

# **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL**

## **MEMORIAL**

### **SUMÁRIO**

<b>VOTO DO RELATOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO</b> .....	2
<b>A PERSONALIDADE DO NASCITURO</b> .....	4
A redação controversa do Código Civil de 1916 .....	4
O Pacto de São José da Costa Rica.....	4
O Código Civil de 2002 .....	6
A posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica.....	7
A peculiaridade do direito do nascituro à personalidade.....	9
A Emenda Constitucional 45/2004 e seus efeitos .....	11
O voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585-8 TO .....	14
<b>A PERSONALIDADE DO EMBRIÃO</b> .....	16
<b>A SUPOSTA EXISTÊNCIA DO ABORTO LEGAL</b> .....	18
<b>O EMBRIÃO HUMANO E O OVO DE TARTARUGA</b> .....	19
<b>O EMBRIÃO HUMANO E A MORTE ENCEFÁLICA</b> .....	20
<b>O DESTINO DOS EMBRIÕES HUMANOS “EXCEDENTÁRIOS”</b> .....	22
<b>O SER HUMANO COMO MATERIAL CIENTÍFICO</b> .....	25
As experiências científicas nazistas.....	25
A história se repete? .....	26
A dignidade da pessoa humana.....	27
<b>CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: MAIS DE 25 ANOS DE FRACASSO</b> .....	27
“Um certo sensacionalismo faz parte do jogo” .....	28
“A gente tenta dourar um pouquinho a pílula” .....	28
<b>O SUCESSO CRESCENTE DAS CÉLULAS-TRONCO ADULTAS</b> .....	29
As células-tronco pluripotentes induzidas .....	30
<b>CONCLUSÕES</b> .....	32

## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL**

Proposta pelo Procurador Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

### **MEMORIAL**

No dia 30 de maio de 2005, o Procurador Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles ajuizou a ADI 3510 contra o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, alegando que tal dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida humana previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O processo foi distribuído para o Ministro Carlos Ayres Britto, o qual, acatando pedido da Procuradoria Geral da República, determinou realização de uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal com autoridades do mundo científico no dia 20 de abril de 2007, sobre a questão do início da vida humana.

No dia 5 de março de 2008, a Suprema Corte iniciou o julgamento. O relator Ministro Carlos Ayres Britto, votou pela improcedência do pedido formulado na ação. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista dos autos, tendo como consequência a suspensão da votação. No entanto, a Ministra Ellen Gracie, presidente do Tribunal, resolveu antecipar seu voto, acompanhando o relator, ou seja, manifestando-se pela improcedência do pedido.

### **VOTO DO RELATOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO**

O relator alegou em síntese, que a proteção constitucional do direito à vida não atinge o embrião humano fertilizado *in vitro*. Isso se deve ao silêncio da Constituição

Federal sobre o início da vida humana (“silêncio de morte”, segundo trocadilho formulado pelo ministro) e à afirmação contida no artigo 2º (primeira parte) do Código Civil de que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*”. O nascituro então, conclui o ministro, não é pessoa, mas expectativa de pessoa. Não tem direitos, mas expectativa de direitos. A inviolabilidade do direito à vida só é garantia para o nativo, ou seja, para aquele que nasceu com vida, pois só este é pessoa.

O Código Civil, em seu artigo 2º (segunda parte) põe a salvo “*os direitos do nascituro*”, não porque ele seja pessoa, interpreta o relator, mas porque está a caminho de tornar-se pessoa. Trata-se de um transbordamento do princípio da dignidade da pessoa humana, que atinge até quem (ainda) não é pessoa (o nascituro), protegendo seus direitos.

A incriminação do aborto, argumenta o ministro, não significa que a lei reconheça a presença de duas pessoas: a gestante e o nascituro. Se assim fosse, todo e qualquer aborto seria inconstitucional, inclusive o previsto nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal. Para o ministro, a prática do aborto nessas duas hipóteses equivaleria à aplicação da “pena de morte” a uma pessoa pré-natal, o que é proibido pela alínea *a* do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal. O ministro, porém, afirma que nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal é pessoa. Logo, a lei infraconstitucional pode protegê-la, mas não tem a obrigação de fazê-lo sempre e sem exceções.

O relator chega a essa conclusão jurídica embora reconhecendo explicitamente que “***o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino***”<sup>1</sup>. O zigoto humano, porém, não é pessoa “***porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro***”<sup>2</sup>.

Além disso, em se tratando de fertilização extracorpórea, diz o relator, o concebido não é nascituro, pelo menos enquanto não for introduzido no útero feminino. Sua destruição não se enquadra no crime de aborto previsto pelo Código Penal. Ele não está a caminho do nascimento, mas confinado *in vitro*, sem qualquer possibilidade de progressão.

O casal, no entendimento do ministro, ao recorrer à fertilização extracorpórea, não está obrigado a aproveitar todos os óvulos eventualmente fecundados. Os embriões “excedentários” não mantêm com seus genitores o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que costumam ter os embriões fecundados naturalmente. Então, conclui o

---

<sup>1</sup> Voto do relator, n. 30, p. 35. Grifado no original.

<sup>2</sup> Voto do relator, n. 31, p. 36. Grifado no original

relator, na impossibilidade de mantê-los congelados indefinidamente, pode-se, com a autorização dos pais, destruí-los para os fins previstos pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança.

No final de seu voto, o ministro vai além. No caso de um embrião excedentário fertilizado *in vitro* não existe pessoa humana “nem mesmo como pura potencialidade”<sup>3</sup>, uma vez que lhe falta o cérebro. Tal embrião “**é algo que jamais será alguém**”<sup>4</sup>. Essa conclusão é extraída de um paralelo com a Lei de Transplantes (Lei 9.434/97, art. 3º) que autoriza a retirada “*post mortem*” de tecidos ou órgãos do corpo humano, uma vez constatada a morte encefálica.

Despojado de personalidade e de proteção jurídica, nada obsta, segundo o ministro, que o embrião congelado seja usado para superar o infortúnio alheio, em benefício da saúde e da ciência.

## **A PERSONALIDADE DO NASCITURO**

### **A redação controversa do Código Civil de 1916**

O nó da argumentação do ministro Carlos Ayres Britto está no não-reconhecimento da personalidade do nascituro.

Na vigência do Código Civil de 1916, o seu artigo 4º trazia a seguinte redação:

*“A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.*

Esse dispositivo foi causa de incontáveis discórdias entre os civilistas. Se o nascituro não é pessoa, ele não poderia ter direitos. Quando muito, teria expectativa de direitos. No entanto, a lei punha a salvo *os direitos* (no plural) — atuais, e não em potência — do nascituro. Autores como Franco Montoro, Otávio Ferreira Cardoso e, sobretudo, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, fazendo uma interpretação sistemática do Código Civil, afirmavam que o nascituro é propriamente pessoa, não obstante a redação controversa daquele artigo.

### **O Pacto de São José da Costa Rica**

Contudo, a primeira parte desse artigo (“*a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida*”) foi revogada pelo *Pacto de São José da Costa Rica*, do qual o Brasil é signatário.

---

<sup>3</sup> Voto do relator, n. 56, p. 61.

<sup>4</sup> Voto do relator, n. 56, p. 61. Grifado no original.

Trata-se de uma *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, subscrita em 22 de novembro de 1969. Foi aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil em 26 de maio de 1992 (Decreto Legislativo n. 27), tendo o Governo brasileiro determinado sua integral observância em 6 de novembro seguinte (Decreto n. 678).

Com efeito, diz o § 1º, artigo 2º, do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil: “*A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule matéria de que tratava a lei anterior*”.

