. Rio de Janeiro: Elsevier, 7aed., 2004). No mesmo sentido Jan Langman (Medical embryology. Baltimore: Williams and Wilkins, 3a ed., 1975. pág. 3) e Bruce M. Carlson (Patten's foundations of embryology. N. York: McGraw-Hill, 6a ed., 1996. pág. 3). Assim também sustenta o Doutor Gerson Cotta-Pereira, destacado médico patologista, Chefe do Serviço de Imunoquímica e Histoquímica da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, em trabalho ainda não publicado e no qual descreve detalhadamente o processo de reprodução ("O Exato Momento em que se inicia a Vida Humana e a Terapia com as Células-Tronco") (Voto Min. Menezes Direito, p. 276).

⁴⁶ "Mesmo assim, a se comparar o momento da animação racional e a formação do sistema nervoso, o gênio de São Tomás não impediu que chegasse incrivelmente perto da cronologia moderna do desenvolvimento do embrião. E, como sustenta Stephen J. Heaney, Professor de Filosofia da Universidade Saint Paul, Minnesota, se tivesse os conhecimentos hoje disponíveis ele teria revisto seu entendimento para reconhecer a animação desde o momento da fecundação" (Idem).

⁴⁷ "É preciso assinalar que o Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil aderiu e que tem fundamentado diversas decisões desta Suprema Corte, simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção (artigo 4º, 1)" (Voto Min. Menezes Direito, p. 282)

nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferença ontológica entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não”⁴⁸

Segundo o ministro, da conclusão de que o embrião é manifestação de vida humana não decorre imediatamente a solução do caso colocado diante do STF. Isto é, para ele, reconhecer que o embrião possui vida para os propósitos da tutela constitucional não implica necessariamente a inconstitucionalidade da lei que regulamenta as pesquisas com células-tronco embrionárias. Seria necessário ainda examinar se a lei representa de fato uma restrição à proteção de que gozam os embriões, ou se apenas parte dela está em desacordo com a proteção. Isso significa, segundo o Min. Menezes Direito, verificar se todas as formas de extração de células-tronco referidas pela lei violam a vida dos embriões⁴⁹.

Disso decorre sua opção por conferir interpretação aos dispositivos da lei a fim de que se permita a realização de pesquisas e terapias médias, desde que não impliquem violação à vida do embrião. Entendeu, assim, que esses procedimentos estariam de acordo com a proteção constitucional à vida quando envolverem extração de células tronco de embriões biologicamente inviáveis (por ausência espontânea de divisão celular), independentemente de sua destruição⁵⁰, e, nos demais casos (embriões congelados e com o consentimento dos genitores), desde que se empregue método de extração de células-tronco que não implique destruição do embrião⁵¹.

⁴⁸ Idem, 277.

⁴⁹ “Uma vez esclarecido que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição, há que se determinar em seguida se todo o texto do art. 5º da Lei nº 11.105/05 encobre uma violação da vida do embrião e, portanto, da norma constitucional que assegura a inviolabilidade do direito à vida. Vale dizer, há que se verificar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentam contra a vida do embrião” (Idem, p. 282).

⁵⁰ “no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco”

⁵¹ “no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da

3.3.4. Voto Min. César Peluso

O Min. César Peluso adotou um critério para não reconhecer existência de manifestação de vida humana nas circunstâncias regulamentadas pela Lei de Biossegurança. O ministro denominou-o “capacidade de movimento autógeno”. Segundo este critério, a vida deve ser compreendida como um processo dinâmico autônomo, que tem não só um início, como um curso, mantido pela simples existência do movente em direção ao seu próprio fim⁵².

De acordo com o ministro, essa ideia tem fundamento nas opiniões científicas acerca das características da vida biológica, que por sua vez são reflexos do que a filosofia clássica já teria notado⁵³. Para ele, ainda que se lhe reconheça o status de verdade provisória, essa noção, que é a única disponível no atual estágio de conhecimento da humanidade, deve servir de critério objetivo a guiar a decisão⁵⁴.

Aplicando o critério, então, o Min. César Peluso observa que o processo que concebe como característica fundamental da vida está presente na situação do embrião a que se refere a lei. Estes, nas hipóteses previstas, encontram-se congelados, inertes. Dessa maneira, não podem ser identificados como algo a que se reconhece vida atual e, portanto, não

publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei nº 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição” (Voto Min. Menezes Direito, p. 305).

⁵² “Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na ideia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno” (Grifei) (Voto Min. César Peluso, p. 500) .

⁵³ “A convergência dos cientistas, sobretudo da área biológica, quanto à identificação da vida como processo ou fenômeno dinâmico, é reflexo do que já tinham percebido os filósofos” (Idem, p. 498).

⁵⁴ “[...] conceito de vida que, compondo o substrato de opiniões dominantes em diversos setores das ciências físicas e da própria filosofia, deve ser recolhida pela reflexão dogmática e pela inteligência do ordenamento jurídico, ainda que a título de verdade provisória, mas como única disponível, no estágio atual do conhecimento, para julgar e decidir, à luz de critérios não arbitrários, a questão posta de constitucionalidade” (Idem, p. 496)

poderiam ser considerados como titulares de um direito à vida ou mesmo detentores de uma expectativa juridicamente válida em relação a ela.

“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 [...] Todas essas razões, segundo as quais os embriões isolados não são, já do ponto de vista biológico, portadores de vida atual, nem podem equiparar-se ou equivaler a pessoas *in fieri* ou perfeitas, sequer no plano moral, não vejo como nem por onde a regra impugnada, que lhes dá análogo valor e qualificação ao incorporá-los na experiência jurídica e autorizar-lhes a destruição em experiências científicas de finalidades terapêuticas, mutile ou ofenda o chamado direito à vida, objeto da tutela constitucional. Os embriões humanos ditos excedentários, não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito”⁵⁵.

O fato do ministro não ter identificado proteção constitucional à vida do embrião, pois ela seria inexistente nas hipóteses legais, no entanto, não o levou a reconhecer diretamente a constitucionalidade da lei. Julgando improcedente a ADIn, o ministro, conferiu interpretação conforme à constituição a alguns dispositivos, especialmente para precisar uso específico a que devem ser destinados os embriões excedentes⁵⁶, sob pena de afronta à Constituição.

⁵⁵ p. 503-504

⁵⁶ “E a primeira e mais importante dedução respeita à inteligência das expressões ‘para fins de pesquisa e terapia’ e ‘pesquisa ou terapia’, constantes do caput e do § 2º da lei, cujo único significado normativo afeiçoado ao disposto no art. 6º, III, que proíbe engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humanos (art. 6º, III), e à própria Constituição, que não toleraria degradação destes organismos, é de autorização exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins exclusivamente terapêuticos” (Voto Min. César Peluso, p. 519).

Não obstante esses embriões não possam ser considerados como titulares de um direito à vida, ou sequer possuidores de expectativas dele, segundo o ministro, eles representam uma posição a ser resguardada, porque “ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas”⁵⁷. O que impediria, por exemplo, seu descarte puro e simples, independentemente da consecução de um fim específico:

“Porque embriões congelados não têm vida atual, suscetível de proteção jurídica plena (art. 5º caput), eliminá-los não constitui, em princípio, crime, nem ato ilícito menos grave. Mas este juízo abstrato não dispensa o intérprete de apurar se, em qualquer hipótese, independente do fim a que se predestine, está sempre a salvo a compatibilidade entre o tipo de destruição de embriões excedentes ou inaproveitáveis e a dignidade e o estatuto jurídico-constitucionais de que se revestem. Nesta, como em outras tantas questões jurídicas, é preciso discernir”.

Nesse ponto, o ministro afirma que a tutela que devem perceber os embriões congelados não deve ser entendida como algo pertencente ao âmbito da conveniência política do legislador infraconstitucional, que poderia dela dispor, ou mesmo não reconhecer, mas como uma proteção que se fundamenta no próprio ordenamento constitucional. Enquanto “matriz da vida humana”, segundo ele, esses embriões possuem uma dignidade a ser preservada. Não obstante não sejam equivalentes a pessoa, sua aptidão singular de originar a vida corresponde a uma dimensão da proteção consubstanciada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF):

“[...] entendo provenha diretamente dela [Constituição], ainda que em grau ou predicamento mais reduzido em comparação com os das pessoas, o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada sua dignidade própria de matriz da vida humana. Noutras palavras, estou em que os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de

⁵⁷ Idem, p. 514.

retilínea imposição constitucional. E o fundamento intuitivo desta convicção é a dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), enquanto supremo valor ético e jurídico, de que, posto não cheguem a constituir equivalente moral de pessoa, compartilham os embriões na medida e na condição privilegiada de única matéria-prima capaz de, como prolongamento, reproduzir e multiplicar os seres humanos, perpetuando-lhes a espécie⁵⁸.

3.3.5. Voto Min. Eros Grau

O Min. Eros Grau não reconheceu o embrião de que fala a Lei de Biossegurança como manifestação de vida. Segundo o ministro, essa prescinde da presença de “desenvolvimento vital”, caracterizado pela existência de um processo de desenvolvimento contínuo, dentro de um útero. Aplicando esse critério, entendeu que o embrião, nas circunstâncias previstas pelo diploma normativo, não representa então uma vida a ser protegida, uma vez que está congelado e fora de um útero, não cumprindo o requisito do “desenvolvimento vital” aludido:

“No contexto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, embrião é óvulo fecundado fora de um útero. A partir desses óvulos fecundados fertilizados in vitro é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito legal. Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, embrião não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana. [...] Não há vida humana no óvulo fecundado fora de um útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/05 chama de embrião. A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado. Por isso não tem sentido cogitarmos, em

⁵⁸ p. 515

relação a esses 'embriões' do texto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana.”⁵⁹.

Para ele, o embrião que deve ser protegido como manifestação de vida é aquele que se encontra em desenvolvimento dentro de um útero. Esse, sim, teria uma vida e uma dignidade a serem tuteladas. O ministro vai além. Não haveria, no caso do embrião implantado, apenas proteção de vida ou dignidade, mas também titularidade desses direitos. Esse embrião, segundo ele, deve ser entendido como pessoa, no sentido jurídico do termo⁶⁰.

Essas considerações, contudo, precisam ser situadas no contexto do restante do voto. Embora, a primeira vista, possam indicar que existe uma possível identificação entre proteção e titularidade de direito, o restante do voto não autoriza totalmente essa interpretação. Apesar de dizer que “não tem sentido cogitarmos [...] de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana”, o que induz a crer que, para ele, não existe uma posição protegida, ao final do seu voto reconhece proteção ao embrião referido pela lei, como veremos.

