

V O T O

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

De partida, assento a legitimidade do Procurador Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea **a** do inciso I do art. 102 da Constituição.

14. No mérito, e conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como "Lei de Biossegurança". Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado *passar de olhos* sobre as suas questionadas inovações. Ei-los:

"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](#) ("Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa")."

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos deônticos, a saber:

I - a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as "células-tronco embrionárias"; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocito, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim múltiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extra-corpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na

perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: "O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabetes melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas"¹;

II - a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes **e cumulativas condições** para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não-aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não-viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da

¹ Texto de Marco Antonio Zago, inserido na coletânea "Células-tronco, a nova fronteira da medicina", Atheneu editora, p. 110, ano de 2006.

reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, "O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica"²); c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda - interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido *in vitro*, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o

² Em "O STF e as células-tronco", jornal "Correio Braziliense", coluna "Opinião", edição de 29 de fevereiro de 2008).

consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;

III - o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente, com células-tronco embrionárias, o que redundará na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;

IV - por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de "Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano" (art. 15, *caput*, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara

finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado "biodireito" (ver, no particular, o livro "Reprodução Assistida - Aspectos do Biodireito e da Bioética", da autoria de Roberto Wider, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

16. Daqui se infere - é a minha leitura - cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro). Noutro dizer, o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de

células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano *in vitro*³.

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal "ISTO É" de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94). Por conseguinte, **linhas de pesquisa que não invalidam outras**, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes

³ Lê-se em Luís Roberto Barroso que "A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no útero da mãe e o remanescente é congelado" (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3 de março de 2008.

degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuopatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os "brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves", segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de 10 a 15 milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da "MOVITAE - Movimento em Prol da Vida") aponta como oriundos da seguinte fonte: "Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226".

18. Ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, "se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano" (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 - ano 41 - nº9, p. 11), de sorte a mais

eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em conseqüência de acidentes.

19. Falo "pessoas físicas ou naturais", devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de "personalidade civil", *literis*: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria "natalista", portanto, em oposição às teorias da "personalidade condicional" e da "concepcionista"). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva:

"Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)"⁴.

20. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e *nominalizado* sujeito perante o Direito. **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica.** Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de "deveres",

⁴ Em "Curso de Direito Constitucional Positivo", 20ª edição, p. 196, Malheiros Editores, 2001.

propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu *nominalizado* registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. **Indivíduo-pessoa**, conseguintemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém *criacionista* ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: **vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.**

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o *nativivo* em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta **não diz quando começa a vida humana**. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido

ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E 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). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso 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 acepção 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).

23. 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. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade". Pelo que somente é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extra-uterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. 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 nativiva e, nessa 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). 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. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, *verbis*:

"Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana.

Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de

um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria euristicamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida".

(fls. 1.118/1.119)

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano **é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin,**

constitucionalista norte-americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro "Domínio da Vida" (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evolver da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao *tamanho* desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou *bancarrota* do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem:

"Como afirmei, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico - a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância - e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de

uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém - o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido".

(p. 122)

26. 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, 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 encontra a caminho do nascimento.** Se se

prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento.** Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro". Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (*in* Direito Civil, ano de 2001, p. 36): "Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno".

27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**" (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: "se não há outro meio de salvar a vida da gestante" (aborto terapêutico); se "a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal" (aborto sentimental ou

compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo "gestante" para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino**. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercursos sexual para eclodir.

28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo "em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX"). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **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, aclare-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, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): "O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo DA FAMÍLIA, com a seguinte preocupação: 'sugere normas de proteção à vida **desde sua concepção**'"⁵. Sugestão de nº 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas,

⁵ Refiro-me ao texto, ainda inédito, que Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o título de "O CONSTITUINTE, A CONSTITUIÇÃO E A INVIABILIDADE GENÉTICA DO POSITIVISMO LÓGICO", elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembléia Nacional Constituinte, disponíveis no *site* do Senado Federal.

