

ADI 3.510

01. Acompanhei atentamente a leitura do voto do relator e, agora, o voto do Min. Carlos Alberto Direito, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Lewandowski. O espaço de tempo que passou desde o voto do Min. Carlos Britto permitiu-nos ponderar prudentemente argumentos, bem assim o acesso a textos e esclarecimentos isentos de emoção. O pedido de vista feito pelo Min. Carlos Alberto Direito foi sábio. Sem esse espaço de tempo, necessário ao exercício da reflexão própria à *phronesis* (φρόνησις), eu não teria logrado alinhar as razões que conformam o voto que passo a formular.

O tempo é indispensável ao exercício da prudência, ainda que isso cause transtorno aos interessados mais estouvados. Consumiremos, na prolação de nossos votos, as horas necessárias ao correto desempenho do nosso ofício. Nobre ofício, em especial quando diante de matéria dotada de complexidade, qual a de que ora cogitamos. Não há nem deve haver limitação de tempo para a prolação de nossos votos. Estou certo de que falo, neste momento, por toda a Corte, que aqui está para prestar acatamento à Constituição, não à comodidade dos interessados.

Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do *dever ser*; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos *fatores reais do poder*, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o

momento da passagem da *dimensão textual* para a *dimensão normativa*.

Forças sociais manifestaram-se intensamente --- de modo mesmo impertinente, algumas delas --- em relação à matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade.

Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei n. 11.105 não opõe ciência e religião, porém religião e religião. Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência, como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fossemos parvos. Como todas as academias de ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a deliberar. Mesmo porque, a imaginar que as impedíssemos, estaríamos a opor obstáculo à cura imediata de doenças. A promessa é de que, declarada a constitucionalidade dos preceitos ora sindicados, algumas semanas ou meses após todas as curas serão logradas. Típica indução a erro mediante artifício retórico.

É necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso. Nem seria preciso, no exercício da prudência que nos cabe, levantarmos o véu que algo oculta sob o discurso que se diz ser científico. Quais interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o *biopoder*? Há um tom críptico nessas expansões [e faço uso aqui do vocábulo com

toda a sua carga de ambigüidade] que cumpre afastarmos. À amplitude do mercado no âmbito do qual tais interesses predominam referiu-se há pouco o Ministro Ricardo Lewandowski. Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele --- não obstante, é verdade, as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento --- é o mercado.

02. A esta Corte incumbe, no caso, controlar a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05. Estamos preparados para decidir a esse respeito. A decisão que vier a ser aqui afirmada será conformada pelas pré-compreensões de cada um dos seus membros, pois a compreensão escapa ao âmbito da ciência. O compreender é algo existencial, consubstanciando experiência. O que se compreende, no caso da interpretação do direito, é um "objeto" que não pode ser conhecido independentemente de um "sujeito". O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico. Decidiremos sob sentimentos herdados da nossa história pessoal, sentimentos éticos e, mais ainda, em cada um de modo diverso, de ordem religiosa (para afirmar ou negar). Porém a fundamentação da decisão contemplada em cada voto será literalmente jurídica. Sopitamos as expansões de infalibilidade, atentos às observações de Gadamer: toda interpretação correta tem de proteger-se contra a arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos

hábitos imperceptíveis do pensar, orientando seu olhar "*à coisa mesma*" (que para o filólogo são textos com sentido, que por sua vez tratam de coisas); o *deixar-se determinar pela coisa mesma* é, assim, "*a tarefa primeira, constante e última*" do intérprete.

Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada, especialmente as criptoeconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o *direito à vida e a dignidade da pessoa humana* [arts. 1º, III, e 5º, *caput*, da Constituição do Brasil].

03. O artigo 1º da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas¹ estabelece que "*[a]s pessoas considerão-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento*"².

O novo Código Civil brasileiro define, em seu artigo 2º, que "[a] personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

A proteção ao nascituro era já assegurada pelo direito justinianeu. No Brasil, prevista nas Ordenações Filipinas³ e Afonsinas⁴, foi definitiva e expressamente consagrada no art. 4º do Código Civil de 1.916. Recorro a Clóvis⁵:

¹ Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, 1.957.

² Reproduzo a ortografia do original.

³ Livro III, Título 18, § 7.

⁴ Livro III, Título 36, § 7.

⁵ Citado por CARVALHO SANTOS, in Código Civil brasileiro interpretado, cit., pág. 246.

“Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa”.