Diz a referida Convenção em seu artigo 1º, n. 2: “*Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano*”. (destacou-se)

Diz ainda o inciso I do artigo 4º da mesma Convenção: “*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*” (destacou-se)

Como se pode verificar, o Pacto de São José da Costa Rica (como é conhecida a Convenção) diz inequivocamente que “*pessoa é todo ser humano*”, sem fazer qualquer distinção entre o ser humano em sua vida intra e extra-uterina. A expressão “*desde o momento da concepção*” força-nos a concluir que a palavra “*pessoa*” se aplica também ao nascituro.

Alguém poderia argumentar que a afirmação “*pessoa é todo ser humano*” só vale “*para os efeitos desta Convenção*” (art. 1º, n. 2). E é verdade. Um dos efeitos, porém, primordiais da Convenção é a obrigatoriedade de os Estados-partes reconhecerem a personalidade jurídica de toda pessoa (= “*de todo ser humano*”). É o que diz o artigo 3º: “*Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica*”.

A partir, portanto, de 6 de novembro de 1992, data em que a Convenção se fez direito interno brasileiro, toda “*pessoa*” (que, para os efeitos da Convenção, é todo ser humano), passou a ter direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Se, portanto, a primeira parte do artigo 4º, CC/1916 não reconhecia personalidade jurídica ao nascituro, foi revogada por força de uma lei posterior.

Jaques de Camargo Penteados<sup>5</sup> alega que a doutrina da personalidade do nascituro

---

<sup>5</sup> Procurador de Justiça aposentado, exercendo atualmente a advocacia no Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, tem vários livros e artigos publicados, destacando: *A Família e a Justiça Penal* (1988, ed. Revista dos Tribunais); *Acusação, Defesa e Julgamento* (2001, ed. Millennium); Co-organizou e foi também co-autor do livro “*A vida dos Direitos Humanos – Bioética e Jurídica*” (1999, ed. Sérgio Fabris).

... culminou com sua consagração no âmbito internacional, tanto que o Pacto de São José de Costa Rica dispõe que 'pessoa é todo ser humano' (art. 1º, n.º 2). Além disso, vigora no âmbito interno, posto que adotado pelo Brasil, tanto que já se reflete na jurisprudência nacional.<sup>6</sup>

Ao pé da página, o autor cita uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo<sup>7</sup>:

Em boa hora se vem invocando nos Pretórios o Pacto de São José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que se fez *direito interno brasileiro*, e que, pois, já não se configura, entre nós, simples meta ou ideal de *lege ferenda*. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós: bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas conseqüências, que seu art. 2º modificou até mesmo conceito de pessoa versado no art. 4º do Código Civil, já que, atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intra-uterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários conflitam com a referida Convenção (*Habeas Corpus* n.º 323.998/6, Tacrim-SP, 11ª Câm., v. un., Rel. Ricardo Dip, j.29.6.1998).

Houve, porém, infelizmente, um grande desconhecimento do alcance do Pacto de São José da Costa Rica em face da legislação brasileira. Depois de sua vigência, nenhum doutrinador poderia dizer (mas muitos continuaram dizendo) que o nascituro é mera "expectativa de pessoa" (*spes personae*), gozando apenas de "expectativas de direitos".

### **O Código Civil de 2002**

Ao assinar e ratificar o Pacto de São José da Costa Rica, o Brasil comprometeu-se a

... adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (art. 2º da Convenção).

<sup>6</sup> PENTEADO, Jaques de Camargo. O devido processo legal e o abortamento. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 152.

<sup>7</sup> agora extinto pela Emenda Constitucional 45/2004.

Assim, o Congresso Nacional, ao instituir o novo Código Civil, deveria, em cumprimento ao compromisso assumido na Convenção, ter modificado a redação do artigo 4º, a fim de assegurar a todo ente humano, nascido ou nascituro, o reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Lamentavelmente o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), sancionado em 10/01/2002 e em vigor desde 11/01/2003, ignorou totalmente tal compromisso internacional e manteve quase integralmente as palavras do Código de 1916:

*“Art. 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.*

Pergunta-se: a partir do dia 11 de janeiro de 2003, quando o novo Código entrou em vigor, terá havido um retrocesso em relação aos direitos humanos? Em particular, em relação ao mais débil dos entes humanos: o nascituro? Terá tido o novo Código força de revogar o estabelecido em uma Convenção Internacional? Haverá superioridade hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica em relação ao novo Código Civil?

### **A posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica**

Para responder a essa questão, valhamo-nos dos argumentos de Flávia Piovesan. Diz a referida autora:

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na 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’ (art. 5º, parágrafo 2º).

Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, parágrafo 36, previa: ‘A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, a *contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco

dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.<sup>8</sup>

(...)

Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão.<sup>9</sup>

Até 1977, o Supremo Tribunal Federal afirmava a superioridade dos tratados internacionais sobre as normas ordinárias de direito interno. Citemos novamente Flávia Piovesan:

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal c. Cia Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha".<sup>10</sup>

Esse entendimento mudou a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 em 1977, que adotou a tese da paridade entre o tratado internacional e a lei federal, estando ambos em mesmo nível hierárquico. A este respeito, comenta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

A nova posição da Excelsa Corte, entretanto, enraizou-se de tal maneira que o min. Francisco Rezek emitiu pronunciamento de forma assaz contundente, dizendo da 'prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isso importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional.

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-76.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 77-78.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 85.

Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio (Extradição n° 426, in RTJ 115/973).<sup>11</sup>

Para agravar a situação, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* 72.131-RJ (22.11.1995), declarou explicitamente que o Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, VII) não tinha o poder de proibir a prisão civil por dívida do depositário infiel, prevista na Constituição Federal (art. 5º, LXVII), posição essa que foi reiterada em diversos julgados.

O novo Código Civil, à semelhança do anterior, reconhece vários direitos ao nascituro, entre eles: o de receber doação mediante representante legal (art. 542), o de receber um curador (art. 1779) e o de ser beneficiado por herança (art. 1798). Mas persiste com a redação obsoleta e contraditória de que a personalidade civil só começa com o nascimento com vida (art. 2º).

Até pouquíssimo tempo, o Supremo Tribunal Federal vinha-se demonstrando propenso a declarar que uma nova lei ordinária tem o condão de afastar a aplicação de um tratado anteriormente celebrado.

Com todo o respeito devido à Suprema Corte, prevalecendo esse entendimento, seria razoável que o Brasil não mais assinasse tratados internacionais. Pois os compromissos solenemente assumidos perante as nações sempre poderão ser descumpridos por uma simples lei ordinária. Um exemplo ilustrativo é a obrigação assumida pelo Brasil no Pacto de São José da Costa Rica de não restabelecer a pena de morte:

*“Art. 4 – III – Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”*

Tal dispositivo é totalmente inócuo, uma vez que, se o legislador nacional decidir instituir a pena de morte,<sup>12</sup> sua vontade prevalecerá sobre o anterior compromisso internacional. Para que servem então os tratados e convenções?

### **A peculiaridade do direito do nascituro à personalidade**

No caso do direito do nascituro à personalidade jurídica, há uma peculiaridade. A Convenção dá a tal direito tamanha importância, que ele não pode ser suspenso nem

---

<sup>11</sup> Valerio de Oliveira MAZZUOLI, O STF e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, *Correio Braziliense*, 5 ago. 2002, Caderno Direito e Justiça, p. 3.

<sup>12</sup> Abstraindo-se, no caso, de que a proibição do art. 5º, XLVII, a, CF, por ser cláusula pétrea, não pode ser desfeita sequer por emenda constitucional.

sequer em caso de guerra, perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência e a segurança do Estado-Parte:

Art. 27

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados as exigências da situação, suspendem as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. **A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito a Vida), 5 (Direito a Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (Liberdade de Consciência e de Religião), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito a Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (destacou-se)**

No entanto, paradoxalmente, uma simples lei ordinária ousou abolir o reconhecimento da personalidade do nascituro.

