



A vida não é direito absoluto nem mesmo no artigo 5º

1. Colocação do tema

A questão relacionada com a (in)constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas e tratamentos terapêuticos materializou-se na seara judicial após dois meses da publicação da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 — Lei de Biossegurança.

Mais precisamente em 31 de março de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, propôs junto ao Supremo Tribunal Federal a Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.510 na qual pugna pela inconstitucionalidade do artigo 5º da referida lei, que contém o seguinte teor, *in verbis*:

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.

Conforme se extrai do relatório elaborado pelo ministro Carlos Britto,

[o] autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (fl. 12).

Em seqüência, o subscritor da petição inicial diz que: a) “**a vida humana** acontece **na, e a partir da**, fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe proporcionando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.[1]

Vê-se, portanto, que a tese de inconstitucionalidade tem como premissas básicas ofensas ao direito à vida e à dignidade humana.

De outra parte, a defesa da constitucionalidade das pesquisas asseverou, em conclusão, que, *et litteris*:

com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia consubstanciam-se em valores amparados constitucionalmente.[2]

Com essas considerações iniciais, busca-se verificar, na seqüência, se a resposta para o tema advém de um esforço hermenêutico constitucional ou de simples leitura dos dispositivos constitucionais, numa análise eloqüente e isenta de paixões pessoais.

2. Hermenêutica Constitucional

[...] invocando lição de Gomes Canotilho — para quem a questão do "método justo" em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística — devemos enfatizar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas — filosóficas, metodológicas, epistemológicas — diferentes mas, em geral, reciprocamente complementares, o que ressalta o caráter unitário da atividade interpretativa.

Em razão dessa variedade de meios hermenêuticos e do modo, até certo ponto desordenado, como são utilizados pelos seus operadores, o primeiro e grande problema com que se defrontam os intérpretes da constituição parece residir, de um lado e paradoxalmente, nessa riqueza de possibilidades e, de outro, na inexistência de critérios que possam validar a escolha dos seus instrumentos de trabalho e resolver os eventuais conflitos entre eles, seja em função dos *casos* a decidir, das *normas* a manejar ou, até mesmo, dos *objetivos* que pretendam alcançar em dada situação hermenêutica, o que, tudo somado, aponta para a necessidade de complementações e restrições recíprocas, num ir e vir ou balançar de olhos que tenha o seu eixo no valor *justiça*, em permanente configuração.

Não por acaso, Zagrebelsky diz que não existe na literatura, nem na jurisprudência, uma teoria dos métodos interpretativos da Constituição que nos esclareça se é possível e necessário adotar-se um método previamente estabelecido ou uma ordem metodológica concreta, o que se não chega a configurar uma lacuna inexplicável, por certo reflete a consciência de que não tem maior significado nos aproximarmos da interpretação através dos seus métodos.



Em suma, desprovidos de uma teoria que lhes dê sustentação e consistência na seleção de métodos e princípios que organizem o seu acesso à constituição — um panorama "desolador", como diz Raúl Canosa Usera — os intérpretes/aplicadores acabam escolhendo esses instrumentos ao sabor de sentimentos e intuições, critérios que talvez lhes pacifiquem a consciência, mas certamente nada nos dirão sobre a racionalidade dessas opções.[3]

Assim, cabe destacar, inicialmente, lembrando as primeiras aulas de direito constitucional na faculdade, que as Constituições podem ter os seus conteúdos classificados sob o enfoque ideológico-político.

A paixão e os condicionamentos do cientista, pesquisador ou cultor (do Direito) condicionam os campos de pesquisa, o uso do instrumental e direcionam para uma resposta aceitável do ponto de vista adotado pelo pesquisador.

Assim, o texto constitucional, para ser compreendido e bem aplicado, deve ser analisado tendo como enfoque os seus dois pontos centrais: **i)** a base jurídica que estrutura o Estado; e **ii)** o conjunto de ideologias que integram o ambiente social, no qual os constituintes estão inseridos, e que foi incorporado ao texto.