O ministro, embora reconheça essa proteção, não apresenta quais seriam seus fundamentos. Afirma apenas que a extensão da permissão legal veiculada pela lei deveria receber limites claros, mediante decisão aditiva, a fim de evitar que questões deixadas em aberto por ela pudessem receber soluções incompatíveis com a Constituição. O ministro particulariza, em especial, duas situações: autorização à manipulação genética e permissão ao aborto⁶¹. Ambas as possibilidades, segundo ele,

⁵⁹ Voto Min. Eros Grau, p. 455-456

⁶⁰ “O nascituro não apenas é protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é também titular de direitos adquiridos. [...] A ele assegurados direitos, não tenho dúvida em afirmar que o nascituro --- vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno --- é pessoa. [...] O embrião --- insisto neste ponto --- faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o direito à vida” (Voto Min. Eros Grau, p. 453-454).

⁶¹ “A ela se impõe estabelecer alguns limites. Seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida [no aborto] e o que pode vir a ser a construção da vida [na pesquisa em torno das células tronco]. Essa

poderiam ser extraídas dos termos excessivamente abertos da lei. Já nos requisitos aditivos, ele vai além desses dois casos, estabelecendo inclusive que a pesquisa não pode destruir os embriões, a não ser quando são biologicamente inviáveis, por suas próprias circunstâncias, isto é, sem interferência humana⁶².

3.3.6. Voto da Min. Cármen Lúcia

A Min. Cármen Lúcia não identificou uma restrição ao direito à vida na autorização trazida pela Lei de Biossegurança. Como os demais ministros que formaram a maioria nesse julgamento, à exceção de Joaquim Barbosa, a ministra não viu na disciplina trazida pela lei algo identificável com uma ameaça que precisaria ser repelida ou mesmo uma exceção legítima à proteção conferida por este direito. Para estruturar essa tese, em primeiro lugar, a ministra buscou estabelecer algumas premissas.

A premissa central para ela diz respeito às características que o ordenamento constitucional confere ao direito em questão quanto à sua violabilidade. O dispositivo da Constituição (art. 5º, *caput*) do qual, no entendimento da ministra, deriva a norma de direito fundamental que garante a vida, apresenta expressa referência à inviolabilidade desse direito. Antes de verificar se a lei representa uma violação, então, segundo ela, seria necessário primeiro determinar o exato alcance dessa inviolabilidade⁶³.

Conforme se observa no voto, a Min. Cármen Lúcia identifica essa discussão com um debate sobre direitos absolutos. A ministra afirmou que a inviolabilidade a que se refere o artigo 5º do texto constitucional não deve

construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse artigo 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição” (Idem,

⁶² “[iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, *caput* será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas ; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco” (Idem, p. 460)

⁶³ “Quando a ser a utilização de células-tronco embrionárias uma forma de violação do direito à vida, talvez conviesse se partir do que significa a violabilidade e o seu contrário, vedado constitucionalmente em relação ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira)” (Voto Min. Cármen Lúcia, p. 339).

ser entendida como uma característica de um direito absoluto⁶⁴, isto é, de um direito que não pode ser flexibilizado em favor da efetivação de outros objetivos ou valores constitucionais igualmente importantes. Esse direito, tal como os demais “princípios de direito”, segundo ela, está sujeito à ponderação:

“Todo princípio de direito haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos nos sistema. Como acentuado pelo Procurador-Geral da República em sua petição, dignidade humana é princípio, e esse se aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional”⁶⁵.

Uma evidência desse caráter não absoluto do direito à vida, segundo ela, é a licitude que o ordenamento jurídico confere ao aborto praticado em determinadas hipóteses⁶⁶. O Código Penal, nos incisos I e II, do art. 128⁶⁷, autoriza a realização da interrupção da gestação sempre que a gravidez resulte de estupro ou quando a sua manutenção implica risco à mulher grávida. Embora a ministra não desenvolva essa ideia, é fácil reconstruir o raciocínio que está por trás dessa afirmação, especialmente em relação à primeira possibilidade de aborto permitido. Se o direito à vida fosse, de fato, um direito que não comporta qualquer flexibilização, sendo, portanto, absoluto, a autorização para o aborto da gravidez fruto de violência sexual não poderia ser considerada constitucional. É claro que esse raciocínio supõe que se reconheça ao feto o direito à vida ou alguma proteção

⁶⁴ “Violar tem o sentido de infringir com violência, transgredir ou ofender o que posto pelo direito. A inviolabilidade do direito à vida, que o Procurador-Geral da República põe como estando descumprido pelo art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, não pode ser interpretada a partir da ideia de direito absoluto” (Idem).

⁶⁵ Voto Min. Cármen Lúcia, p. 339-340

⁶⁶ “Tanto é assim que o ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a figura lícita do aborto nos casos em que seja necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art. 128, incs. I e II, do Código Penal)” (Idem, p. 340).

⁶⁷ “Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

derivada desse direito. Se se reconhece esse direito subjetivo, ou, ao menos, alguma proteção fundada nele, a conclusão é a de que a norma que permite que tenha seu curso vital interrompido, representa uma flexibilização desse direito, em favor dos direitos da mulher.

Esse exame preliminar, apesar de oferecer elementos importantes para a compreensão da estrutura normativa desse direito na visão da ministra, não será utilizado diretamente por ela na fundamentação da constitucionalidade da lei em relação à proteção à vida, como seria de presumir (se é uma premissa, supõe-se que conduzirá à conclusão). No que tange a esse direito fundamental, a solução encontrada pela ministra para justificar a disciplina introduzida pela Lei de Biossegurança sobre o emprego de células-tronco embrionárias em atividades médico-científica não prescindirá de um juízo sobre a flexibilização da proteção conferida por ele.

A Min. Carmén Lúcia recorre a fundamentação de natureza diversa. Segundo a ministra, o direito à vida, nas condições que a lei permite o uso de embriões humanos, não é violado. E, se não é violado de alguma maneira, não faz sentido em falar em flexibilização. Vejamos a justificativa apresentada. De acordo com a ministra, uma vez que o artigo 5º dessa lei autoriza apenas o uso de embriões que não serão introduzidos num útero feminino, dando origem a uma gravidez, não se pode, em primeiro lugar, falar na existência de vida que pode ser violada:

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

além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado”⁶⁸.

Dessa posição não se pode inferir necessariamente que o direito à vida não é fundamento de algum tipo de proteção ao embrião inviável ou congelado. Ainda que não se lhe reconheça como manifestação de vida ou como sujeito que tem direito subjetivo a ela. Os embriões objeto da regulamentação, segundo ela, seriam “substância humana”⁶⁹ (art. 199, §4º, CF), o que não significa que são disponíveis como se fossem uma coisa qualquer. Nesse sentido:

“De se observar que mesmo que seja negativa a resposta quanto à personalidade antes do nascimento não se desapega do Estado a condição de titular de obrigações em relação ao embrião e ao feto, nem se teria – a ser negativa a resposta àquela questão – que a humanidade não reconhecesse importância ou necessidade de cuidados específicos e dotasse de estatuto jurídico próprio o embrião e o feto”⁷⁰.

Ainda não fica muito claro, no entanto, se a proteção a que fazem jus esses embriões, segundo ela, deriva do direito à vida. Em outra passagem de seu voto, a ministra acrescenta que o nosso sistema constitucional não conferiu ao direito à vida significado fechado, e nem o limitou à proteção daqueles dotados de personalidade (por referir-se a nacionais estrangeiros⁷¹), deixando a cargo da sociedade amadurecer as questões

⁶⁸ Voto Min. Cármen Lúcia, p. 343. No mesmo sentido, cf., a conclusão do voto (p. 367): “Creio que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta - não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida”.

⁶⁹ “A célula-tronco embrionária, mencionada na Lei n. 11.105/2005, tem exatamente a natureza de substância humana” (Voto Min. Cármen Lúcia, p. 344).

⁷⁰ Idem, p. 350.

⁷¹ Essas referências, segundo a ministra, deveriam ser interpretadas à luz do princípio da dignidade da pessoa humana: “[...] não apenas os brasileiros e estrangeiros, previstos, expressamente, no dispositivo, são titulares dos direitos fundamentais assegurados pelo Estado nacional, mas que todos os seres humanos titularizam tais direitos, porque o artigo tem de ser considerado em sua sistematização e, no § 2º, do mesmo art. 5º, se contém que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (idem, p. 349).

relativas ao estatuto da vida pré-natal, o que poderia indicar que essa tutela estende-se ao embrião gerado por fertilização *in vitro*⁷².

Em todo caso, o fato é que a ministra reconhece proteção constitucional a esses embriões. Se seu fundamento é o próprio direito à vida ou algum outro direito, como a dignidade⁷³, não é fácil precisar. Quanto à autorização prescrita pela Lei de Biossegurança, especificamente, a ministra encontrou seu fundamento de validade na própria Constituição, o que, na visão dela, não justificaria dizer que esta lei viola o ordenamento constitucional:

“A célula-tronco embrionária, mencionada na Lei n. 11.105/2005, tem exatamente a natureza de substância humana. Logo, não apenas não haveria incompatibilidade entre a norma constitucional e a norma legal questionada, como ainda se poderia afirmar que a lei cuida de um fator humano que não mais pode ser utilizado para os fins a que inicialmente ele se destinou, pois os incisos I e II do art. 5º daquele diploma legal estabelecem que será permitido pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas no período legalmente assinalado. O período de três anos de congelamento, registre-se, é aquele que determina um marco após o qual a viabilidade do procedimento de implante da célula-tronco embrionária torna-se pequena. As clínicas de reprodução assistida dispõem de estatísticas, apresentadas em trabalhos divulgados cientificamente, a comprovar que, após o triênio, a chance de o

⁷² “Ao legislador infraconstitucional conferiu-se a competência para estabelecer o cuidado com as pesquisas, incluídas aquelas que decorressem da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas. E é nessas que se incluem os embriões, como matrizes de que poderia decorrer a vida, mas que para essa não segue pela sua não implantação no útero de uma mulher, como antes enfatizado” (Idem, p. 350).

⁷³ Seu voto parece autorizar essa interpretação, por exemplo, na seguinte passagem: “Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõe das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade” (Idem, p. 360)

embrião se viabilizar é baixa. Apesar de congelado, as membranas tendem a oxidar-se, não lhes garantindo o resultado desejado”⁷⁴.

3.4. Estratégia 2 – Justificação da restrição

Esta estratégia, para enfrentar o problema da constitucionalidade da lei de biossegurança face ao direito à vida, consiste em deslocar o foco argumentativo da delimitação do âmbito de proteção da norma, correspondente à “Estratégia 1”, para a justificação da restrição que a lei representaria. Identificamos que apenas o voto do Min. Joaquim Barbosa adotou essa estratégia.