Poderia algum Estado opor alguma exceção aos direitos consagrados na Convenção, suprimi-los ou limitá-los? Em outras palavras: teria o legislador ordinário poder para negar a personalidade ao nascituro, embora esta tenha sido reconhecida pelo Pacto Internacional?

Vale citar aqui a resposta magistral de Ricardo Henry Marques Dip<sup>13</sup>:

Não se justifica, para mais, diante da ratificação do Pacto de São José pelo Estado brasileiro, nenhuma prática estatal de auxílio ao abortamento direto, nem a omissão do Governo na ajuda material e psicológica às mulheres que engravidam vítimas de estupro, a fim de que evitem a prática do delito de aborto, embora, *in casu*, não-punível.

Não parece nunca demasiado, a propósito, considerar o preceito do artigo 29 do Pacto de São José:

‘Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. Permitir a alguns dos Estados-partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela’.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; ex-juiz do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

### **A Emenda Constitucional 45/2004 e seus efeitos**

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º da Carta Magna o parágrafo terceiro:

*§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

O objetivo do constituinte derivado foi acabar com a celeuma acerca do nível hierárquico dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. No entanto, o tiro poderia ter saído pela culatra, conforme previu Valério de Almeida Mazzuoli quando a PEC 2.920/2000 (que deu origem à EC 45/04) ainda estava em tramitação:

A celeuma que esta emenda causará, se aprovada, será enorme, principalmente porque se sabe que o Brasil já cumpriu quase todos os seus compromissos internacionais relativos a direitos humanos, faltando poucos instrumentos de âmbito global a serem ratificados. Dessa forma, se aprovada a Emenda, não se saberá mais em qual *status* normativo estarão todos os tratados de direitos humanos já ratificados e em vigor no Brasil, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e vários outros.<sup>15</sup>

Após a promulgação da Emenda, de fato a divergência ficou instaurada. Alguns defensores do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos lamentaram a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º, uma vez que teria reduzido ao nível de lei ordinária os tratados celebrados antes de 31 de dezembro de 2004.<sup>16</sup> Só os tratados posteriores a essa data poderiam adquirir nível constitucional, e ainda assim, só depois de um dificultoso processo, com a aprovação de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

<sup>14</sup> DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o aborto legal: compreensão reacionária da norma *versus* busca progressiva do direito. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 400.

<sup>15</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; IELF, 2005, p. 115. Curiosamente, este trecho, que certamente foi escrito antes da promulgação da EC 45/04, foi conservado na segunda edição, “revista e ampliada” da obra, que nas páginas 100 e 101 fala Emenda como algo já em vigor.

<sup>16</sup> Data da publicação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Mazzuoli continuou sustentando que

... o novo § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 (...), não afeta os tratados internacionais sobre direitos humanos já ratificados anteriormente pelo Brasil, valendo tão somente para os tratados ratificados depois de sua entrada em vigor e, ainda assim, para atribuir-lhes *equivalência de emenda constitucional*, e não para dar o *status* de 'norma constitucional' que eles já detêm (uma vez que ampliam o núcleo material mínimo da Constituição, ou seja, o seu 'bloco de constitucionalidade').<sup>17</sup>

Esse também foi o entendimento de Flávia Piovesan. Segundo ela, o parágrafo 3º serviu para criar duas categorias de tratados de direitos humanos: os *apenas materialmente constitucionais* (por força do art. 5º, §2º, CF) e os *materialmente e formalmente constitucionais* (por força do art. 5º, §3º, CF). Estes últimos, "equivalentes a emendas constitucionais" não são suscetíveis de denúncia, ao passo que os primeiros podem ser denunciados:

Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro de formalmente constitucional. (...) Vale dizer que com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força de § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Ibidem, p. 100-101.

<sup>18</sup> PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 72-73.

Afortunadamente, Francisco Rezek, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, que sempre defendeu a tese da supremacia da Constituição Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos, mudou de posicionamento a partir da Emenda Constitucional 45/04:

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição um segundo parágrafo estabelece, desde 1988, que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no *quorum* simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então — o que parece impalatável — até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, pareciam sombrias quando se levavam em conta algumas decisões majoritárias que o Supremo tomou na época a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), frente ao texto da Convenção de São José da Costa Rica.

A questão não subsiste a partir de agora, resolvida que foi pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove *com o rito da emenda à carta* — em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros — integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. (...)

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.<sup>19</sup>

Segundo Rezek, portanto, por força da EC 45/04 houve uma espécie de “recepção” dos tratados anteriormente celebrados, promovidos ao nível constitucional,

---

<sup>19</sup> REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 101-103.

entre os quais o Pacto de São José da Costa Rica, que assegura o reconhecimento da personalidade do nascituro.

### **O voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585-8 TO**

No dia 12 de março de 2008, o Ministro Celso de Mello proferiu um voto no julgamento do Habeas Corpus 87.585-8 Tocantins, que marca uma mudança de posição do Supremo Tribunal Federal acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, em particular, do Pacto de São José da Costa Rica.

Seu extenso voto de 54 páginas cita inúmeros autores, inclusive Flávia Piovesan, Valério de Almeida Mazzuoli e Francisco Rezek, já citados acima. O cerne do problema, diz o Ministro é o seguinte:

*A questão básica **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se ainda subsiste**, no direito positivo brasileiro, **no plano infraconstitucional** da legislação interna, **a prisão civil** do depositário infiel, **considerado o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 11).**<sup>20</sup>*

Sobre esse tema, o Ministro admite ter mudado de entendimento:

*Após **longa reflexão** sobre o tema em causa, Senhora Presidente – **notadamente** a partir da decisão plenária desta Corte **na ADI 1.480-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) -, **julguei necessário reavaliar** certas formulações e premissas teóricas **que me conduziram**, então, **naquela oportunidade, a conferir**, aos tratados internacionais em geral (**qualquer** que fosse a matéria neles veiculada), **posição juridicamente equivalente** à das leis ordinárias.<sup>21</sup>*

Cita o Ministro Gilmar Mendes, que defende a “supralegalidade” dos tratados e convenções de direitos humanos, ou seja, uma posição inferior à da Constituição, mas superior à da legislação ordinária:

*“**Por conseguinte**, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. **Essa tese pugna** pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos **seriam infraconstitucionais**, porém, **diante de seu caráter***

---

<sup>20</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p.1.

<sup>21</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p. 54.

**especial** em relação aos **demais** atos normativos internacionais, **também seriam dotados** de um atributo de **'supralegalidade'**.

**Em outros termos**, os tratados sobre direitos humanos **não poderiam afrontar** a supremacia da Constituição, **mas teriam lugar especial** reservado no ordenamento jurídico. **Equipará-los** à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”

Cita ainda o voto do ex-Ministro Sepúlveda Pertence (RHC 79.785/RJ) no sentido de admitir a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre legislação interna infraconstitucional do Estado Brasileiro<sup>22</sup>. No entanto, Celso de Mello vai além e admite que a posição de tais tratados não é apenas “supralegal” mas propriamente constitucional, conforme orientação doutrinária de Flávia Piovesan, Valério de Almeida Mazzuoli e Francisco Rezek, entre outros:

**Após muita reflexão** sobre esse tema, **e não obstante** anteriores julgamentos desta Corte **de que participei** como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **inclino-me a acolher** essa orientação, **que atribui natureza constitucional** às convenções internacionais de direitos humanos...<sup>23</sup>

Essa mudança de pensamento já havia sido tomada pelo Ministro Ilmar Galvão, em conforme afirma Celso de Mello:

**Não foi por outra razão** que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, **reconsiderando** o seu anterior entendimento, **tal como eu próprio ora faço** neste julgamento, **destacou**, em momento **que precedeu** a promulgação da EC nº 45/2004, **que o § 2º do art. 5º da Constituição - verdadeira** cláusula geral de recepção - **autoriza** o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos **possuem** hierarquia constitucional, **em face** da relevantíssima circunstância **de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional** de direitos e garantias individuais, **de outras prerrogativas e liberdades fundamentais, que passam a integrar**, subsumindo-se ao seu conceito, **o conjunto normativo** configurador do **bloco de constitucionalidade**.<sup>24</sup>

Celso de Mello não apenas revê sua posição como convida a Suprema Corte a fazê-lo:

**Tenho para mim**, desse modo, Senhora Presidente, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da “prevalência dos direitos humanos” **permitirá**, a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição jurisprudencial **quanto** ao relevantíssimo papel, à

<sup>22</sup> Cf. Voto HC 87.585-8 TO p. 22.