O nascituro não apenas é protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é também titular de direitos adquiridos. Diz Pontes de Miranda⁶:

“No intervalo entre a concepção e o nascimento, os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja”.

Os nascituros podem receber doações [art. 542 do Código Civil], figurar em disposições testamentárias [art.1.799 do Código Civil] e mesmo ser adotados [art. 1.621 do Código Civil].

04. A ele assegurados direitos, não tenho dúvida em afirmar que o nascituro --- vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno --- é pessoa. Como está no artigo 16 do *Esboço* de Teixeira de Freitas⁷, “todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são *pessoas*”. A capacidade de exercício de direitos que lhe respeitam enquanto personalidade jurídica apenas está sujeita à condição suspensiva do nascimento, de modo que, qual se lê em um texto de Cristiane Avancini

⁶ Tratado de direito privado, tomo I, Campinas, Bookseller, 1.999, p. 234.

⁷ Código Civil - Esboço, Ministério da Justiça, Brasília, 1.983, pág. 9.

Alves⁸, o vocábulo *pessoa*, presente no artigo 2º do Código Civil, denota *ser humano*. O nascituro --- vale dizer, o embrião --- faz parte do gênero humano. Recomende-se aos publicistas que não transitam pelo direito privado também a leitura, v. g., do artigo 1.798 do Código Civil: “[l]egitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

O embrião --- insisto neste ponto --- faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o direito à vida. A autonomia do embrião manifesta-se de maneira especial, na medida em que sua única opção é nascer. Mas é autonomia. Há, no aborto, destruição da vida.

05. Bastam as razões que acabo de alinhar para encaminhar a conclusão de que a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Não tenho a menor dúvida: a pesquisa em e com embriões humanos e conseqüente destruição afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Temo, contudo, que essas razões não conduzam à convicção de que os textos normativos objeto da presente ação direta sejam inconstitucionais.

Explico-me.

⁸ *Embrião humano: proposição de um estatuto jurídico no direito privado brasileiro*, in Novos direitos, Mauro Nicolau Júnior [org.], Juruá, Curitiba, 2.007, pp. 80 e SS.

06. O nome *embrião* conota, no contexto da frase que acabo de pronunciar --- “a pesquisa em e com embriões humanos afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana” --- um ser em processo de desenvolvimento vital, vale dizer, um ser vivente, vida, movimento. Sucede que esse mesmo nome, *embrião*, poderá, em diversos contextos, estar a conotar outros significados, pois as palavras são potencialmente ambíguas e imprecisas.

É que as linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de *símbolos convencionais*, isso importando em não exista nenhuma relação necessária entre as *palavras* (de um lado) e os *objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos* (de outro) em relação aos quais as palavras cumprem suas múltiplas funções. Há mais de vinte anos⁹ venho referindo, para exemplificar, o que diz Shakespeare, na voz poética de Julieta: "*What's in a name? That which we call a rose / by any other name would smell as sweet*"¹⁰. *Nomina non sunt consequentia rerum*, de modo que a mesma palavra conota, em contextos diversos, sentidos distintos. O significado de cada uma delas há de ser discernido sempre no quadro do jogo de linguagem no qual elas apareçam. Dizendo-o de outro modo, no seu contexto de uso.

07. O vocábulo *embrião* aponta, em estado de dicionário, ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intra-uterino. Não obstante, nada impede dele se lance mão

⁹ Vide meu Direito, conceitos e normas jurídicas, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.988, pág. 57. Retomei o exemplo em meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 4ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2.006, pág. 222.

¹⁰ Ato II, cena II.

com menor precisão, deliberadamente ou não de forma imprecisa, ou em sentido figurativo.

No contexto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, *embrião* é *óvulo fecundado* fora de um útero. A partir desses óvulos fecundados --- fertilizados --- *in vitro* é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito legal.

Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, *embrião* não corresponde a um ser em processo de desenvolvimento vital, em um útero. *Embrião* é aí, no texto legal, *óvulo fecundado* congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana.

Nos *embriões* [tomo o vocábulo em sentido corrente] sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é porque abrigado em um útero. A palavra grega *ethos* --- de onde provem, pelo latim, *ética* --- porta, entre outros sentidos, o de *estadia habitual, local familiar, morada*, como se pode ver no Dicionário Grego de Bailly¹¹. Daí diremos --- exercendo liberdade de imagem de que o filólogo não dispõe --- desde o ponto de vista da raiz do vocábulo *ética*, que o útero é a *morada da vida* e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá --- e só lá --- a necessária *estadia* da vida anterior ao nascimento.