3.4.1. Voto do Min. Joaquim Barbosa

Diferentemente do que ficou estabelecido no voto do relator Min. Ayres Brito, o ministro Joaquim Barbosa, que declarou expressamente acompanhar aquele voto, reconheceu que a norma Constitucional que garante o direito à vida coloca sob tutela direta o embrião objeto da permissão apresentada pelo artigo 5º da nova lei de biossegurança. Para o ministro, não se tratava de discutir, na decisão, um critério a partir do qual deveria se avaliar se o embrião está ou não protegido pelo direito à vida prevista no texto constitucional, mas de enfrentar os ônus argumentativos que se impõe diante da existência da proteção e do inevitável reconhecimento de que a lei o restringe, ainda que para proteger outros direitos com ele colidentes. Nesse sentido, o ministro se manifestou dizendo que não seria “[...] o caso de se tentar delimitar [...] quando a vida tem início. Cumpre, sim, verificar se a exceção á tutela ao direito à vida tal como disposta no art. 5º da lei 11.105/2006, ora atacado, atende aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988”⁷⁵. No mesmo sentido:

“Com efeito, o ponto nodal da presente ação direta, a meu sentir, consiste em verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela nossa Constituição Federal de 1988 é

⁷⁴ Voto Min. Cármen Lúcia, p. 344.

⁷⁵ p. 462

legítima. Em outras palavras, se a opção do legislador ordinário, consubstanciada no art. 5º da lei 11.105/2006, está ou não em consonância com os ditames da Constituição Federal⁷⁶.

Segundo o ministro, há, no caso, um conflito real entre o direito à vida, de cuja proteção dispõe também o embrião, e outros direitos. Sobre a vida em particular, afirmou haver ainda um conflito entre diferentes faces desse mesmo direito. De um lado, teríamos o direito à vida protegendo o embrião e, de outro, promovendo os interesses daqueles que necessitam do desenvolvimento de novas terapias médicas. Além desse conflito, afirmou existir também colisão dessa proteção com outros valores constitucionais, como a liberdade de expressão científica.

O ministro afirma que a lei, ao equacionar os valores constitucionais em jogo, especialmente a colisão das diferentes faces do direito à vida, fez uma opção fundada na ponderação. Esse sopesamento realizado pelo legislador teria privilegiado a face do direito que propicia uma proteção à vida num sentido “mais amplo e coletivo”, aliando-a, ainda, à promoção do desenvolvimento científico, compreendido como uma das manifestações que a liberdade de expressão assume. O trecho a seguir do voto registra bem a posição do ministro:

“[...] temos, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização in vitro, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. Nessa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida -, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais

⁷⁶ p. 461-462

amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas”⁷⁷.

Portanto, para o ministro, ainda que o embrião represente algo protegido pela norma que veicula o direito a vida, disso não se extrai automaticamente a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional que permite usos que, muitas vezes, implicam destruição desse embrião e, portanto, restrição ao direito fundamental à vida. É necessário verificar, ainda, o modo como a proteção à vida, inclusive na tutela que confere a posições antagônicas, se articula com a proteção conferida por outras normas de direito fundamental. Segundo o ministro, a constitucionalidade da lei, então, depende da avaliação do sopesamento que o próprio legislador ordinário realizou e cujo resultado é a norma que autoriza pesquisas e usos médicos de células tronco obtida de embriões humanos.

Quanto à avaliação da ponderação, o ministro a desenvolve de maneira bastante sintética, como visto no trecho acima, mas ainda assim é possível extrair algumas conclusões do tratamento que confere ao problema. Como se observa, o juízo de aprovação do Min. Joaquim Barbosa sobre a disciplina da Lei de Biossegurança leva em consideração dois pontos: (i) a lei privilegiada a face mais ampla da proteção do direito à vida; (ii) a lei promove, além do direito à vida, outros direitos, com ela colidentes, igualmente merecedores de proteção. Assim, a constitucionalidade da lei estaria assegurada, pois a extensão da restrição ao direito à vida que ela representa, seria, do ponto de vista da proteção e promoção dos direitos fundamentais, justificada pela efetivação que confere a outros direitos e, sobretudo, à própria vida na sua expressão mais ampla.

3.5. Outras estratégias

Agrupamos aqui o conjunto de votos que não permitem precisar a compreensão que determinado ministro tem da estrutura normativa da norma que consagra o direito à vida. Trata-se de um grupo heterogêneo, como se verá. Há desde votos em que o problema trazido ao tribunal acerca

⁷⁷ Idem, p. 4

da constitucionalidade foi solucionado sem a aplicação daquela norma até aqueles em que, embora haja referências a este direito, não é possível identificar claramente o modo como ele orienta a decisão ou poderia orientar situações envolvendo esse direito.

3.5.1. Voto da Min. Ellen Gracie

A Min. Ellen Gracie sustentou a tese de que a disciplina introduzida no direito brasileiro pela Lei de Biossegurança não implica violação à dignidade humana ou à vida. Os requisitos elencadas nos incisos e parágrafos do art. 5º da lei, que impõe o respeito de certos parâmetros à aceitação do emprego médico-científico de um determinado embrião congelado, segundo ela, são suficientes para afastar restrição a qualquer direito fundamental. Essa lei, então, seria perfeitamente compatível com o nosso ordenamento constitucional.

Como observado, o voto da ministra deu primazia à dignidade humana. Embora a ministra não deixe de reconhecer que o direito à vida poderia ser afetado, é principalmente da perspectiva de uma possível restrições à proteção conferida pela dignidade da pessoa humana que a ministra busca avaliar a lei. O direito à vida, especificamente, merece quantitativamente tratamento bem mais breve. Ele, como a dignidade, não seria afetado pela autorização representada pela Lei. É o entendimento que se lê no seguinte trecho, o único em que a ministra se manifesta sobre a relação entre a lei e a proteção ao direito à vida propriamente:

“A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida”⁷⁸.

Não se pode concluir muita coisa dessa simples menção ao fato de que da improbabilidade de utilização desses embriões na geração de novos indivíduos decorre a não restrição ao direito à vida. A nomenclatura “pré-

⁷⁸ p.219

embrião” usada pela ministra para se referir à situação das células fecundadas cujo destino está regulamentado pela lei, no entanto, oferece algumas pistas. Nada que, infelizmente, permita inferir ou reconstruir o que haveria de substancial na justificativa. Algumas conjecturas, no entanto, são possíveis. Ressalte-se, no entanto, que não passam disso.

Na primeira parte do seu voto, em que apresenta algumas digressões preliminares, a ministra afirma que a medicina sustenta que há uma diferença importante entre embrião e pré-embrião⁷⁹. Este, que seria o objeto das aplicações previstas pelo texto legal, é uma massa indiferenciada de células que pode, ou não, dar origem a um ser humano. Nas hipóteses do artigo 5º da lei, não dariam origem a ser humano, pois seriam inviáveis (ou teriam grandes probabilidades de serem). Diferentemente do embrião, que não é, em termos técnicos, o objeto das aplicações previstas pela lei. Este, sim, é a unidade biológica que, talvez, estaria sobre a proteção da norma de direito fundamental.

3.5.2. Voto do Min. Marco Aurélio

Não é possível identificar com muita precisão, no voto do Min. Marco Aurélio, o exato alcance que ele reconhece à proteção constitucional à vida. Mesmo em relação ao embrião, nas circunstâncias normativas da Lei de Biossegurança, não se consegue precisar se é, de fato, algo que o ministro considera objeto da proteção conferida por esse direito fundamental. Em nenhum momento o ministro fala explicitamente se reconhece no caso lesão ou ameaça de lesão a esse direito, muito menos se o embrião está protegido por ele. Alguns elementos que ele traz, todavia, permitem algumas intuições, mas não mais do que isso.

⁷⁹ Referindo-se ao debate que ocorreu no Reino Unido sobre o mesmo tema, a ministra apresenta o seguinte critério para distinguir embriões e pré-embriões: “esse limite temporal presente na lei britânica teve como razão a prevalência do entendimento de que antes do décimo quarto dia haveria uma inadequação no uso da terminologia ‘embrião’, por existir, até o final dessa etapa inicial, apenas uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo. Segundo essa conceituação, somente após esse estágio, pré-embriônico, com duração de 14 dias, é que surge o embrião como uma estrutura propriamente individual, com (1) o aparecimento da linha primitiva, que é a estrutura da qual se originará a coluna vertebral, (2) a perda da capacidade de divisão e de fusão do embrião e (3) a separação do conjunto celular que formará o feto daquele outro que gerará os anexos embrionários, como a placenta e o cordão umbilical. Tais ocorrências coincidem com a nidação, ou seja, o momento no qual o embrião se fixaria na parede do útero”.

O ministro gasta boa parte do voto refletindo sobre a noção de viabilidade. Essa viabilidade, segundo ele, se manifestaria na capacidade de um embrião vir a se tornar um ser humano⁸⁰. O embrião, nas condições que prescreve a Lei, entretanto, não seria dotado dessa capacidade e, portanto, não deveria ser considerado viável. A razão para isso é que a lei determina que sejam empregados, para os fins que autoriza, apenas embriões biologicamente inviáveis ou que não serão utilizados no procedimento para o qual foram produzidos. Nesse último caso, estaríamos diante da inviabilidade de uso; no primeiro, em inviabilidade biológica. Referindo-se a esse conceito, afirma:

“[...] Ora, está-se diante de quadro peculiar a afastar tal resultado. Levem em conta, para tanto, a existência do embrião *in vitro*, e não no útero, e, mais, a constatação da inviabilidade de uso considerada a destinação inicial. Quer pela passagem do tempo sob o estado de congelados, quer considerada a decisão dos que forneceram o material, os embriões jamais virão a se desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento”⁸¹.

Aludindo a essas considerações, num segundo momento do seu voto, o ministro reflete sobre elas tanto a partir da perspectiva biológica quanto da perspectiva jurídica, representada pela doutrina de José Afonso da Silva. Segundo este autor, a vida, para os efeitos da aplicação do art. 5º, *Caput*, da Constituição, é um conceito mais amplo do que o da biologia. Embora se negue a fornecer um conceito, seu livro-texto apresenta a vida, no que deve importar para o direito, como um processo vital que tem como características a continuidade e a constante transformação⁸². Já para a

⁸⁰ “A viabilidade, ou não, diz diretamente com a capacidade de desenvolver-se a ponto de surgir um ser humano” (Voto Min. Marco Aurélio, p. 544)

⁸¹ *Idem*.

⁸² “Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação

biologia, segundo o Min. Marco Aurélio, importariam tanto a fecundação como as condições para o desenvolvimento do óvulo fecundado.

São as reflexões do ministro a partir dessas duas perspectivas:

“Cito este trecho de José Afonso da Silva para revelar o descompasso entre a situação concreta versada no artigo em comento da Lei de Biossegurança e aquela outra que pode resultar, sem interferências estranhas, em uma vida. No enfoque biológico, o início da vida pressupõe não só a fecundação do óvulo pelo espermatozoide como também a viabilidade antes referida, e essa inexistente sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, gestação humana. Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido - a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro -, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe”⁸³.

Desses elementos, no entanto, não se pode inferir a configuração que o âmbito de proteção da norma de direito fundamental que tutela a vida assume, na concepção do Min. Marco Aurélio. Nota-se, apenas, que, ao menos aparentemente, o ministro reconhece que o critério viabilidade tem relevância na aplicação dessa norma. Qual a importância e, sobretudo, que papel deve exercer na interpretação desse direito, repita-se, é impossível dizer, já que o ministro não desenvolve esses raciocínios ao ponto de retirar conclusões concretas para o caso.

vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida”. Cf. SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 197.