<sup>23</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p. 27.

<sup>24</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p. 36.

*influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos **no plano doméstico e infraconstitucional** do ordenamento positivo do Estado brasileiro.<sup>25</sup>*

Novamente, o Ministro fala de sua mudança de pensamento:

*Como **precedentemente** salientei **neste** voto, e após **detida reflexão** em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), **evoluo**, Senhora Presidente, **no sentido de atribuir**, aos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **superioridade jurídica** em face **da generalidade** das leis **internas** brasileiras, **reconhecendo**, a referidas convenções internacionais, **nos termos** que venho de expor, **qualificação constitucional**.<sup>26</sup>*

Ao final, Celso de Mello explica porque defere o pedido de “habeas corpus”, invalidando ordem de prisão civil decretada com base no Decreto nº 1.102, de 21/11/1903, artigo 11, nº. 1 e artigo 34, 4º:

***É que existe** evidente incompatibilidade material superveniente **entre** referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), **incorporado**, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto **revestido** de hierarquia constitucional, por efeito **do § 2º** do art. 5º da Constituição da República.<sup>27</sup>*

## **A PERSONALIDADE DO EMBRIÃO**

Conforme exposto acima, de acordo com nova orientação da Suprema Corte, o Pacto de São José da Costa Rica goza de *status* constitucional. Os defensores do aborto costumam recorrer ao artigo 4º da referida Convenção para sublinhar a expressão “em geral”:

Art. 4º, I : *Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, **em geral**, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.*

Segundo tais autores, a Convenção parece admitir uma exceção para o aborto, uma vez que a proteção legal à vida da pessoa somente “em geral” remonta ao momento da concepção.

<sup>25</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p. 37-38.

<sup>26</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p. 44.

<sup>27</sup> Voto HC 87.585-8 TO, p. 54.

Tal interpretação, que é sujeita também a críticas,<sup>28</sup> não vem ao caso. O que se deseja, na presente questão, não é saber se o Pacto de São José instituiu ou não a inviolabilidade do direito à vida. O que importa é saber se essa Convenção determinou ou não **o direito ao reconhecimento da personalidade de todo ser humano**. A resposta é afirmativa, e é dada pelo artigo 3º:

Artigo 3º: *Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.*

Note-se que o dispositivo não faz exceção alguma a esse direito. Não está escrito “em geral” ou qualquer outra expressão que possa significar excepcionalidade. O reconhecimento da personalidade jurídica é, portanto, um direito (de nível constitucional, como foi visto) **de toda pessoa**, sem exceção. Mas, o que é pessoa? A essa pergunta, a Convenção dá uma resposta cristalina em seu artigo 1º:

Artigo 1º, n. 2: *“Para os efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano**”.*

A expressão “todo ser humano” engloba o ser humano já nascido, o ser humano em gestação no útero materno, **mas também o ser humano originado por fertilização extracorpórea** e congelado em nitrogênio líquido.

Que o embrião originado *in vitro* seja um ser humano, até o Ministro Carlos Ayres Britto o admite em seu voto: **“o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino”**<sup>29</sup>.

Portanto, a referida Convenção, agora reconhecida como **norma constitucional**, já **não admite a distinção** feita pelo Ministro relator **entre**:

- a) o ser humano nascido com vida: somente este reconhecido como “pessoa”;
- b) o nascituro no útero materno: o ser humano com expectativa de tornar-se pessoa se nascer com vida;
- c) o embrião excedentário: que nem sequer teria potencialidade de tornar-se pessoa.

<sup>28</sup> Entre os que não aceitam tal interpretação estão Ricardo Henry Marques Dip e Ives Gandra da Silva Martins.

<sup>29</sup> Voto do relator, n. 30, p. 35. Grifado no original.

Tal distinção cai totalmente por terra, uma vez que, segundo norma de nível “constitucional”, **todo ser humano** (sem distinções) **tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.**

Em síntese:

- A inviolabilidade do direito à vida è dada pelo próprio *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.
- O sujeito de tal inviolabilidade è dado pelos artigos 3º e 1º, n. 2 do Pacto de São José da Costa Rica: “**todo ser humano**”.

As conclusões necessárias deste raciocínio são:

1) É inconstitucional a primeira parte do artigo 2º do Código Civil (“*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*”).

2) É inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

## **A SUPOSTA EXISTÊNCIA DO ABORTO LEGAL**

Para corroborar sua tese de que o nascituro não goza de proteção constitucional, o relator Carlos Ayres Britto citou o artigo 128 do Código Penal, que dispõe:

*Artigo 128. 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.*

Para o Ministro, essas duas hipóteses de aborto “legal” seriam proibidas caso a Constituição Federal desse ao nascituro o tratamento de uma pessoa.

Inicialmente, é preciso advertir que esse artigo não “permite” a prática do aborto. Nem sequer exclui o crime. A redação “não se pune” exclui tão-somente a pena, e é típica das chamadas **escusas absolutórias**. No caso, a lei não aplica a pena se o aborto já foi consumado, mas **não dá permissão prévia para abortar.**

Se, ao invés, se quiser entender – como o fez o ministro relator – que tal dispositivo “permite” a provocação do aborto, é forçoso concluir que ele não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Ou seja, **é a norma infraconstitucional** (no caso, o Código Penal) **que deve conformar-se à Constituição e não o inverso.**

## O EMBRIÃO HUMANO E O OVO DE TARTARUGA

Em sua sustentação oral, o advogado Ives Gandra da Silva Martins, procurador da CNBB como “amicus curiae” falou sobre o absurdo de a Lei de Biossegurança autorizar o descarte de embriões humanos, quando a legislação ambiental protege até os ovos de tartaruga. Ele se referia à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que dispõe em seu artigo 29:

*Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:*

*Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.*

*§ 1º. Incorre nas mesmas penas:*

*[...]*

*III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta **ovos**, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida licença, permissão ou autorização da autoridade competente.*

Em uma entrevista dada à Folha de São Paulo, o ministro rebateu a comparação de Ives Gandra:

*“Discordo da comparação que o Ives [Gandra Martins, advogado da CNBB] fez entre o embrião humano e o ovo da tartaruga [protegido por legislação ambiental]. O ovo da tartaruga saiu do corpo da mãe, já com todas as suas características genéticas. Ao passo que o que saiu da mulher não foi um embrião, foi um ovo singelo, sem fecundação. As características genéticas vêm com a fecundação, mas no caso ela não se deu no corpo da mulher.”<sup>30</sup>*

De fato, entre o ovo de tartaruga protegido e o embrião humano a ser descartado há algumas diferenças. O primeiro pertence a uma espécie animal; o

<sup>30</sup> FREITAS, Silvana de. Voto não abre via para o aborto, diz ministro do STF. São Paulo, *Folha on line*. 07 mar 2008. 8h37. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u379531.shtml>>.

segundo, à espécie humana. O primeiro, uma vez depositado, não precisa da mãe-tartaruga para se desenvolver; o segundo precisa aninhar-se no útero materno.