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. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego "meta" a significar, aqui, u'a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana,** passando necessariamente por essa entidade a que chamamos "feto". Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como "a medida de todas as coisas", na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que "O homem é sozinho a casa da humanidade". E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema "TABACARIA":

"Não sou nada.

Nunca serei nada.

Não posso querer ser nada.

À parte isso, tenho em mim

todos os sonhos do mundo".

30. Por este visual das coisas, **não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino.** Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: **um mais um, igual a um**, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de "célula-ovo" ou "célula-mãe", em português, e de

"célula-madre", em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou *indecidibilidade*), **mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivamente de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana *intra-uterina* e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades⁶.

⁶ Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª edição, págs. 269/273.

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às pp. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de "Células-Tronco, A Nova Fronteira de Medicina" (já o dissemos em nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas⁷. Glossário que reproduzo nos seguintes verbetes:

"Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce in vitro na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos";

"Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase

⁷ Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do Hemocentro de Ribeirão Preto.

embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados”;

“Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral”;

“Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento”.

33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual.** Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização *in vitro*”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da**

fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana.** Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro,** pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece - insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozóide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial - também já foi ressaltado -, **mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia.** Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha "mais ou menos grávida" (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa

que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, **simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado *in vitro* é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva.** Impossível de um reprodutivo "desenvolvimento contínuo", ao contrário, *data venia*, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que "uma andorinha só não faz verão". Pois o certo é que, à falta do *húmus* ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria *linha de partida genética*. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela "nidação" que já é a *ante-sala* do feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante

algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado)⁸:

*"Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, **vão restringindo sua capacidade de diferenciação**".*

(ob. cit., pp. 3 e 4, sem destaque no original)

⁸ Lê-se em Cláudio Fonteles ("A vida humana é dinamismo essencial inesgotável", p. 1): "A vida humana é **dinamismo essencial**. Na fecundação - união do espermatozóide com o óvulo - e a partir da fecundação a célula autônoma - zigoto - que assim surge, por movimento de dinamismo próprio, independente de qualquer interferência da mãe, ou do pai, realiza a sua própria constituição, bipartindo-se, quadripartindo-se, no segundo dia, no terceiro dia, e assim por diante.

36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado *in vitro*, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, **o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana;** ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Donde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929):

"A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula";

"Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação".

37. Afirme-se, pois, **e de uma vez por todas**, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. **Não é isso**. O que autoriza a lei é um procedimento *externa-corporis*: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados *in vitro*, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da "auto-replicação"), poderiam experimentar com

o tempo o risco de u'a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido totipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares. Dejetos tanto mais numericamente incontroláveis quanto inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e seus produtos finais⁹.

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: **há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro***? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

⁹ De se registrar que a presente ação direta não impugna o descarte puro e simples de embriões não aproveitados "no respectivo procedimento". A impugnação é quanto ao emprego de células em pesquisa científica e terapia humana.

39. Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de "família". Família de pronto qualificada como "base da sociedade" e merecedora da "proteção especial do Estado" (*caput* do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.ºs. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de *monoparental*. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do **"planejamento familiar"**. Mais exatamente, planejamento familiar que, **"fruto da livre decisão do casal"**, é **"fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável"** (§ 7º desse emblemático artigo 226, negritos à parte). Donde a intelecção de que:

I - dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto

responsavelmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 5º);

II - princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, **para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade"** (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, **para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva.**

40. Dá-se que essa figura jurídico-constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do artigo 226), que impõe ao Estado o dever de **"propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito"** (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), **"vedada qualquer forma coercitiva**

por parte de instituições oficiais e privadas" (original sem destaque).

41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo certo que:

I - a fertilização *in vitro* é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da "especial proteção do Estado" (base que é de toda a sociedade);

II - não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana *in vitro*, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: **o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10?** Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do

"planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (sem negrito e sub-linha, no texto original).