⁸³ Voto Min. Marco Aurélio, p. 546.

Sem aludir a existência de um conflito entre diferentes direitos fundamentais ou mesmo à restrição de qualquer desses, o ministro fala também que a lei seria razoável⁸⁴. O parâmetro que indicaria essa constatação seria o “placar” com o qual a lei foi aprovada no legislativo. Pelo menos, esse é o único argumento que o ministro apresenta para sustentar diretamente sua conclusão de que a lei está de acordo com o princípio da razoabilidade: “No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante - 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade”.

Por fim, para concluir seu voto, o ministro fala que a permissão para as pesquisas com células-tronco embrionárias representa a efetivação da solidariedade, corolário da dignidade da pessoa humana, consubstanciada na esperança de cura representada por essas pesquisas⁸⁵. Além disso, afirma que as pesquisas de opinião demonstram que a maioria da população brasileira é favorável à solução legislativa, o que, segundo ele, deveria ser também sopesado na decisão⁸⁶.

3.5.3. Voto Min. Ricardo Lewandovski

O voto do Min. Ricardo Lewandovski, no que concerne à relação entre o direito à vida e a proteção ao embrião humano do qual a Lei de Biossegurança autoriza a extração de células-tronco, articula-se a partir de reflexões sobre duas teses. A primeira delas sustenta que o embrião, em virtude dos tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário deve ser compreendido como vida para a finalidade da proteção constitucional.

⁸⁴ “assentando a harmonia do artigo 5º da lei atacada com a Constituição Federal, notadamente com os artigos 1º e 5º da Carta e com o princípio da razoabilidade” (Voto Min. Marco Aurélio, p. 553).

⁸⁵ “É fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Ora, o que previsto no artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 objetiva, acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória” (Idem, p. 548)

⁸⁶ “No Brasil, pesquisa efetuada em janeiro último pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população - e este deve ser sopesado neste julgamento. O índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco embrionárias - desconsiderada a parcela dos que não opinaram - chegou a 95%” (Voto Min. Marco Aurélio, p. 551).

Segundo o ministro, a controvérsia sobre seu início, no plano jurídico, é resolvida pela constatação de que o Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica – 1969). Esse acordo preceitua que a vida humana, para os efeitos legais, inicia-se no momento da concepção. Reconhecer essa interpretação, no entanto, segundo ele, depende da posição hierárquica ocupada por esses tratados no nosso ordenamento jurídico. É necessário que sejam considerados como superiores à legislação ordinária:

[...] A se levar às últimas consequências 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 vista legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozoide 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' ⁸⁷.

O ministro não desenvolve esse raciocínio sobre a relação de dependência entre a posição que os tratados ocupam na hierarquia normativa brasileira e a aceitação da interpretação fundada nos critérios que eles propõem, mas não é difícil presumir que está se referindo a possíveis conflitos aparentes de normas jurídicas. Nesse contexto, não reconhecer superioridade legislativa aos tratados de que fala implica dizer que suas disposições podem ser revogadas ou derogadas pela legislação ordinária, como a própria Lei de Biossegurança. Não faria muito sentido então recorrer aos parâmetros reconhecidos nesses acordos, para identificar se uma lei de posição hierárquica idêntica está adequada a seus preceitos.

Sobre a posição desses tratados, afirma que, em 2002, a Convenção Americana de Direitos Humanos ingressou no ordenamento jurídico

⁸⁷ Voto Min. Ricardo Lewandovski, p. 399.

brasileiro com o caráter de norma “supra legal dotada de dignidade constitucional”⁸⁸. Fato que, dado os argumentos apresentados anteriormente, deveria leva-lo a conduzir seu exame da controvérsia a partir da aplicação da interpretação segundo a qual a vida tem início na fecundação. No entanto, não foi esse o caminho seguido pelo ministro⁸⁹. Para ele, a discussão sobre os dispositivos da lei em análise pelo STF deveria se centrar na discussão sobre a amplitude da permissão para a manipulação de material genético humano. Discussão que deveria partir do direito à vida como um bem coletivo⁹⁰, que evitaria maniqueísmo sobre esse direito ou a permissão para pesquisas⁹¹. É dessa perspectiva que as disposições da lei devem ser avaliadas, pois é o significado que lhe confere o postulado normativo da dignidade da pessoa humana, que deve ser considerado como o vetor interpretativo de todos os direitos fundamentais⁹². Assim, o ministro declara o pedido parcialmente procedente, conferindo interpretação conforme à Constituição aos dispositivos da lei que, segundo ele, precisariam ser harmonizados com o direito à vida e o postulado da dignidade da pessoa humana:

“i) art. 5º, caput : as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões

⁸⁸ “No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Dentre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de San José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter suprallegal ou, até mesmo, como norma dotada de dignidade constitucional, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte” (Idem, p. 400 – 401)

⁸⁹ “Não obstante esse entendimento, penso que a discussão travada nestes autos não deve limitar-se a saber se os embriões merecem ou não ser tratados de forma condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano” (Idem, p. 403)

⁹⁰ “Creio que o debate deve centrar-se no direito à vida entendido como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo” (Idem, p. 403)

⁹¹ “De fato, analisar essa magna questão tão-somente sob a perspectiva de um eventual direito à vida dos zigotos produzidos in vitro, considerados de per se, pode levar, data venia, a posições maniqueístas, contra ou a favor da vida, contra ou a favor das pesquisas científicas, desviando a discussão de seu foco principal, que, segundo penso, deve centrar-se na extensão em que se permitirá a manipulação - ainda que revestida das melhores intenções - do patrimônio genético dos seres humanos, tema, a meu ver, de transcendental importância” (Idem, p. 404-405).

⁹² “é possível definir a dignidade da pessoa humana como um postulado normativo, ou seja, uma metanorma, que confere significado aos direitos fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, como já assinalado, não apenas sob a ótica individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo” (Idem, 414).

humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;

ii) inc. I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;

iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;

iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado;

v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005⁹³.

3.5.4. Voto Min Gilmar Mendes

O Min. Gilmar Mendes buscou afastar a discussão da controvérsia da necessidade de se adotar ou reconhecer algum marco inicial para a vida. Para ele, a multiplicidade de teorias sobre os temas que esse debate envolve, se fornecem alguma lição, ela consiste na constatação da impossibilidade de se universalizar conclusões tiradas nesse âmbito. Segundo ele, independentemente da posição que se adote sobre isso, é necessário reconhecer que o embrião é um "elemento vital" digno de tutela⁹⁴. Para o ministro, há que se considerar que proteção jurídica não

93

94 "O voto que profiro parte de uma constatação básica: temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana. [...] Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões. Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista - e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se

pressupõe necessariamente o reconhecimento de um sujeito que tem um direito subjetivo. Portanto, mesmo que não se identifique nos estágios de desenvolvimento biológico pré-natais a existência de um sujeito que tem direito à vida, ainda assim pode – e, no caso, deve – se reconhecer algo que o direito protege:

“Muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível. Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever”⁹⁵.

Para o Min. Gilmar Mendes, o fundamento constitucional dessa proteção, nas hipóteses tratadas pela Lei de Biossegurança, é o princípio da responsabilidade⁹⁶. Conforme seu voto, tal princípio impõe que se avalie se a lei “regula as pesquisas científicas com células tronco embrionárias com a prudência exigida por um tema ético e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana”. Além disso, ele sustenta que o instrumento dogmático apto a verificar se a proteção que esse princípio impõe é a regra da proporcionalidade⁹⁷.

adote sobre o tema que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica” (Voto Min. Gilmar Mendes, p. 600)

⁹⁵ Idem, p. 602.

⁹⁶ “Trago à tona as lições de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar segundo o princípio responsabilidade. As novas tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica. Como assevera Hans Jonas, “o homo faber aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto”. [...] Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições do Professor Peter Haberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o “princípio-responsabilidade” (Hans Jonas) como o “princípio-esperança” (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional ocorra entre a ratio e a emotio. O certo é que o ser humano, diante das novas tecnologias, deve atuar de acordo com uma ética de responsabilidade” (Voto Min. Gilmar Mendes, p. 602-605).

⁹⁷ “A questão, assim, envolve uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade” (Idem, p. 605)

Nesse sentido, explica que a proporcionalidade, conforme demonstram as experiências do Tribunal Constitucional Alemão, não é apenas meio destinado a controlar restrições a direitos fundamentais, mas é também instrumento adequado para se verificar a existência de proteção estatal insuficiente. É o que deveria se observar no caso: se há ou não uma proteção insuficiente. A análise da disciplina trazida pela Lei, face a aplicação da proporcionalidade em sua manifestação de controle da proteção insuficiente, segundo o ministro, permite duas conclusões: (a) Alguns elementos da lei foram bastante cuidadosos na disciplina trazidas⁹⁸; (b) Alguns temas, contudo, foram tratados com certa superficialidade, não demandando o cuidado necessário⁹⁹.

Dessa segunda constatação o ministro derivou a necessidade de adotar interpretação conforme à lei, sem redução de texto, a fim de harmonizar as disposições que entendeu inadequada com o dever de proteção imposto: "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"¹⁰⁰.

⁹⁸ "É possível perceber que a lei, inegavelmente, foi cuidadosa na regulamentação de alguns pontos, ao exigir que as pesquisas sejam realizadas apenas com embriões humanos ditos "inviáveis", sempre mediante o consentimento dos genitores e com aprovação prévia dos projetos por comitês de ética, ficando proibida a comercialização do material biológico utilizado" (Idem, p. 606)

⁹⁹ "O que causa perplexidade, por outro lado, é perceber que, no Brasil, a regulamentação de um tema tão sério, que envolve profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja realizada por um, e apenas um artigo. A vaguidade da lei deixou a cargo do Poder Executivo a regulamentação do tema, que o fez por meio dos arts. 63 a 67 do Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. O referido decreto ainda contém remissões normativas a atos administrativos específicos de órgãos como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A primeira impressão, não há dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da proporcionalidade não como proibição de excesso (Übermassverbot), mas como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)" (Voto, Min. Gilmar Mendes, p. 606-607).

¹⁰⁰ p. 630.

4. Caso "Aborto do feto anencéfalo" – ADPF 54/DF

4.1. O caso

O aborto foi tipificado como crime pelo legislador infraconstitucional nos artigos 124, *caput*¹⁰¹, 125, *caput*¹⁰² e 126, *caput*¹⁰³ do Código Penal (decreto-lei nº 2.848/1940). Permite-se, porém, que seja realizado em algumas hipóteses. É o caso do "aborto necessário", autorizado quando não há outro modo de salvar a vida da gestante, e da interrupção da gravidez resultante estupro, previstos pelo art. 128¹⁰⁴, incisos I e II, do mesmo diploma legal. São hipóteses que, na interpretação então corrente¹⁰⁵ antes da decisão da ADPF 54, não compreendiam a interrupção de gestação de feto anencéfalo. Este entendido como aquele que apresenta deficiência congênita no fechamento do tubo neural, resultando na ausência de parte do cérebro, crânio e couro cabeludo, e, conseqüentemente, na inviabilidade da vida fora do útero materno¹⁰⁶.