Interpretando o raciocínio do ministro, o ovo de tartaruga (que não requer a presença materna para seu desenvolvimento) deve gozar de proteção legal. Ao contrário, o embrião humano (que depende do corpo da mãe para desenvolver-se) pode ser descartado. Ou seja: **proteja-se aquele que é mais forte; destrua-se o que é mais fraco**. É a total subversão do direito, que existe essencialmente para proteger os débeis.

Além disso, o ovo de tartaruga não goza (nem por “transbordamento”) da tão decantada **dignidade humana**, a que o Ministro tantas vezes se referiu no seu voto. Negar ao ser humano a proteção que se dá ao ovo de um animal não é um atentado à dignidade humana?

O local onde se dá a fecundação (dentro ou fora do organismo materno) é algo de extrínseco, que não muda a natureza do concebido. Não torna o ovo de tartaruga “mais humano” nem torna o embrião congelado “menos humano”. Trata-se da introdução de um perigoso preconceito: o preconceito de lugar do concebimento.

## O EMBRIÃO HUMANO E A MORTE ENCEFÁLICA

Segundo o ministro relator Carlos Ayres Britto, assim como a parada de funcionamento do encéfalo indica que o indivíduo já morreu, a não existência do cérebro em um embrião fertilizado *in vitro* significaria que ele não começou a viver. São suas as palavras:

*... 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...*<sup>31</sup>

O ministro relator usou como argumento a Lei 9434, de 3/2/1997 (conhecida como Lei dos Transplantes) que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”:

---

<sup>31</sup> Voto do ministro relator, n. 56, p. 61. Os grifos são do original.

*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.*

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n.º 1.480 de 08/08/1997, estabeleceu critérios para a caracterização da “morte encefálica”. Em seu segundo “considerando”, a resolução diz que “*a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte*”. O último dos “considerando” – e isto é muito importante – afirma que “*ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros*”. O artigo 3º dessa resolução diz textualmente: “*a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida*”.

Hoje em dia são abundantes na literatura médica as críticas aos critérios adotados para a chamada “morte encefálica”. Segundo vários pesquisadores, tais critérios seriam apenas um prognóstico (o paciente está prestes a morrer), mas não um diagnóstico (o paciente já morreu). Argumentam que o critério da chamada morte encefálica só foi introduzido para justificar a remoção precoce de órgãos vitais para fins de transplante.

No entanto, ainda que consideremos válidos os critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, salta aos olhos que não se pode concluir que o embrião humano é um ente “morto” simplesmente porque não emite ondas cerebrais. Com efeito, ao se referir à morte, a Resolução fala em uma “**parada total e irreversível das funções encefálicas**”. Ora, só pode **parar** aquilo que está em movimento. Só pode morrer o que está vivo.

Note-se que o Conselho Federal de Medicina não se refere à ausência de funções encefálicas, mas à sua perda, à sua **parada**. É, portanto, pressuposto essencial para passar pelo evento denominado **morte** que o ente humano tenha estado anteriormente **vivo**.

A ausência do encéfalo (do qual o cérebro é uma parte) por si só não significa nada. Uma pedra não tem encéfalo e não emite ondas cerebrais. No entanto, ela não está “morta”, uma vez que nunca esteve viva. Ela é um ente bruto, e não um ente vivo que já morreu. Um nascituro de menos de seis semanas não emite ondas cerebrais, mas nem por isso está “morto”. Se ele não as emite, é pelo simples fato de seu cérebro ainda não

ter sido formado. A vida humana, porém, está presente “*desde a concepção*”, e é a partir desse momento (e não a partir da emissão de ondas cerebrais) que “*a lei põe a salvo os direitos do nascituro*” (art. 2º, Código Civil). É, portanto, um erro grave servir-se da Lei 9434, de 3/2/1997 e da Resolução n.º 1.480 de 08/08/1997 do CFM, para concluir que o embrião humano está “morto”.

Note-se ainda que tais critérios não são aplicáveis com segurança a crianças “*menores de 7 dias e prematuros*”. Com maior razão, não se podem aplicar tais critérios à criança que ainda não nasceu ou àquela que ainda não foi implantada no útero materno.

### O DESTINO DOS EMBRIÕES HUMANOS “EXCEDENTÁRIOS”

Quando se apresenta a fotografia de um bebê como Louise Brown, originada por fertilização *in vitro* e nascida em 1978, esconde-se o número de quantos de seus irmãos foram sacrificados durante o procedimento. O percentual de sucesso da FIVET (fertilização *in vitro* e transferência de embrião) é compreendido entre 14 e 20 por cento<sup>32</sup>. Este é o percentual dos **embriões transferidos que chegam a nascer**. O sucesso ainda é bem menor se considerarmos o número de embriões concebidos **que não chegam sequer a ser transferidos**. A perda total de embriões chega a 93-94 por cento!<sup>33</sup> Uma tragédia como essa não é admissível em um país civilizado.

Na Itália, em 19 de fevereiro de 2004 o Parlamento aprovou a Lei n. 40, “Norma em matéria de procriação medicamente assistida”,<sup>34</sup> que protege o embrião humano originado por fertilização *in vitro*. Essa lei proíbe a destruição e a crioconservação (congelamento) de embriões (art. 14, 1), a produção de embriões em número superior ao necessário para um único implante, e que nunca poderá ser superior a três (art. 14, 2), e a “redução embrionária” em caso de gravidez múltipla (art. 14, 3). Quem praticar qualquer dessas condutas é punido com até três anos de reclusão, e com multa de 50.000 a 150.000 euros (art. 14, 6).

<sup>32</sup> Cf. SCREGIA, Elio. Manuale di Bioetica: fondamenti ed etica biomedica. 4. ed. riveduta e ampliata. Milano: Vita e Pensiero, 2007. v. 1, p. 641.

<sup>33</sup> Loc. cit.

<sup>34</sup> PARLAMENTO ITALIANO. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

Essa lei, que está longe de ser perfeita, tem o mérito inegável de extinguir a discriminação contra o concebido. Este último é expressamente reconhecido como sujeito de direitos, logo no artigo 1º:

*1. A fim de favorecer a solução dos problemas reprodutivos derivados da esterilidade ou da infertilidade humana, é permitido o recurso à procriação medicamente assistida, sob as condições e segundo as modalidades previstas pelo presente lei, que **assegura os direitos de todos os sujeitos envolvidos, inclusive o concebido.***<sup>35</sup>

Com a entrada dessa lei em vigor, surgiu um problema ético: que destino dar aos embriões humanos já congelados? Em resposta a essa questão, o “Comitato Nazionale per la Bioetica” do governo italiano emitiu em 18 de novembro de 2005 um parecer intitulado “*A adoção para o nascimento (APN) dos embriões crioconservados e residuais derivados da procriação medicamente assistida (PMA)*”<sup>36</sup>.

O Comitê, em seu parecer, rebate um argumento muito utilizado hoje no Brasil: o risco de degeneração dos embriões por causa do tempo transcorrido em crioconservação (“*il rischio di una degenerazione degli embrioni a causa del tempo trascorso in crioconservazione*”) e adverte: esse argumento não encontra fundamento da literatura científica, pela qual **não existem hoje evidências de perda de vitalidade nos embriões, mesmo depois de muitíssimos anos de crioconservação** (“*è comunque questo un argomento che non trova fondamento nella letteratura scientifica, per la quale non esi-stono ad oggi evidenze di perdita di vitalità negli embrioni, anche dopo moltissimi anni di crioconservazione*”)<sup>37</sup>. É, portanto, totalmente arbitrário o prazo de três anos contido no inciso II do artigo 5º da Lei de Biossegurança<sup>38</sup>. Tomemos como exemplo, no Brasil, o pequeno Vinícius, que nasceu em 2007 em Bauru, depois de ter permanecido

<sup>35</sup> Texto original: “1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che **assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.**”

<sup>36</sup> COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A). 18 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/APN.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>38</sup> “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:

[...]