No contexto da presente análise, é necessário socorre-se das lições de Ferdinand Lassale[4].

Segundo Lassale, uma Constituição estruturada em dissonância com os valores sociais predominantes em um determinado momento nada mais é do que um corpo desalmado, um simples pedaço de papel com letras mortas.

Qualquer texto normativo para ter o direito de ser designado como Constituição, defende Lassale, deve representar a soma de fatores reais do poder existentes na respectiva sociedade.

Para Lassale, os fatores reais do poder devem corresponder à força ativa e eficaz que compõe todas as leis e instituições jurídicas da sociedade.

Em outras palavras, os fatores reais do poder constituem-se em fatores jurídicos quando, respeitados os processos legislativos positivados, são transpostos para o papel; desse momento em diante, os fatores reais de poder passam a ter o *status* de norma jurídica, e como tal, devem ser obedecidos e respeitados.

Com base nos ensinamentos de Lassale conclui-se que o texto constitucional e todo o ordenamento jurídico-estatal que ele estabelece somente serão perenes se houver uma sintonia entre os fatores reais e efetivos de poder que prevalecem na sociedade e o papel escrito, simples documento, que recebe a designação de Constituição.

Tais considerações se fazem pertinentes para enfrentar a questão da (in)constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105, de 2005.

Deve-se ter como referência, *ab initio*, para a interpretação que vier a ser efetivada, a votação recebida no trâmite legislativo no Congresso Nacional pelo Projeto 2.401/03, que posteriormente foi convertido



na Lei 11.105, de 2005.

No Senado Federal, o substitutivo do senador Ney Suassuna obteve 53 votos a favor, 2 votos contra e 3 abstenções.

Em outras palavras, o projeto foi aprovado, portanto, com 65% dos votos dos senadores, tendo como referência a integralidade da composição da Casa. Se forem considerados apenas os senadores presentes na sessão, o projeto foi aprovado com quase 92% dos votos.

Na Câmara dos Deputados, o projeto quando retornou para a nova análise dos deputados recebeu 366 votos a favor, 59 votos contra e 3 abstenções.

Dessa forma, o projeto, considerando-se o total de 513 deputados, foi aprovado com mais de 71% dos votos possíveis. Agora, levando-se em consideração apenas o quorum dos parlamentares presentes, o projeto foi aprovado com aproximadamente 86% dos votos.

Nesse sentido, consoante a doutrina pregada por Lassale, o intérprete da Constituição de 1998, para dar ao texto uma interpretação que corresponda à autêntica expressão dos fatores reais de poder, deve levar em consideração os dados acima expostos.

Cumpra agora questionar: O que é vida? Quando começa? Quando termina?

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

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

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

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

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

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

No campo da Hermenêutica Constitucional, a função de determinar e declarar o significado jurídico apropriado dos termos controvertidos segundo regras próprias compete às Supremas Cortes as quais



consideram as especificidades de suas respectivas nações, seus respectivos momentos históricos e demais fatores sociais transeuntes, no exercício dessa função.

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

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

[...] o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual.[5]

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

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

É preciso que a norma seja entendida no sentido que melhor responda à consecução do resultado que se quer obter. Assim, uma palavra pode ter mais de um sentido, um largo e outro restrito ou técnico.[6]

Assim, uma interpretação firmada por uma Suprema Corte em determinado momento histórico pode ser alterada em outro contexto social: o que acarreta, indubitavelmente, drásticas modificações jurídicas, de efeitos análogos às revogações legislativas. A tal fenômeno se dá o nome de mutação constitucional.[7]

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal firmou, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424, ser papel da Suprema Corte definir o significado jurídico das palavras da Constituição e que, para tanto, o julgador pode até se valer de significados firmados em outros ramos do conhecimento, mas, a eles, não estará vinculado.