Com base nisso, no ano de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde – CNTS contestou, perante o Supremo Tribunal Federal, a criminalização da interrupção da gravidez do feto anencefálico. Por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, a requerente alegou que o complexo normativo penal disciplinador do tipo de aborto e os juízes e tribunais, ao decidirem pela ilegalidade da antecipação terapêutica do parto no caso do feto anencéfalo, com fulcro

¹⁰¹ Aborto praticado pela gestante ou com o seu consentimento – "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos".

¹⁰² Aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante – "Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos".

¹⁰³ Aborto praticado por terceiro com o consentimento da gestante – "Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos".

¹⁰⁴ "Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

¹⁰⁵ Cf., a título de exemplo, STJ, HC 32159/RJ: "Ementa - HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO" (Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 22.03.2004).

¹⁰⁶ Cf. National Institute of Neurological Disorders and Stroke (NINDS) - Anencephaly Information Page. Disponível em: <<http://www.ninds.nih.gov/disorders/anencephaly/anencephaly.htm>>. Acesso em: 23-10-2014

nessas disposições, desrespeitavam preceitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Segundo a inicial, seriam causadores da lesão jurídica alegada o ato do poder público consubstanciado nos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal e, mais propriamente, a interpretação que faziam desses dispositivos os órgãos jurisdicionais no sentido da “proibição de efetuar-se a antecipação terapêutica do parto nas hipóteses de fetos anencefálicos, patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina”¹⁰⁷.

A requerente sustentou que essa proibição implicaria afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV, CF), da legalidade, da liberdade, da autonomia da vontade (art. 5º, II, CF) e ao direito à saúde (arts 6º e 196, *caput*, CF). Tais violações teriam por fato gerador especialmente a imposição à mulher de levar a diante, e contra sua vontade, uma gestação que não resultaria em um indivíduo apto a sobreviver após o parto, caso não morresse antes mesmo deste. Conforme a requerente, o pedido visava por a salvo da criminalização tanto a mulher como os profissionais da saúde envolvidos no procedimento médico de antecipação do parto. Sobre este procedimento médico, alegou ser figura diversa do aborto, que pressuporia a presença de potencialidade de vida extrauterina, inexistente no feto acometido de anencefalia, cujo destino certo é a morte, se não antes mesmo do fim da gravidez, logo após o nascimento¹⁰⁸.

Da óptica da requerente, portanto, não haveria que se falar, na hipótese em epígrafe, em que se propugna, antes de tudo, uma decisão da mulher sobre provocar ou não a antecipação do parto, lesão a qualquer dos

¹⁰⁷ Cf. Inicial – ADPF 54, p. 3. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2226954>>. Acesso em: 23-10-2014.

¹⁰⁸ “Diante disso, o foco da atenção há de se voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, a seguir analisados, não é causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordinária repressiva” (idem, p. 15-16).

bens jurídicos constitucionais – nomeadamente a vida e a integridade física da mulher (art. 125, CP – aborto sem o consentimento) e do feto – postos sob proteção pelos tipos penais relativos ao aborto.

A partir disso, solicitou à Corte que conferisse interpretação conforme a Constituição aos dispositivos do Código Penal referidos, pronunciando a inconstitucionalidade da sua incidência nos casos em que se constata, por médico habilitado, a anencefalia do feto. Assim, “reconhecendo-se à gestante portadora de feto anencefálico o direito subjetivo de submeter-se ao procedimento médico adequado”¹⁰⁹. Além desse pedido principal, solicitou a concessão de medida acauteladora.

4.2. A decisão

A decisão desse caso pode ser cronologicamente dividida em quatro partes principais: (i) decisão sobre a medida cautelar; (ii) julgamento de referendo da liminar que concedeu a medida acauteladora; (iii) decisão sobre questão de ordem e (iv) o julgamento de mérito. Num primeiro momento, poucos dias após o ingresso da requerente com a ADPF, o Min. Rel. Marco Aurélio, em período de férias coletivas do Tribunal, concedeu monocraticamente¹¹⁰ decisão liminar, autorizando a realização de procedimentos médicos voltados à antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos¹¹¹. Ato contínuo, a decisão foi submetida ao plenário para referendo, no qual se decidiu, por unanimidade, aguardar-se o julgamento final, revogando-se a liminar concedida (exceto no que

¹⁰⁹ Idem, p. 4

¹¹⁰ Com base nas disposições regimentais (art. 21, IV e V) e no art. 5º, §1º, da Lei nº 9.892/99, que disciplinam a hipótese.

¹¹¹ “(...) há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da carta da república, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se-ão não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie. 3. ao plenário para o crivo pertinente” (MC-ADPF 54, p. 164, DJ 02/08/2004).

determinava o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado relativa à matéria em discussão)¹¹².

Em seguida, o Procurador-Geral da República requereu a submissão do processo ao plenário, em questão de ordem. Solicitava que se definisse, preliminarmente, sobre o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como proposto pela CNTS. Acolhido o pedido, a Corte decidiu por maioria dos votos pelo cabimento da ação ¹¹³. Finalmente, em 2013, conclui-se o julgamento do caso com decisão definitiva de mérito, que é o que importa para os nossos propósitos.

Por maioria dos votos, o STF decidiu pela procedência da ação. O Tribunal declarou a inconstitucionalidade da interpretação que fazia incidir sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo o juízo de reprovação penal. Essa conduta, desse modo, passou a não mais ser passível de ser compreendida – por força da decisão de caráter vinculante – como tipificada pelos artigos do Código Penal referentes ao crime de aborto, como então ocorria¹¹⁴. São os termos da própria ementa.

“FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”.

¹¹² ADPF 54, DJ 18/08/2004.

¹¹³ QO-ADPF 54, DJ 04/05/2005

¹¹⁴ Ementa, p. 1

4.3. O feto anencéfalo e os direitos da gestante

A questão colocada na ADPF 54 foi se a interpretação que identifica a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como hipótese de incidência das normas que tipificam o aborto é constitucionalmente adequada. Como visto na exposição do caso, o ponto central da controvérsia era verificar se essa interpretação representava uma restrição aos direitos fundamentais da mulher e, se sim, se tinha fundamento constitucional. Não se questionou, portanto, a criminalização do aborto em si, como tipo abstrato, mas a aplicação da norma penal à situação específica da gravidez de feto anencefálico.

Os ministros, em geral, enfrentaram a questão trazida pela ADPF 54 subdividindo-a em dois problemas: (a) Problema de tipicidade - consistia em avaliar se o feto anencefálico é vida ou potencialidade de vida para os efeitos aplicação da norma penal que criminaliza o aborto; (b) Problema de restrição a direitos - consistia em aferir restrição aos direitos da mulher. Os diferentes modos como os ministros articularam as respostas a esses dois problemas podem ser agrupados, a partir de elementos comuns, essencialmente em três teses:

(i) Tese 1: Não identificou o feto anencéfalo como sujeito à proteção da norma penal. O fato seria atípico, portanto. A ausência de uma posição protegida, então, não justificaria obrigar a mulher a manter uma gravidez contra sua vontade, pois isso representa uma restrição injustificada aos seus direitos fundamentais.

(ii) Tese 2: Reconheceu que o feto anencéfalo representa algo que a norma penal, de fato, protege. Haveria tipicidade, portanto. Mas rejeitou que essa proteção implica restrição aos direitos da mulher gestante.

(iii) Tese 3: Reconheceu que o feto anencéfalo representa algo protegido pela norma penal e que essa proteção conflita com os direitos fundamentais da mulher. Do equacionamento desse conflito, resulta o reconhecimento de que os direitos da mulher devem prevalecer.

Como pudemos observar, nem todos os votos recorreram a apenas uma das teses acima. A Min. Rosa Weber, como buscaremos demonstrar,

recorreu em seu voto tanto à Tese 1 como à Tese 3, apesar de elas serem mutuamente excludentes. Sobre isso, note-se que a Tese 1 não reconhece que o feto anencéfalo manifesta algo que a lei penal tutela. Logo, não faz sentido emprega-la junto com a Tese 3, que pressupõe a existência dessa proteção. Nesta, é justamente a proteção que a Tese 1 nega existir que estaria restringindo os direitos da mulher grávida. Além disso, tivemos também o voto do Min. Ricardo Lewandowski que enfrentou a questão de maneira que não pode ser apreendida pela sistematização sugerida.

Quanto ao tipo de decisão que as teses sustentaram, as Tese 1 e 3 foram usadas sempre para fundamentar a procedência do pedido, que consistia em declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual configura crime de aborto interromper gravidez de feto anencefálico. A Tese 2, adotada apenas pelo Min. Cezar Peluso, por sua vez, fundamentou a improcedência do pedido.

4.3.1. Tese 1 – O aborto do feto anencéfalo é fato atípico

Os ministros que recorreram a essa tese entenderam que o aborto do feto anencéfalo deve ser considerado atípico. A razão para isso, segundo eles, residiria no fato de o feto anencefálico não representar algo compreendido pela proteção da norma penal. Obrigar a mulher a manter a gravidez, dessa perspectiva, significaria restringir seus direitos sem a contrapartida representada pela proteção ou promoção de outro direito. Daí a inconstitucionalidade da interpretação que identifica a hipótese como compreendida pelo tipo de aborto. Há uma restrição aos direitos da gestante que não se justifica em termos de proteger outro bem jurídico: este inexistente na situação.

Essa tese parte do pressuposto de que a norma penal que tipifica o crime de aborto tutela a potencialidade de vida, ou a vida, que não se reconhece ao feto anencéfalo. Isso porque há uma lei, um decreto normativo ou um critério técnico a partir do qual não se reconhece esse feto como vida ou potencialidade de vida para os fins da norma penal. O ponto central dessa tese, assim, é a identificação do âmbito de proteção de uma norma penal ordinária (arts. 124, 126, *caput*, CP) que tem como

fundamento de validade o mandamento constitucional que consagra o direito à vida. A criminalização da interrupção de gestação, nesse contexto, representa medida estatal que objetiva promover a proteção desse direito. E o que a tese defende é que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não se subsume à hipótese dessa regra. Há, no caso, aquilo que o Min. Marco Aurélio chamou de “conflito aparente” de direitos fundamentais. A restrição aos direitos da mulher não está fundada numa proteção real ao direito à vida, mas numa tipificação equivocada. A pretexto de proteger a vida ou sua potencialidade, inexistente no feto anencéfalo, impõe-se sofrimento físico e psíquico à grávida, além de limitar a autonomia de sua vontade. Em suma, não há conflito, mas simples restrição a direito.