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.”

**oito anos** congelado<sup>39</sup>. Ou então, mencionemos a pequena Laina Beasley, nascida na Califórnia em 2005 depois de **treze (13) anos** de congelamento!<sup>40</sup>

Congelar um embrião – ou qualquer outro ser humano – é uma prática inumana que foi proibida na Itália pela Lei n. 40, de 19 de fevereiro de 2004. Mas que fazer com os embriões já congelados? O Comitê de Bioética propôs a APN — **adoção para o nascimento** (“*adozione per la nascita*”) — de tais crianças, algo semelhante à adoção do nascituro, prevista no Brasil desde o Código Civil de 1916 (art. 372), com as seguintes recomendações:

1) que sejam introduzidas no ordenamento normas que prevejam a liceidade e a modalidade de recurso à APN em favor dos embriões crioconservados e em estado objetivo de abandono;

2) que tal estado de abandono venha legalmente certificado e qualificado com critérios rigorosos;

3) que a lei formule critérios apropriados para a individualização dos casais ou das mulheres que se ofereçam à APN;

4) que a prática da APN seja garantida contra toda forma de comercialização ou lucro;

5) que ao nascido da APN venha reconhecido o mesmo estatuto jurídico previsto em geral pelos nascidos da PMA (“procriação medicamente assistida”).<sup>41</sup>

Este parecer do Comitê de Bioética do Governo Italiano indica-nos uma saída ética para o impasse criado pelos laboratórios de fertilização *in vitro*. Uma saída humana, que não é simplesmente matar (ainda que com as melhores intenções), mas implantar no útero de voluntárias que resolvam tornar-se mães adotivas, com reconhecimento legal da adoção.

Nos Estados Unidos, há várias organizações que facilitam a adoção de embriões congelados, entre as quais: *Embryos Alive*, *Snowflakes* e *National Embryo Donation Center*. Bradley Mattes, diretor executivo de *Embryos Alive*, estima que haja nos

<sup>39</sup> HUSSEINI, Mona. Prematuro, Vinícius vai para casa. Bom dia, Bauru, 18 out. 2007. Disponível em <<http://www.bomdiabauru.com.br/index.asp?jbd=3&id=241&mat=97120>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

<sup>40</sup> AYRES, Chris. Triplets born 13 years apart. Times on line. 6 jul. 2005. Disponível em: <[http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/us\\_and\\_americas/article540837.ece](http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/us_and_americas/article540837.ece)>. Acesso em: 19 mar. 2008.

<sup>41</sup> Cf. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A). 18 nov. 2005. p. 7

EUA 400.000 embriões humanos congelados, como excedentes de fertilização “in vitro”. Segundo o mesmo autor, “relata-se que há atualmente mais pais querendo adotar embriões do que o número de embriões disponível”.<sup>42</sup>

Vê-se que **está muito longe de ser verdade a afirmação de que os embriões humanos brasileiros irão inevitavelmente para o lixo se não forem mortos e usados para pesquisas**. A adoção é uma solução perfeitamente acessível também aos casais brasileiros.

## O SER HUMANO COMO MATERIAL CIENTÍFICO

### As experiências científicas nazistas

Ninguém pode negar que os experimentos feitos pelos nazistas trouxeram contribuição para a ciência.

*“Por exemplo, os nazistas de Dachau, usando água gelada para testes, foram os primeiros a baixar experimentalmente a temperatura do corpo humano até 26,3 graus centígrados – isso para descobrir as melhores maneiras de reanimar pilotos da Luftwaffe derrubados nas águas gélidas do Norte. Os cientistas nazistas descobriram que o método mais eficiente era o rápido reaquecimento em água quente. Os testemunhos em Nuremberg revelaram que o doutor Sigmund Rascher, que supervisionou esses hediondos testes hipotérmicos, apresentou com destaque suas descobertas num simpósio médico em 1942, num estudo intitulado ‘Problemas médicos que surgem no mar e no inverno’ (BLACK, Edwin. Guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 602).*

*“Outro caso envolveu os médicos nazistas Hallervorden e Spatz. Em 1922, eles haviam identificado, com sucesso, uma rara e devastadora doença do cérebro, causada por mutação genética. A doença se tornou conhecida como síndrome Hallervorden-Spatz. Durante a era Hitler, enquanto trabalhavam no Instituto Kaiser Wilhelm para a Pesquisa*

---

<sup>42</sup> MATTES, Bradley. Saving Lives with Embryo Adoption. Life Issues Connector. Jan. 2007. Disponível em: <[http://www.lifeissues.org/connector/2007/Jan\\_EmbryoAdoption.htm](http://www.lifeissues.org/connector/2007/Jan_EmbryoAdoption.htm)>. Acesso em 27 mar. 2008. Texto original: “It’s reported that there are currently more parents wanting to adopt embryos than the number of those available”.

do Cérebro, Hallervorden e Spatz desenvolveram sua pesquisa utilizando centenas de cérebros coletados entre as vítimas do T-4” (idem. p. 604).

Alguém diria que esses importantes resultados alcançados não justificam o extermínio e a manipulação de pessoas humanas para esse fim. No entanto, os nazistas se defenderiam dizendo que, na verdade, os que serviam de cobaias não eram homens, mas “sub-homens”.

*“A maioria considerada inútil e ‘sacrificável’ – judeus, ciganos, russos, e outros prisioneiros subumanos – era que virava forragem científica”* (idem. p.583).

Afinal, não era admissível que por preconceitos morais ou por escrúpulos religiosos, a ciência ficasse paralisada...

### **A história se repete?**

A aprovação da Lei de Biossegurança (Projeto de Lei 2401/2003) pelo plenário da Câmara dos Deputados, em 2 de março de 2005, foi precedida de inúmeros discursos em favor da “ciência” e contra o “fundamentalismo” moral e religioso, que serve apenas para enterrar o progresso. Aos deficientes físicos trazidos para a sessão legislativa foi oferecida a “esperança” de que, no futuro, as pesquisas feitas com a destruição de embriões humanos poderão trazer a cura de suas doenças.

A vitória da “ciência” contra as “trevas” da religião foi comemorada com uma emoção que chegou até às lágrimas. Finalmente os cientistas, libertos de preconceitos morais, poderão fazer progredir a Medicina.

Alguém poderia dizer que os eventuais sucessos de tais pesquisas não podem ser obtidos à custa do extermínio de milhares de seres humanos congelados. No entanto, os defensores da utilização de células-tronco embrionárias já têm a resposta pronta: aqueles embriões não são humanos. São “subumanos”. Por quê? Porque ainda não têm o tubo neural, que se começa a formar a partir do 14º dia<sup>43</sup>. São lixo descartável. E melhor que jogá-los fora é destruí-los para fins científicos.

---

<sup>43</sup> A bióloga Mayana Zatz, professora da USP e coordenadora do Centro do Genoma Humano, ao ser entrevistada, disse que se poderia “instituir” que a vida começa com o sistema nervoso: “Já que o fim da vida é determinado quando pára o sistema nervoso, por que não **instituir** (sic) que o início seja aquele em que começa o sistema nervoso? [...] **Mas vou além: acho que a vida começa quando o feto tem condições de viver fora do útero, independente da mãe. Antes disso, não**” (GREENHALGH, Laura. MANIR, Mônica. Quando a ciência multiplica a vida. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 8 fev. 2005, Caderno

## **A dignidade da pessoa humana**

Se estivéssemos diante, não de milhares, mas de um **único embrião humano**;

Se sua destruição acarretasse não apenas uma vaga esperança de cura, mas **uma cura certa**;

Se as células extraídas do cadáver desse embrião curassem, não uma, mas **todas as doenças do mundo**,

ainda assim, por respeito à dignidade da pessoa humana, **não poderíamos destruí-lo**.