44. Recolocando a idéia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, **ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais:** o conjunto do artigo 227, impositivo do dever de "assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e

comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

45. Tudo isto, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável. Modelo concebido diretamente pela Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes (“excedentários”) dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a gestante a ter que aceitar verdadeira *ninhada* de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, *literis*: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável

avanço cultural que se contém na máxima de que "o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher" (Charles Fourier).

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões *in vitro* está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto *in natura* ou não-artificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MackKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

"A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não-eu".

47. É o trecho que se divisa às pp. 77 do mencionado livro "Domínio da Vida". Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que:

"Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente 'dentro' dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo. É "dela", e é dela mais do que de qualquer outra pessoa" porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está (...)".

48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. **Não sabe o que é solidão**, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, **quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero**. Impossível esquecê-lo! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas o início de uma trajetória intestinal que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária ("o absoluto e terrível colapso da luz", na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, página 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de *animação* ou presença da alma, essa alma junta-se à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas *vizinhas de porta*, no interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer

comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um *estar ali do lado*, fisicamente, para se tornar *um estar aqui por dentro*, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida **é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana. É ele que verdadeiramente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie.** Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. *Monumentaliza* por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas

veias e a corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar).

50. São dois fenômenos concomitantes ou *compresentes*, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo benquerer. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito *sobrevalor*a como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembre-se). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias).

Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional **uma casa de fazer destino**. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do *homo sapiens*. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo **a natureza mesma da maternidade**. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria inda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermeneuta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psico-física e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas "de aluguel", por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvarios,

falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I - a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II - a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de

embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pense-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à ministra Ellen Gracie, presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança "conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade".

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que **um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte**: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

"A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização".

55. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, **primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida**. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. **Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor**

de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras "desta vida de aquém-túmulo", como certa feita disse Guimarães Rosa. Confira-se o texto legal:

"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" (art. 3º, caput).

56. O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação.** Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da

distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém**. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao *nativivo*.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Onde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, **a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou**

daquele corpo humano¹⁰. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, **vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.**

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (*o ser das coisas é o movimento*, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado

¹⁰ Enquanto Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à existência da alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) "afirmava, categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido, mas que a adquire em algum momento posterior - quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino" (Dworkin, ob. cit., pp. 55/56). Disse mais Ronald Dworkin sobre o autor da Suma Teológica: "As idéias de Santo Tomás sobre o desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que já estão presentes o intelecto e a razão (...)" (pp. 56/57).

poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão *cerebradas* quanto *em carne e osso*, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato, **porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio.** Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social **o advento do constitucionalismo fraternal**, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida **em comunidade** (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, *verbis*: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária".

59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: "O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida. É impossível não questionar a vida" (Correio Braziliense, "Revista do Correio", 27 de janeiro de 2008, ano 3, número 141, p. 32).

60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: "A paralisia cerebral é uma anomalia motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai. Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá

uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo contra o cérebro". E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a profundidade amorosa: "Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão Vermelho conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar" (revista "Veja", editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

61. 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.

62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ADIN *sob judice*, trago à ribalta mais uma invocação de ordem constitucional. É que o referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de nº 194. Mais ainda, saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). Com o que se tem **o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência**. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo "ciência", já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz

parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

"Art. 5º.

(...)

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação".

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

64. Acresce que o substantivo "expressão", especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro

psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo *subir à tona* ou *vir a lume* de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica.

65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de nº IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: "A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências".

66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da *Constituição-cidadã* para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de *sistema*; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O

oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

67. Tem-se, neste lanço, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos ("Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento", ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como "era do conhecimento".

68. "Era do conhecimento", ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que

fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquirições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez "o monstro da indiferença" (Otto Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico **deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento?** Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham *com pilhas nas costas* não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não-

aproveitamento de embriões *in vitro*? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida *estalando de nova* (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u'a morte muitas vezes tão iminente quanto não-natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.