Foi a tese que prevaleceu no grupo de ministros que julgaram precedente a ADPF 54. Recorreram a ela os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Cármen Lúcia e Rosa Weber – pertencentes ao grupo dos ministros que compuseram a maioria com Joaquim Barbosa, que recorreram a tese distinta (Tese 3). Todos eles adotaram algum critério a fim de não reconhecer a posição do feto anencefálico como representativa de um bem jurídico (vida) que a norma penal visa proteger ao criminalizar o aborto. Acrescentaram também que a interpretação que aceita a proibição da conduta abortiva restringe os direitos da mulher. Essa tese fundamentou também o voto do Min. Celso de Mello, que foi vencido, no entanto, por ter acrescentado condições de diagnóstico da anencefalia não respaldadas pelos demais¹¹⁵.

No voto do Min. Marco Aurélio: “Anencefalia e vida são termos antitéticos. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um natimorto cerebral. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a

¹¹⁵ “contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a precedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello” (Extrato de Ata, p. 433). Na parte final do voto do Min. Celso de Mello a especificação referida: “que essa malformação fetal seja diagnosticada e comprovadamente identificada por profissional médico legalmente habilitado” (p.365).

expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida. Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível” (Grifei)¹¹⁶.

No voto do Min. Ayres Britto: “Inexiste o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um ‘natimorto cerebral’. Um ser padecente de inviabilidade vital. Expressões, aliás, figurantes da Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina. Expressões ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal. Quero dizer: o crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação desse organismo, que ali se desenvolve, numa pessoa humana em sentido biográfico. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio do caminho do humano, mas, isto sim, em um ser que, de alguma forma, parou a meio caminho do ciclo, do próprio ciclo do humano; ou seja, não há uma vida a caminho de uma outra vida estalando de nova. O que existe é um organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobrevivida por lhe faltar as características todas da espécie humana”¹¹⁷.

No voto da Min. Cármen Lúcia: “O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela “autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive” - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo. Desde que a Lei n. 9.434/97 dispôs que o diagnóstico de morte encefálica

¹¹⁶ p. 54
¹¹⁷ p. 259

seria o marco para declarar-se determinada pessoa como morta, o aborto do feto desprovido do encéfalo sequer poderia ser considerado conduta penal típica, porque se teria verdadeiro crime impossível em face da absoluta impropriedade daquele sobre o qual recai a conduta do agente, a saber, o feto morto, porque anencéfalo¹¹⁸. [...] A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final. Mas o respeito a esta escolha é o respeito ao princípio da dignidade humana. Pela Constituição da República o direito à saúde abrange a proteção à maternidade. Ser mãe é dar à luz, permitir nascer uma nova vida, não deixar-se velar o ventre enquanto aguarda o dia do enterro do pequeno ser¹¹⁹.

No voto da Min. Rosa Weber: "O crime de aborto diz respeito à interrupção de uma vida em desenvolvimento que possa ser uma vida com algum grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da subjetividade, da consciência e de relações intersubjetivas. E, por tudo o que foi debatido nos autos desta ação de descumprimento de preceito fundamental, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o Direito. Essa é a vida que a Constituição garante, de modo que a compreensão de "vida" como conceito nas demais esferas do Direito deve seguir essa delimitação. Portanto, a interrupção da gravidez, ou a antecipação do parto em caso de anencefalia, é fato atípico, motivo pelo qual é de se dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 e 126 do Código Penal para excluí-la do âmbito de abrangência do conceito de aborto. A interpretação ora declarada inconstitucional é incompatível com o conceito de vida que se pode extrair do caput do artigo 5º da Constituição Federal. Sendo atípico o fato, a proibição da retirada do feto

¹¹⁸ p. 214

¹¹⁹ p. 235.

anencefálico ou da antecipação do parto fere a liberdade de escolha da gestante. Os dispositivos questionados permanecem intocados, apenas a interpretação extensiva – a que inclui o feto anencéfalo – é que viola direito fundamental da gestante. Nessa linha, é procedente a presente ação”¹²⁰.

No voto do Min. Celso de Mello: “A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, “a contrario sensu”, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial¹²¹. [...] Isso significa, presente tal situação, que não se mostra configurado o próprio objeto material do tipo penal, a tornar evidente a ausência de tipicidade penal da própria conduta da mulher gestante e de quem a auxilie no procedimento de antecipação terapêutica de parto”¹²².

4.3.2. Tese 2 – O aborto do feto anencéfalo é fato típico

Essa tese apareceu apenas no voto do Min. Cezar Peluso. Para ele, a interpretação segundo a qual a interrupção da gestação de feto anencéfalo configura a prática do crime de aborto está adequada ao ordenamento constitucional. Para justificar a essa posição, o ministro recorreu a duas ideias, correspondentes ao modo como trabalhou com as variáveis (a) “tipicidade” e (b) “restrição a direitos”, das quais se retiram as características da estratégia que denominamos de Tese 2. Em primeiro lugar, o ministro negou que o feto anencéfalo não é manifestação do bem jurídico tutelado pela norma penal que tipifica o aborto. Em segundo lugar, afastou a ideia de que essa tipificação representa restrição aos direitos da mulher gestante.

¹²⁰ P. 111-112

¹²¹ Voto Min. Celso de Mello, p. 350

¹²² Idem, p. 356.

Para sustentar o argumento de que há fato típico na hipótese de aborto de feto anencéfalo, o ministro recorreu ao critério que elaborou na discussão da ADI 3.510 (pesquisa com células-tronco) para identificar o que deve ser compreendido como manifestação de vida humana. Como visto na análise daquele caso, ele estabeleceu um critério, que chamou de “capacidade de movimento autógeno”, para não reconhecer ao embrião humano congelado a proteção da norma constitucional que consagra o direito à vida. Segundo esse critério, a característica fundamental da vida humana é sua capacidade de manter a si mesma em desenvolvimento – capacidade que na situação do embrião congelado inexistiria¹²³. Foi o critério que usou também na ADPF 54, aqui para reconhecer ao feto anencéfalo a proteção conferida pela lei penal.

Uma vez que o feto anencéfalo é capaz de manter a si próprio no curso da gestação que desaguará no nascimento, segundo o ministro, ele deve ser considerado como manifestação de vida humana, o bem jurídico tutelado pela norma penal em questão¹²⁴. Assim, segundo ele, a hipótese deve ser considerada como típica, como já vinha fazendo parte do judiciário antes da ADPF 54 ser julgada:

“Sustento, agora, que todos os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente¹²⁵. [...] Estou de todo convicto da ofuscante tipicidade da conduta que, preconizada pela arguente, se acomoda, com folga, à definição legal do crime de aborto. A ação de eliminação

¹²³ “Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por conseqüência se define como vivo. Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno” (Voto Min. César Peluso, citando trecho de seu voto na ADI 3.510, p. 377)

¹²⁴

¹²⁵ Voto Min. César Peluso, p. 378.

intencional de vida intrauterina, suposto acometida esta de anencefalia, corresponde ao tipo penal do aborto, não havendo malabarismo hermenêutico ou ginástica de dialética capaz de conduzir a conclusão diversa”¹²⁶.

Além disso, o ministro não reconheceu que essa tipificação representa qualquer tipo de restrição aos direitos fundamentais da mulher grávida. Segundo seu raciocínio, o sofrimento imposto à gestante não decorre da atuação injusta de terceiro, mas de acaso da natureza. Não é a lei que está impondo o sofrimento, mas fatalidade da natureza humana. Fato que não justificaria retirar a “vida alheia inocente”:

“Os males de que padece a mãe, no entanto, não lhe foram provocados injustamente por terceiro, como se dá no caso de gravidez oriunda de estupro, nem lhe ameaçam de modo algum a vida, nem tampouco lhe degradam ou aviltam, sob nenhum aspecto, a dignidade pessoal. A causa de seu sofrimento natural e compreensível é o acaso genético, enquanto falha da própria natureza humana, donde lhe não ficar título jurídico válido para obstar à dor mediante sacrifício de vida alheia inocente”¹²⁷.

4.3.3. Tese 3 – Há conflito entre os direitos da mulher e o direito à vida

Essa tese parte do pressuposto de que o feto anencéfalo representa uma posição protegida pelo direito. Ele é manifestação do bem jurídico que a normal penal que tipifica o aborto tutela. Todavia, essa tese reconhece também que a mulher gestante, a se ver obrigada a manter uma gestação permeada por circunstâncias que infligem sofrimento, tem direitos constitucionalmente tutelados que precisam ser considerados na interpretação da norma. Há, no caso, um conflito entre os direitos fundamentais dessa gestante e a proteção à vida, ou a potencialidade dela, conferida pela lei penal.

¹²⁶ Idem, p. 386-387.

¹²⁷ Voto Min. César Peluso, p. 407.

As diferentes formas que os ministros encontraram para equacionar o conflito entre a proteção ao feto anencéfalo e os direitos da mulher grávida convergem no ponto em que rejeitam a interpretação, segundo a qual, a interrupção dessa gravidez representa hipótese de incidência da norma penal que criminaliza o aborto. Todos os que recorreram a esta tese empregaram algum tipo de interpretação ou ponderação de valores a partir da qual se reconheceu à gestante de feto anencefálico o direito *definitivo* – não o dever, frise-se - de interromper a gestação.

Recorreram a essa tese os ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Luiz Fux. Ela também apareceu no voto da Min. Rosa Weber. No caso dela, a Tese¹ também foi empregada, como mostramos anteriormente. Em outros casos, ainda que se tenha citado a existência de um conflito ou de uma ponderação de bens a ser feita, a referência a elementos dessa tese manteve-se no nível meramente retórico. Isto é, não se extraiu nenhuma conclusão concreta dessas referências, que não foram sequer desenvolvidas. Foi o caso do Voto da Min. Cármen Lúcia. Como visto, seu voto fundamentou-se essencialmente na Tese 1. Ela não reconheceu hipótese de tipicidade nesse tipo de gestação por ausência de bem jurídico tutelado pela norma penal e identificou que a interpretação criminalizadora restringe os direitos da mulher, devendo, por isso, ser afastada. Não obstante, no início de seu voto, a ministra referiu-se a um conflito entre o direito à vida (que ela negou existir no feto), de um lado, e o direito à saúde e à autonomia da vontade, de outro. Situação, que segundo ela, deveria ser solucionada pela ponderação¹²⁸. Ocorre que a ministra não apenas não desenvolveu esse raciocínio como elaborou sua argumentação com base em outra ideia (Tese 1), que, a rigor, é incompatível com os pressupostos dessa abordagem (Tese 3)¹²⁹.

¹²⁸ “A resolução do presente conflito entre o direito fundamental à vida digna de um lado e o direito social à saúde e à autonomia da vontade requer o exame de princípios a serem relevados no caso posto a exame. Ao julgador a tarefa de fazer a ponderação de bens jurídicos tutelados pelo sistema, todos de inegável relevo para a vida de cada pessoa e da sociedade. Exercitam-se, aqui, o que a doutrina denomina de ponderação de princípios na teoria da proporcionalidade” (Voto Min. Cármen Lúcia, p. 181) .