## **CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: MAIS DE 25 ANOS DE FRACASSO**

Em 1998, Jamie Thomson isolou, pela primeira vez, as células-tronco de embriões humanos. Tais células já eram conhecidas há muito tempo. Sua descoberta se deu em 1981, quando foram isoladas células-troncos de embriões de camundongo<sup>44</sup>. Em 2006, a revista *Nature* comemorava 25 anos de pesquisa com células-tronco embrionárias<sup>45</sup>. Uma história feita de fracassos. Pois até agora, nem sequer em animais se obteve qualquer resultado seguro o bastante para se experimentar tal terapia em pessoas. Essas células crescem rapidamente, formam tumores e são rejeitadas pelo organismo receptor. Mas ainda que, por hipótese, elas trouxessem algum benefício, sua obtenção requereria a destruição de, não milhares, mas milhões de embriões humanos. Um número imensamente superior ao de embriões atualmente congelados. Se há alguma “esperança” de sucesso com tais práticas imorais, ela é muito remota.

---

Aliás, p. J4. Os grifos são nossos). Como se percebe, há uma estreita relação entre a liberação do aborto e a destruição dos embriões congelados.

<sup>44</sup> Nesse ano, Gail R. Martin, na Universidade da Califórnia (EUA) e Martin Evans e Matthew Kaufman, na Universidade de Cambridge (Inglaterra) separadamente e simultaneamente descobriram técnicas descobriram técnicas de extração de células-tronco de embriões de camundongo. Atribui-se a Gail R. Martin, a criação do termo “embryonic stem cell” (célula-tronco embrionária).

<sup>45</sup> Disponível em: < <http://www.nature.com/nature/focus/stemcells25years/index.html>>. Acesso em: 24 mar. 2008.

### “Um certo sensacionalismo faz parte do jogo”

Isso é admitido pela própria Dra. Lygia da Veiga Pereira, Livre-docente e chefe do Laboratório de Genética Molecular do Departamento de Biologia e Centro de Estudos do Genoma Humano, da USP, totalmente insuspeita por ter comparecido à audiência pública do STF a fim de defender o uso de embriões humanos. Leiamos o seu sugestivo artigo intitulado “*Por enquanto, apenas um fio de esperança*”:

*“Dra. Lygia, com a aprovação do Projeto de Lei de Biossegurança pela Câmara dos Deputados, quantos pacientes sairão das filas de transplantes?” Gelei com a pergunta feita em entrevista ao vivo, no dia seguinte à aprovação do uso de embriões humanos para a extração de células-tronco (CTs) embrionárias. Ela sintetizava toda a expectativa que a luta por essa aprovação gerou no último ano. Respirei fundo e respondi: “**Nenhum...**”. Nenhum hoje, nenhum até mesmo nos próximos anos. Mas quem sabe muitos no longo prazo, agora que podemos trabalhar com CTs embrionárias humanas no Brasil. **Talvez um certo sensacionalismo faça parte do jogo e tenha sido importante para mobilizar a sociedade e os parlamentares e levar à aprovação do PL de Biossegurança**<sup>46</sup>.*

Essa esperança, que em março de 2005 era apenas “um fio”, não cresceu até hoje. Todas as terapias bem sucedidas ocorreram no campo das células-tronco adultas, que se tem revelado cada vez mais versáteis e promissoras. Note-se que Dra. Lygia admitia na época “*um certo sensacionalismo*”, que até hoje se tem mostrado presente com as promessas feitas aos deficientes físicos.

### “A gente tenta dourar um pouquinho a pílula”

A bióloga Mayana Zatz, professora da USP e coordenadora do Centro do Genoma Humano, que também esteve presente à audiência pública do STF em defesa do uso de embriões humanos, admitiu ser necessário “dourar a pílula” a fim de obter recursos financeiros para as pesquisas. O trecho a seguir foi proferido pela bióloga em resposta em resposta à advertência do cientista Marcelo Leite sobre as promessas mirabolantes feitas acerca do Projeto Genoma Humano. Ouçamos com atenção:

*“Quem coloca a mão na massa sabe quais são as limitações. **Às vezes, você realmente tem de vender o peixe quando precisa de financiamento.** Não adianta você dizer: “Olha, vou ficar 20 anos seqüenciando para talvez chegar a um resultado”. **A gente tenta dourar um pouquinho a pílula. Mas sabemos***

---

<sup>46</sup> Por enquanto, apenas um fio de esperança. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 06 mar. 2005, Caderno Aliás, p. J 3. Os grifos são nossos.

*que as limitações são enormes e temos um longo caminho pela frente”, disse Zatz.<sup>47</sup>*

Pergunta-se: será lícito “dourar a pílula” para obter financiamento? É admissível prometer aos deficientes e à população em geral o sucesso em um campo de pesquisa que até hoje só tem trazido fracasso?

## **O SUCESSO CRESCENTE DAS CÉLULAS-TRONCO ADULTAS**

As células-tronco não se encontram apenas no embrião humano. Encontram-se também na medula óssea, na polpa dentária, na mucosa nasal, no cordão umbilical, na placenta e até no tecido adiposo: estas são conhecidas como **células-tronco adultas (CTA)**. Ao contrário do que se costuma dizer, muitas das CTAs têm capacidade de pluripotência, ou seja, são capazes de regenerar vários tipos de tecidos. Nas palavras da pesquisadora de biologia celular da UNIFESP, Dra. Alice Teixeira Ferreira, “*desde 2001 pesquisadores do Instituto do Milênio de Bioengenharia Tecidual vêm tirando pacientes da fila do transplante cardíaco com o sucesso do autotransplante de células-tronco adultas*”<sup>48</sup>. Não se trata de um sonho, mas de uma realidade. Como elas são retiradas do próprio paciente, não ocorre rejeição. Também não produzem tumores. E – o que é o mais importante – **não requerem a destruição de embriões humanos**.

Enquanto as células-tronco extraídas de embriões humanos continuam, nas palavras insuspeitas de Dra. Lygia, sendo “apenas um fio de esperança”, as células-tronco adultas a cada dia se mostram capazes de regenerar um maior número de tecidos e de curar um maior número de doenças.

Dr. David A. Prentice, PhD da Universidade de Kansas, internacionalmente conhecido como perito em pesquisas em células-tronco, membro fundador do “*Do No Harm: The Coalition of Americans for Research Ethics*”, apresenta no sítio dessa associação um placar de **73 a zero**<sup>49</sup>. **Setenta e três** é o número de patologias até agora tratáveis com células-tronco adultas, uma lista que engloba diversos tipos de câncer, doenças auto-imunes, doenças cardiovasculares, doenças neurodegenerativas, imunodeficiências, feridas e lesões, anemias e outras doenças do sangue, doenças dos

<sup>47</sup> A hélice dupla e as duas culturas. Folha de São Paulo. 01 abr. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0104200701.htm>> Acesso em: 13 mar. 2008. Os grifos são nossos.

<sup>48</sup> A pajelança com as células-tronco. O Globo, Rio de Janeiro, 20 ago. 2004. p. 7.

<sup>49</sup> Disponível em: <<http://www.stemcellresearch.org/facts/treatments.htm>> Acesso em 28 mar. 2008.

olhos, do fígado, da vesícula e “outros distúrbios metabólicos”. **Zero** é o número de doenças que são tratadas, ou pelo menos aliviadas com as células-tronco embrionárias.



### As células-tronco pluripotentes induzidas

Em sua sustentação oral, Dr. Ives Gandra, referindo-se à audiência pública do dia 20 de abril de 2007, afirmou: “Na verdade, aquela audiência já está superada”. O renomado jurista se referiu à recente descoberta da produção de células-tronco pluripotentes a partir de células da pele humana.