08. Não há vida humana no *óvulo fecundado* fora de um útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/05 chama de *embrião*. A vida

¹¹ Dictionnaire grec français, Hachette, Paris, ####.

estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado.

Por isso não tem sentido cogitarmos, em relação a esses “embriões” do texto do artigo 5º da Lei n. 11.105/05, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana.

09. Dir-se-á ainda, por outro lado, que o *topos* da dignidade da pessoa humana pode ser tomado para afirmarmos coisas distintas, inclusive antagônicas. Mas uma delas seria assim: a utilização de óvulo fecundado congelado há mais de três anos, com a prévia autorização dos que viriam a serem pais do embrião que poderia dele decorrer, é adequada à afirmação da dignidade da pessoa humana na medida em que potencialmente permitirá a evolução dos métodos de tratamento médico do ser humano e o aprimoramento da sua qualidade de vida.

10. A linha de raciocínio jurídico que venho desdobrando leva-me a concluir pela constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05.

Mas isso não se deve afirmar de modo singelo, sem qualquer outra consideração. Cumpre a esta Corte enfatizar a circunstância de pesquisa e terapia a que refere esse artigo 5º não poderem, em coerência com a Constituição, ser praticadas de modo irrestrito. A ela se impõe estabelecer alguns limites. Seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida [no aborto] e o que pode

vir a ser a construção da vida [na pesquisa em torno das *células tronco*]. Essa construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse artigo 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição.

11. Não nos cabe senão o controle da constitucionalidade das leis. Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados. E também não nos cabe a censura do legislador, salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta.

O fato, no entanto, é que a amplitude da permissão veiculada pelos preceitos que se examina no bojo da presente ADI, permissão concedida sob mínimas reservas, incompatibiliza-a com o *bloco de constitucionalidade* delineado pelo Supremo Tribunal Federal no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição. Pois a Constituição do Brasil não é apenas o conjunto/sistema de normas situado, na pirâmide de hierarquia das normas, imediatamente abaixo da norma fundamental. A Constituição do Brasil é a representação mais elevada, no plano do direito positivo, de uma ordem concreta anterior ao *direito posto* pelo Estado ----- ordem concreta que arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de um *nomos*. Daí que o caráter aberto da ação direta de inconstitucionalidade nos autorizaria a declarar a

inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105 por afronta à totalidade normativa que a Constituição é ou, em outros termos, por agressão ao *bloco de constitucionalidade* ao qual linhas acima referi. O risco da manipulação genética, o temor de que estejamos próximos à completa *reificação* da vida posta à mercê dos desígnios e princípios sem princípios do mercado, isso nos conduziria à declaração dessa inconstitucionalidade.

11. Não é recomendável, contudo, que tais riscos sejam dessa forma combatidos. A prudência indica dê-se ao mal o tratamento a que Tomás de Aquino faz alusão na Segunda Parte da Segunda Parte, questão 10, artigo 11 da Suma Teológica¹², ao cuidar dos ritos dos infiéis:

“O governo humano deriva do governo divino e o deve imitar. Deus, porém, ainda que seja onipotente e sumamente bom, permite que aconteçam alguns males no universo, que poderia impedir, para que não suceda que, uma vez supressos, suprimam-se também grandes bens ou sigam-se males piores. Assim também no governo humano: os que governam toleram, com razão, certos males, para que alguns bens não sejam impedidos ou não sucedam males piores, como diz Agostinho: ‘Suprime as meretrizes da sociedade humana e perturbarás tudo com a libidinagem’. Assim, pois, ainda que os infiéis pequem em seus ritos, eles podem ser tolerados ou

¹² Volume V, Edições Loyola, São Paulo, 2.004, pág. 173.

por causa do bem que deles provém ou por algum mal evitado”.

O “mal”, no caso --- e digo “mal” entre aspas --- esse “mal”, a amplitude da permissão veiculada pelo preceito legal, há de ser combatido mediante a prolação, por esta Corte, de decisão aditiva visando a superar a incompletude [o vocábulo está incorporado ao vernáculo] do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05.

Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente --- digo-o com as vênias de estilo, ainda que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo --- como indevidamente foi feito no julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para, salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-o para o âmbito da constitucionalidade, a força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões.

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

[i] *pesquisa e terapia* mencionadas no *caput* do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas

por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º];

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

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