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

O acórdão, capitaneado pelo ministro Maurício Corrêa, firmou um conceito jurídico de raça, distinto dos conceitos religiosos e científicos.

Neste sentido, assentiu que “não há critérios científicos seguros que identifiquem alguém como pertencente a uma determinada raça. **E ainda que houvesse, essa mesma noção seria um CONSTRUÍDO da ciência, não um dado da natureza.**”[8]

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

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

O Tribunal, por maioria, acompanhou o voto proferido pelo ministro Maurício Corrêa no sentido do indeferimento do *writ*, sob o entendimento de que o racismo é antes de tudo “*uma realidade social e política*”, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, um conceito derivado de ferramentas da Hermenêutica Jurídica, com acepção suficiente precisa para dar efetividade e utilidade à norma constitucional.

Assim, para se averiguar se o texto legal da Lei 11.105, de 2005, ofende ou não a Constituição Federal, os ministros da Suprema Corte deverão buscar os entendimentos necessários para definir de plano qual é a concepção jurídica de vida a ser tutelada pelos preceitos insculpidos na Carta Política.

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

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

3. A Hermenêutica Aplicada ao Caso *In Concreto*

Cumpra, de início, asseverar que a presente temática tem que ser analisada sem qualquer cunho religioso, uma vez que há muito o Brasil constitui um Estado laico^[9] e a ciência se separou das religiões.

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

Não deve ocorrer, portanto, qualquer interferência de uma esfera em outra, sob pena de se provocarem equívocos.

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

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



É de se reconhecer que a dificuldade se encontra justamente na definição jurídica do termo, pois, como se sabe, as diversas definições dadas pela Medicina, Biologia, Religiões são bastante para viabilizar os objetivos e para atender às necessidades de cada uma dessas respectivas áreas, mas não são bastante para sanar a celeuma no campo jurídico.

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

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

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

Mas, por quê?

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

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

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

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

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

Do mesmo modo, a pessoa vitimada por um acidente, que tenha obliterado suas atividades cerebrais, não está mais viva, ainda que todos os demais órgãos estejam vivos e funcionando, a Lei de Transplantes (Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997) não mais tutela a “vida” daquele corpo e, por isso, autoriza a



remoção de seus órgãos.

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

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

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

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

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

É correto que, segundo o critério adotado por algumas religiões, o embrião já importaria a presença de vida humana, pois a vida humana seria umbilicalmente marcada pela presença da alma, a qual já estaria adjudicada ao embrião, até mesmo ao embrião congelado.

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

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

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

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

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

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

Traz-se a lume que, efetivamente, existem diferenças entre o embrião armazenado fora da barriga



materna e aquele que se encontra no ventre da mãe.

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

Nascituro

[Do lat. nasciturus.]

Adj.

1. Que há de nascer.

S. m.

2. Aquele que há de nascer.

3. Jur. O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo.[10]

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

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

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

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

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

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

Deve-se buscar a investigação da *ratio legis*, razão ou motivo que justifica e fundamenta o preceito, na

indagação do "para quê" da norma jurídica.

A *ratio* diz respeito à finalidade prática da lei e se traduz na própria necessidade humana que esta visa amparar. Tal finalidade tem como fundamento os valores que constituem a base axiológica da sociedade no momento da criação da lei.[11]

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

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

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

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

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

Segundo ensina Canotilho:

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

A utilidade da interpretação constitucional conforme as leis seria particularmente visível quando se tratasse de leis mais ou menos antigas, cujos princípios orientadores lograram posteriormente dignidade constitucional. A interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela pretende também abarcar as hipóteses de alterações do sentido da constituição mais ou menos plasmadas nas leis ordinárias. Estas leis, que começaram por ser actuações ou concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua mais imediata ligação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em <<indicativos>> das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou. Do direito infraconstitucional partir-se-ia para a concretização da Constituição.[12]