¹²⁹ Cf. 4.3

Diferentemente da Min. Cármen Lúcia, o Min. Joaquim Barbosa não apenas referiu-se à existência de um conflito entre os direitos da gestante e a tutela à vida consubstanciada na legislação penal, como derivou dessa premissa a solução que deu ao caso. Uma vez que se reconhece a existência de um conflito real e imediato entre dois ou mais direitos, há que se decidir o arranjo que melhor equaciona, em definitivo, a proteção conferida por eles. Isso implica em reconhecer que um, ou mais, deles é ou será restringido e que essa restrição deverá ser justificada. Para desempenhar essas tarefas, o ministro recorreu à ponderação de valores, do que, segundo ele, resulta, em definitivo, no prevalecimento dos direitos da gestante:

“Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. Desse modo, nos casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extrauterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extrauterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludentes de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à

interrupção da gestação de feto cuja vida extrauterina é plenamente viável”¹³⁰.

É também o comportamento argumentativo que se observa no Voto da Min. Rosa Weber, que difere apenas quanto ao modo de formular e aplicar o equacionamento dos valores em conflito. A ministra, no caso, recorre ao exame da proporcionalidade:

“Explicitados todos esses pressupostos [da teoria da proporcionalidade], é possível buscar aplicá-los agora na espécie, para definir se a interrupção da gestação em caso de anencefalia configura ou não o crime de aborto. Tem-se em jogo os seguintes princípios: vida, que se aplica ao feto, e dignidade, liberdade e saúde da gestante, conforme colocado na inicial e o que vem sendo debatido ao longo da instrução do processo¹³¹. [...] Para concluir, ao enfoque da teoria da proporcionalidade, o quociente da divisão das razões em favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto anencefálico por meio da omissão do Estado e da declaração de inconstitucionalidade da leitura que inclui a interrupção, ou a antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, presentes as certezas empíricas sobre a afetação da esfera de atuação de cada um dos princípios em jogo, é maior que um. Há, portanto, de ser preservada a liberdade da grávida, quando se vê diante de tão doloroso dilema, de optar sobre o futuro da sua gestação de feto anencéfalo”¹³².

No caso do voto do Min. Luiz Fux, a solução do conflito não se deu pelo exame de proporcionalidade ou pela ponderação, que ele rejeitou expressamente por não se sentir confortável para fazer a “ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto”¹³³. O ministro

¹³⁰ p. 149 – 150

¹³¹ Voto Min. Rosa Weber, p. 129-130

¹³² Idem, p. 131.

¹³³ “Eu não vou discutir qual é a vida mais importante, se da mulher ou do feto, muito embora, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o eminente professor Luís Roberto Barroso tenha atestado, com inequivocidade, que o Código Penal pondera, sim, a vida da mulher e do feto no caso do aborto terapêutico. No entanto, eu não me sinto confortável para fazer essa ponderação de que vida é mais importante: a da mulher ou a do feto” (Voto Min. Luiz Fux, p. 157).

preferiu avaliar a questão do prisma da política criminal. Segundo ele, a aplicação da proporcionalidade penal, por meio do que se avalia o equilíbrio entre a imposição de sanção e os fins pretendidos, impõe que se reconheça a permissão do aborto do feto anencéfalo como hipótese supralegal de estado de necessidade:

“Destarte, cuida-se na hipótese sub judice da construção jurisprudencial fundada em singular princípio de justiça, de uma nova hipótese, estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção de gestação de fetos anencefálicos, a fim de adequar o tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social. É cediço que o princípio da proporcionalidade concreta no Direito Penal, que confronta punição com os fins penais, revela que a criminalização do aborto de feto anencefálico agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio, reclamando do Estado medidas de amplo aspecto no segmento da saúde pública, atuação estatal que não se coaduna com a simples repressão criminal da conduta em foco¹³⁴. [...] O artigo 59 do Código Penal estabelece uma regra *in procedendo* no sentido de que o juiz deve entender absolutamente necessária a pena. Assim também deve-se percorrer a trilha em relação ao aborto do feto anencefálico. Por que punir essa mulher que já padece de uma tragédia humana, que, em regra, são insensíveis as pessoas que não passaram por ela? Não sei se foi coincidência, mas todas as pessoas que eu ouvi, que eram contra essa eventual decisão de descriminalização, tinham crianças sãs nas suas casas, tinham filhos sãos, netos sãos; não sentiram na própria pele essa dor física, essa dor moral dessa mulher. Por isso, senhor Presidente, egrégio Plenário, no meu modo de ver, não se coaduna com a sociedade moderna nacional e organizada o intuito punitivo, desenfreado e desconectado da função preventiva da reprimenda

¹³⁴ Idem, p. 167.

e da necessidade de reservar para o Direito Penal apenas aquelas situações realmente aviltantes para a vida em comunidade”¹³⁵.

O Min. Gilmar Mendes também se recusou a realizar a ponderação entre os valores em conflito como forma de equacionar o conflito. Segundo ele, a norma penal já expressa um juízo de ponderação, realizado pelo legislador ordinário, que optou pela proteção ao feto. Não caberia então ao STF desconstruir essa opção, pelo menos não com base na ponderação. Tratando-se de tema que gera desacordos morais razoáveis que impedem o consenso, desconstruir a opção legislativa com base numa solução particular de ponderação de valores representaria, de acordo com ele, substituir temerariamente a perspectiva da qual o legislador chegou a uma solução (não livre de dissenso) por outra igualmente sujeita a questionamentos¹³⁶.

Todavia, segundo o ministro, por se tratar de caso de recepção de lei (Código Penal) anterior à Constituição é possível a realização da interpretação evolutiva a fim de atualizar essa legislação face aos valores consagrados na nova ordem constitucional¹³⁷. Seguindo nesse raciocínio, o ministro afirma que o próprio complexo penal apresenta um norte interpretativo do qual pode-se inferir elementos a serem empregados no reconhecimento construtivo, por meio de decisão aditiva, do diagnóstico de

¹³⁵ *Idem*, p. 169.

¹³⁶ “Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. A ponderação de princípios, especialmente em questões sensíveis, mostra-se bastante difícil de ser realizada. Schmitt, em seu texto sobre a tirania dos valores, já enxergava os riscos de embates entre valores em uma dada comunidade. Dizia ele que a afirmação de um valor tende a corresponder à negação do valor que se encontra em oposição àquele, razão por que, digo eu, a adjudicação judicial nessas hipóteses torna-se temerária e complexa. [...] Entendo, assim, que os fundamentos trazidos na inicial relativos à dignidade da pessoa humana e ao direito à saúde não são aptos, concessa venia, para desconstruir uma opção política do legislador que, *prima facie*, contempla esses mesmos valores, todavia, em perspectiva distinta da veiculada na inicial. Conforme asseverei, entendo que a regra do Código Penal Brasileiro é a vedação do aborto, de forma que não se pode considerar atípica conduta direcionada a provocar a solução de continuidade da gravidez de feto anencéfalo, visto que este pode nascer com vida, gerando reflexos jurídicos e psíquicos de vieses diversos e, assim, a abreviação dessa gravidez está inserida, sim, no suposto fático da regra penal em exame” (Voto Min. Gilmar Mendes, p. 289-290).

¹³⁷ “No caso brasileiro – assim como ocorreu também na realidade italiana –, o controle da constitucionalidade da legislação penal pré-constitucional (como é o caso do Código Penal, de 1940) pode impor à Corte a necessidade de adoção de uma interpretação evolutiva atualizadora dessa legislação em face da ordem constitucional de 1988, exigindo uma decisão interpretativa com efeitos aditivos, que ocorrerá *in bonam partem*, no caso em exame” (*Idem*, p. 304).

anencefalia do feto – impossível à época da criação da lei - como excludente da ilicitude do aborto.

“Destarte, o caminho para que esta Corte construa uma solução legítima para a presente ação, como antes afirmado, pode ser extraído da própria opção do legislador que, ao excepcionar as hipóteses de aborto necessário e do aborto humanitário (arts. 128, I e II, do CP, respectivamente), expressou os valores e bens jurídicos protegidos. No aborto dos fetos anencéfalos, há o comprometimento da saúde física da gestante, porém este não é tão grave quanto no aborto necessário. No entanto, existe um diagnóstico que confere certeza praticamente absoluta de que o feto não sobreviverá mais do que algumas horas, se tanto, o que pode causar grave dano psíquico à gestante. Não é o caso de comparação entre os danos psíquicos causados pela frustração proveniente de um diagnóstico de anencefalia e aquele oriundo de uma gravidez resultante de estupro, porém, neste último caso, a legislação não pune o aborto em que o feto é perfeitamente saudável, ao passo que a mesma legislação ainda não disciplinou o aborto dos fetos anencéfalos, em que também há o dano psíquico à gestante, aliado à inviabilidade quase certa da vida extrauterina do feto. Essas constatações permitem concluir, conforme afirmei acima, que o aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, tornou-se comum e relativamente simples descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa não condizente com o espírito do próprio Código Penal e também não compatível com a Constituição. A interpretação que se pretende atribuir ao Código Penal, no ponto, é consentânea com a proteção à integridade física e psíquica da mulher, bem como com a tutela de seu direito à

privacidade e à intimidade, aliados à autonomia da vontade. Isso porque se trata apenas de uma autorização condicionada para a prática do aborto, de modo que competirá, como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro, a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir¹³⁸.

4.3.4. Voto do Min. Ricardo Lewandowski

Além das três teses citadas, tivemos também a posição do Voto do Min. Ricardo Lewandowski, que rejeitou avaliar a constitucionalidade da interpretação. Segundo o ministro, adotar essa postura equivaleria a usurpar uma competência que é do legislador. Conferir interpretação conforme aos dispositivos questionados, no entendimento dele, representa inovar no ordenamento jurídico, criando exceção que o próprio legislador não previu. Ao STF competiria apenas comporta-se como legislador negativo, extirpando do ordenamento jurídico aquelas normas que são inconstitucionais, e não como legislador positivo, criando leis. Com base nessa ideia, declarou o pedido totalmente improcedente:

“De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno. Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional. Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as

¹³⁸ Voto Min. Gilmar Mendes, p. 294-295.

vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da união legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”¹³⁹. “[...] Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto eugênico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, julgo improcedente o pedido”¹⁴⁰.

¹³⁹ Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 245.

¹⁴⁰ Voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 252

5. Considerações finais

O principal objetivo desse trabalho, como enunciado na introdução, foi evidenciar o modo como o STF compreende a estrutura normativa da norma constitucional que garante o direito à vida. Buscou-se, em cada um dos casos analisados, a partir da reconstrução da estrutura argumentativa dos votos, evidenciar os elementos que permitem entender a maneira como os diferentes ministros aplicam essa norma, tendo em vista especialmente a noção de suporte fático. Essa análise focou-se em dois casos. Foram eles o caso células-tronco (ADI 3.510) e o caso do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54).