*“Esta descoberta, feita por uma equipe japonesa e uma americana, ‘vai mudar completamente o campo’ das pesquisas, considerou James Thomson, autor do estudo americano publicado pela edição on-line da revista ‘Science’”.*<sup>50</sup>

Duas equipes, uma comandada por Shinya Yamanaka, da Universidade de Kyoto (Japão), e outra comandada por James Thomson, da Universidade do Wisconsin (EUA), conseguiram transformar células da pele em células-tronco pluripotentes inserindo quatro genes nas células por meio de um retrovírus.

O trabalho de Yamanaka fez com que o criador da ovelha Dolly, Ian Wilmut, anunciasse que iria **abandonar a clonagem humana** para se concentrar nessa nova técnica revolucionária, que não requer o uso de embriões.<sup>51</sup>

No dia 14 de fevereiro de 2008, a “Science Express”, versão eletrônica da revista “Science”, publicava mais um trabalho de Yamanaka.<sup>52</sup> Sua equipe conseguiu reprogramar células adultas de camundongo sem que houvesse o aparecimento de tumores. Os pesquisadores *“utilizaram um retrovírus para injetar quatro genes nas células*

<sup>50</sup> CIENTISTAS usam pele para fabricar células-tronco. Folha on line, 20 nov. 2007, 19h43. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u347124.shtml>>

<sup>51</sup> Cf. CRIADOR da ovelha Dolly troca clonagem por técnica sem embriões. Folha on line. 17 nov. 2007 - 12h32. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u346333.shtml>>

<sup>52</sup> Generation of Pluripotent Stem Cells from Adult Mouse Liver and Stomach Cells. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/cgi/content/abstract/1154884>>

*do fígado e da parede do estômago de ratos adultos. Estes ratos não desenvolveram tumores nos primeiros seis meses”.*<sup>53</sup>

Esse resultado é muito importante, e revela uma supremacia das células-tronco pluripotentes induzidas (CTPI) em relação às células-tronco extraídas de embriões (CTE). Estas últimas trazem o problema, até hoje não superado, do aparecimento de tumores.

Em suma: por motivos puramente práticos (e não de ordem ética), James Thomson e Ian Wilmut decidiram abandonar as pesquisas que envolvem destruição de embriões humanos. Por que no Brasil ainda se continua a falar com sensacionalismo sobre as células tronco embrionárias humanas?

Está em jogo o real desejo de curar os deficientes? Ou, em vez disso, há interesse de criar um precedente para a legalização do aborto?

---

<sup>53</sup> NOVO avanço na utilização das células-tronco elimina risco de induzir tumor. *Folha on line*. 15 fev. 2008 - 09h47. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u372640.shtml>>

## CONCLUSÕES

1) O reconhecimento da personalidade do ente humano apenas **concebido**, seja no útero materno, seja em um laboratório, fez-se direito interno brasileiro com a aprovação e ratificação do Pacto de São José da Costa Rica.

2) Essa norma tem **nível constitucional**, conforme brilhante lição do Ministro Celso de Mello em seu voto no Habeas Corpus 87.585-8 Tocantins.

3) Por conseguinte, a proteção constitucional do direito à vida começa com a concepção, e não apenas com o nascimento com vida. É inconstitucional, portanto, a primeira parte do artigo 2º do Código Civil (“*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*”).

4) É também inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

5) O artigo 128 do Código Penal, em seus dois incisos, estabelece hipóteses de **não-punição** do aborto **após o crime já consumado**. Mas não pode – sem ser fulminado de inconstitucionalidade – admitir um **direito prévio para abortar**. Tal direito implicaria, na brilhante lição do relator Carlos Ayres Britto, a aplicação da “pena de morte” a uma pessoa pré-natal, o que é proibido pela alínea *a* do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal.

6) Em relação ao ovo de tartaruga (protegido pela Lei dos Crimes Ambientais), o embrião humano requer uma proteção especial. Primeiro, por se tratar de um indivíduo dotado de dignidade humana. Segundo, por ser mais carente de proteção, uma vez que necessita no útero materno para se desenvolver.

7) A morte encefálica, a que faz alusão a Lei dos Transplantes, refere-se à **parada das funções encefálicas**, e não à simples ausência do encéfalo. Só pode **parar** aquilo que está em movimento. A Lei, portanto, **pressupõe a existência de um encéfalo previamente funcionando**, e não pode ser validamente aplicada ao embrião humano, em que o encéfalo **ainda não se formou**. Não se pode, portanto, concluir que o embrião humano, por ausência de cérebro, seja “morto” ou “sem vida”.

8) A **adoção de embriões humanos** é recomendada pelo Comitê Nacional de Bioética do Governo Italiano e já é praticada nos Estados Unidos. É falso afirmar que os embriões “excedentes” irão inevitavelmente para o lixo se não forem utilizados para fins de pesquisa ou terapia.

9) A pesquisa com **células-tronco embrionárias**, em mais de 25 anos nada trouxe além de tumores, rejeição e desperdício de dinheiro. Ao contrário, as **células-tronco adultas** revelam-se a cada dia capazes de regenerar um maior número de tecidos e de curar um maior número de doenças. Tais células, **extraídas do próprio paciente**, não produzem rejeição e não requerem a destruição de embriões humanos. É lamentável que muitas vezes os meios de comunicação social tenham apresentado curas mirabolantes com células-tronco, **sem advertir que sempre se tratavam de células tronco-adultas, nunca de células-tronco embrionárias**.

10) As células-tronco pluripotentes induzidas, **produzidas a partir de células da pele** do próprio paciente, têm-se mostrado tão promissoras, que o próprio James Thomson (que pela primeira vez isolou as células-tronco embrionárias *humanas* em 1998) e Ian Wilmut (que clonou a ovelha Dolly em 1997) decidiram abandonar as pesquisas que envolvem destruição de embriões humanos.

11) A manutenção do artigo 5º da Lei de Biossegurança só serve, de fato, a dois grupos: às **clínicas de procriação artificial** (que desejam ver-se livres do ônus de manter embriões congelados) e aos **promotores do aborto** (que vêm nesse dispositivo um precedente para a violação da vida intra-uterina). Os deficientes físicos nada têm a comemorar. Pois, se hoje o ser humano em estágio embrionário não for reconhecido como sujeito de direitos, poder-se-á dizer amanhã que os que não gozam de perfeita saúde não são pessoas, que os anciãos podem ser sacrificados, que os pacientes terminais devem ser mortos “pelo bem da ciência”.

12) Ainda que a morte de embriões humanos trouxesse algum benefício para a cura de doenças – e ainda que curasse todas as doenças imagináveis – , o respeito pela dignidade humana impediria que eles fossem destruídos. **Nunca é lícito matar diretamente um inocente, nem sequer para salvar outro inocente**. Pensar de modo contrário conduziria à reedição dos experimentos nazistas nos campos de concentração.

Brasília, 14 de abril de 2008.

**IVALDO LEMOS JUNIOR**

Promotor de Justiça do MPDFT

**MARIA JOSÉ MIRANDA PEREIRA**

Promotora de Justiça do MPDFT

**ANDRÉ DE MOURA SOARES**

Defensor Público

**DENISE NONATO DE OLIVEIRA SOARES**

Psicóloga

**MIGUEL FRANCISCO URBANO NAGIB**

Advogado

**RUTH KICIS TORRENTS PEREIRA**

Procuradora de Justiça do MPDFT

**ROSA CRISTINA ARAGÃO**

Servidora Pública Federal

**KAROLINE MIRANDA DE OLIVEIRA CARVALHO**

Advogada

**DIÓGENES DE OLIVEIRA COIMBRA,**

Advogado

**FERNANDO ANTONIO NERES FERRAZ,**

Defensor público

**CARLOS REIS**

Advogado