Assim, a atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, é da maior relevância para a implementação de um ordenamento, o que nos remete para a tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas.[13]

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

Isso, porém, só será possível na medida em que as decisões do sistema jurídico assegurem a legalidade, facticidade e adequabilidade às particularidades colocadas *sub judice*. Assim, para que a decisão possa cumprir tais requisitos, é imperioso que ela tenha surgido da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos.[14]

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

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

[...] é certo que o concebido não é “coisa”, atribuir ao embrião pré-implantatório natureza de pessoa ou personalidade seria uma demasia, visto que poderá permanecer indefinidamente como uma potencialidade.[15]

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

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

Com relação a uma possibilidade de ofensa à dignidade da pessoa humana, importa asseverar que a própria terminologia empregada no princípio afasta, *per si*, a possibilidade do enquadramento almejado. Veja-se.

O princípio da dignidade da pessoa humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica. Neste sentido o ensinamento do Prof. Alexandre de Moraes, *verbis*:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que o



estatuto jurídico deve assegurar [...] [16]

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

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

4. Conclusão

De todo o exposto, parece ser o óbvio ululante que não há qualquer ofensa ao texto da Carta Política de 1988 que inviabilize a utilização das células-tronco embrionárias, nos moldes autorizados pela Lei 11.105, de 2005.

Deve-se destacar que, ao revés do alegado pelo requerente da ADI 3.510, a “vida” não é um direito absoluto até mesmo dentro do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez em que o constituinte originário autorizou que o Estado institua a pena capital em períodos de conflitos bélicos (art. 5, XLVII, “a”).

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

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

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

Assim, o papel do Supremo Tribunal Federal é importantíssimo na solução desta controvérsia, e, cremos, redundará na repulsa da alegada inconstitucionalidade, declarando perante o universo jurídico pátrio não só a constitucionalidade dos dispositivos vergastados, mas, também, firmando uma definição, ainda que provisória, a respeito do que seja vida humana para fins de proteção judicial, o que de certo não abrangerá os embriões *in vitro* passíveis de utilização em pesquisas científicas que redundarão em benefício de inúmeros beneficiários do largo esqueleto de doenças que grassam entre os seres humanos.

[1] Ministro Carlos Britto, relatório da ADIn nº 3.510, p. 2.

[2] Advogado da União Rafaelo Abritta, Informações nº AGU/RA – 12/2005, pp. 33/34.

[3] COELHO, Inocêncio Mártires. Métodos, princípios e limites da interpretação constitucional.



Apostila Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional. 2006.

[4] LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição?. São Paulo: Russel. 2005.

[5] FERRARA, Francesco. Como aplicar e interpretar as leis. Belo Horizonte: Líder, 2002, p. 33.

[6] FERRARA. Ob. cit. p. 35.

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

[8] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 82.424 QO/RS, Relator Min. Moreira Alves, Rel. Acórdão Min. Maurício Corrêa. Grifou-se e destacou-se.

[9] No Brasil, a separação entre a Igreja Católica e o Estado foi efetivada em 7 de janeiro de 1890, por meio do Decreto nº 119-A, e constitucionalmente consagrada desde a Constituição de 1891. A atual Carta Política, proíbe, em seu art. 19, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento, ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.” Assim, a atuação dos agentes estatais deve se pautar em questões técnicas, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.

[10] In Dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI. Versão 3.0 – novembro de 1999.

[11] LIMA, Iara Menezes. Hermenêutica Constitucional Clássica: Métodos de interpretação e escolas Hermenêuticas, p. 36. Tese de doutorado, defendida sob orientação do Prof. Orientador José Luiz Quadros de Magalhães na Faculdade Direito da UFMG.

[12] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp.1233-1234.

[13] CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte: Mandamentos, v. III, p. 475, 1997.

[14] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p.129 e 146.

[15] BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção Jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (orgs.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

[16] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

Date Created

11/03/2008