No caso células-tronco (ADI 3.510), a questão que motivou a controvérsia foi a edição da Lei *Biossegurança* (lei nº 11.105/05), que autoriza e disciplina a realização de pesquisas e tratamentos médicos com células-tronco extraídas de embriões resultantes de processo de fertilização em vitro, mas não aproveitados no procedimento de inseminação. Questionou-se a sua compatibilidade com a proteção constitucional à vida, de que o embrião humano seria manifestação, segundo a requerente. Por maioria dos votos (6x5), a Corte entendeu que a lei não representa ameaça a esse direito.

As diferentes estratégias argumentativas que os ministros empregaram na aplicação da norma que garante o direito à vida, nesse caso, podem ser divididas em três conjuntos:

- (a) Buscou solucionar a questão de se a autorização para pesquisas com embriões representava ou não restrição ao direito à vida estabelecendo os limites do âmbito de proteção da norma que garante este direito.
- (b) Deslocou o foco argumentativo da delimitação do âmbito de proteção da norma para a justificação da restrição que a lei representaria.
- (c) Seu comportamento argumentativo não permite precisar sua compreensão da estrutura normativa do direito à vida.

A preocupação da abordagem (a) se concentrou na delimitação do alcance da proteção que essa norma confere. Os ministros que recorreram a ela empregaram diferentes critérios para determinar se o embrião, nas circunstâncias previstas pela lei (congelados a mais de três anos ou biologicamente inviáveis; em ambos os casos, desde que haja autorização dos genitores e de comitê de ética) seria manifestação da proteção que essa norma confere. Aqui é importante destacar que ainda que não se tenha reconhecido o embrião como algo pertencente ao âmbito de proteção dessa norma, isso não implicou em nenhum dos votos em que essa abordagem apareceu dizer que ele não representava algo protegido. O ponto desse argumento, quando utilizado para não reconhecer a existência de restrição ao direito, é que o direito à vida, na forma como a lei disciplina o tema da pesquisa com células embrionária, não seria restringido, e não que o embrião em qualquer caso seria descartável ou não sujeito a qualquer tipo de tutela.

Na corrente vencedora, que reconheceu a constitucionalidade da lei, essa estratégia apareceu claramente nos votos do Mins. Ayres Britto e Celso de Mello, que exemplificam a estratégia. Para o ministro Ayres Britto (cf. *supra* 3.3.1), a proteção a que se refere a norma que vincula o direito à vida tem como destinatários apenas os indivíduos já nascidos (personalizados). O ministro chegou a essa conclusão por meio de uma exegese do texto constitucional em que identificou elementos que permitiriam inferir que o constituinte não estendeu a proteção dessa norma aos estágios de desenvolvimento biológico pré-natais. Desse modo a norma que consagra o direito à vida não poderia ter seu âmbito de proteção violado pela lei, já que a posição a que esta se refere não pertence ao âmbito de proteção da norma. Já para o Min. Celso de Mello (cf. *supra* 3.4.2), foi a inexistência de terminações nervosas no embrião até certo período do seu desenvolvimento que não permitiria considerá-lo como manifestação de uma posição protegida pela norma. Esse critério, segundo ele, decorre de uma opção legislativa (*Lei de Transplantes*), diante do silêncio constitucional sobre a matéria, por identificar a morte jurídica como a cessação das funções cerebrais.

Na corrente vencida, o voto mais representativo dessa estratégia é o do Min. Menezes Direito (cf. *supra* 3.5.5). Segundo ele, a interpretação da proteção conferida pela constituição à vida prescindiria da adoção de algum critério sobre o início da vida humana, a partir do que seria possível dizer quais são e quais não são as posições pertencentes ao âmbito dessa proteção. O critério ao qual ele chega, a partir da avaliação das opiniões científicas e filosóficas sobre o tema, é o de que a vida humana inicia-se na concepção. Assim, aplicando esse critério, a lei representaria uma restrição ao direito à vida e, portanto, seria inconstitucional.

A preocupação da abordagem (b) foi deslocada da delimitação do âmbito de proteção para o equacionamento do conflito de direitos que resulta do reconhecimento de que o embrião representa algo *prima facie* protegido. Importa para essa estratégia diferenciar dois níveis de proteção: a proteção *prima facie* e a proteção *definitiva*, isto é, a que se verifica diante das circunstâncias fáticas e jurídicas concretas. Para essa posição, não seria o caso de se adotar algum critério para determinar se o embrião é algo que pertence ou não ao âmbito de proteção da norma que tutela a vida, especialmente diante das controvérsias aparentemente insanáveis sobre o tema, mas de verificar as possibilidades de proteção *definitiva* à posição ocupada por ele, especialmente diante do conflito com a proteção conferida a outros direitos. Assim, o embrião, por ser algo pertencente ao âmbito temático do direito à vida, deveria ser considerado como *prima facie* protegido, ainda que essa proteção não se traduza em proteção definitiva em alguns casos. Foi a estratégia que estruturou o voto do Min. Joaquim Barbosa (cf. *supra* 3.4.1). O ministro reconheceu o embrião como algo *prima facie* protegido e buscou solucionar a questão da restrição operada pela Lei de Biossegurança realizando a ponderação entre a proteção ao embrião e os direitos que a lei visou promover, como o direito à vida daqueles que seriam beneficiados pelas pesquisas com célula-tronco embrionárias e a liberdade de expressão científica. Prosseguindo assim, o ministro reconheceu que a restrição aos direitos do embrião se justificava em termos de ganhos na proteção dos direitos com ele colidentes. Desse modo, a proteção *prima facie* não se traduziu em proteção *definitiva*.

Nesse ponto, é importante notar que o reconhecimento de que o embrião representa algo *prima facie* protegido pela norma de direito fundamental não significa necessariamente reconhecer que ele é titular do direito à vida. E, de fato, em nenhum momento o ministro diz que ele titulariza este ou qualquer outro direito. O que está em jogo para essa abordagem é que, ainda que não se reconheça titularidade, o embrião expressa algo que se protege e cuja proteção em *definitivo* depende das circunstâncias presentes em cada situação.

Além do voto do Min. Joaquim Barbosa alguns elementos dessa abordagem figuraram também no voto do Min. Celso de Mello (cf. *supra* 3.4.2). Neste caso, em uma passagem de seu voto, o ministro alegou existir um conflito entre a proteção à vida do embrião e outros direitos, o que ensejaria um juízo de ponderação entre eles. Essa referência, no entanto, permaneceu em nível meramente retórico. Como visto, a solução que deu à questão da restrição ao direito à vida se articulou mesmo a partir da abordagem (a). Sobre isso, é de se notar que essas duas abordagens [(a) e (b)] são mutuamente excludentes, não fazendo sentido empregá-las conjuntamente. A abordagem (a) recorre a algum critério para determinar os limites da proteção conferida pela norma: se há proteção, a lei que restringe a proteção é inconstitucional; se não há proteção, não se pode falar em restrição. Geralmente, como o próprio ministro fez, adota-se um critério para excluir de antemão alguma posição do âmbito de proteção. Para essa estratégia, não há um conflito real de direitos, mas apenas aparente. É que um direito cede lugar ao outro não em razão de um juízo de sopesamento, mas porque, no final das contas, a proteção que se supunha existir inexistente. Ou, como no caso do voto do Min. Menezes Direito, a existência da proteção significa que a lei ou o comportamento estatal que interfere nesse âmbito é inconstitucional. Em qualquer caso, não se reconhece existência de conflito de direitos fundamentais, noção que a estratégia (b) pressupõe.

No terceiro grupo, estratégia (c), encontram-se os ministros em cujos votos não é possível identificar elementos que permitam generalizações sobre a estrutura normativa que conferem a norma

constitucional que tutela o direito à vida. Foi o caso, por exemplo, dos ministros que centraram seus votos na aplicação de outras normas, como a Min. Ellen Gracie (cf. *supra* 3.4.3), que centrou seu voto na aplicação do princípio da dignidade, e do Min. Gilmar Mendes (cf. *supra* 3.5.4), que recorreu especialmente à aplicação do princípio da proteção.

Na ADPF 54, a controvérsia que originou a ação dizia respeito à interpretação do crime de aborto. Questionou-se a interpretação que identificava como hipótese de aborto a interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Segundo a requerente, essa interpretação restringiria os direitos fundamentais da mulher grávida. Por maioria dos votos (6 x 4), a corte deferiu o pedido, para declarar inconstitucional essa interpretação. Nessa decisão, os fundamentos dos votos podem ser agrupados basicamente em três teses:

Tese 1 - O feto anencéfalo não é manifestação do bem jurídico que a norma penal tutela no crime de aborto. A ausência de uma posição protegida, então, não justificaria obrigar a mulher a manter uma gravidez contra sua vontade. Os votos divergiram quanto a que tipo de parâmetro deve ser usado para determinar que o feto anencéfalo não representa o bem tutelado pela norma penal.

Tese 2 - Reconheceu que o feto anencéfalo representa uma posição protegida pela norma penal. Haveria tipicidade, portanto. Mas rejeitou que essa proteção implica restrição aos direitos da mulher gestante.

Tese 3 - Reconheceu que o feto anencéfalo representa algo protegido pela norma penal e que essa proteção conflita com os direitos fundamentais da mulher. Do equacionamento desse conflito, resulta o reconhecimento de que os direitos da mulher devem prevalecer. Os ministros que seguiram essa estratégia

argumentativa divergiram quanto ao modo de realizar esse equacionamento.

Os votos elaborados nesse caso, em geral, focaram na interpretação em nível infraconstitucional da norma penal que tutela o aborto e, eventualmente, na constatação de que há restrição aos direitos da mulher. Foram poucos aqueles que revelaram algo sobre a compreensão que os ministros têm da estrutura normativa da proteção constitucional à vida. A tese 1 recorreu a algum tipo de critério para não reconhecer que o feto anencéfalo é manifestação do bem jurídico tutelado pela norma penal. Isso, contudo, não significa necessariamente que aquele que entende desse modo não reconhece a esse feto algum tipo de proteção fundada na tutela do direito à vida. Como visto, os ministros que recorreram a ela não desenvolveram a discussão sobre a proteção constitucional, não permitindo reflexões dessa perspectiva, que é o objeto desse trabalho. O mesmo se diga em relação à tese 2.

Apenas os Mins. Joaquim Barbosa e Rosa Weber, na tese 3 (cf. *supra* 4.3.3), de fato elaboraram votos em que a proteção constitucional ao direito à vida foi desenvolvida e articulou as conclusões a que chegaram. Ambos reconheceram haver um conflito de direitos fundamentais entre os direitos da mulher gestante e a proteção à vida do feto. Valem aqui as considerações que fizemos em relação à distinção entre proteção *prima facie* e a proteção *definitiva*, sobre o voto do Min. Joaquim Barbosa na ADI 3.510.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos Principios. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. Fundamentos da Biologia Moderna. 4. ed. São Paulo: Moderna, s/a.

ANNENBERG, Flávia. "A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo". 2008. Monografia – Escola de Formação (SBDP). Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf >. Acesso em: 02-10-2014.

MENDES, Gilmar; BRANCO Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 798, p. 23-50, 2002.

_____. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.