



A posição do Supremo Tribunal Federal nos casos da pesquisa com células-tronco embrionárias e da interrupção da gravidez do feto anencéfalo.

Existe relação de precedente entre eles?

Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2008.

Autora: Flávia Annenberg

Orientadora: Fernanda Terrazas

São Paulo

2008

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Fernanda Terrazas, não apenas pelas contribuições, mas também pela relação horizontal que estabelecemos durante o processo de pesquisa e redação da presente monografia. A Rodrigo Pagani pelos comentários que fez durante a banca, os quais, sem dúvidas enriqueceram muito o meu trabalho. À equipe da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP): Roberta Sundfeld, Evorah Cardoso, Diogo Coutinho, Adriana Vojvodic e Bruna Pretzel pelos questionamentos e senso crítico que incitaram, bem como pelo conhecimento compartilhado. Também a Kelly Cristina e Thaís Maria pela freqüente disponibilidade. Agradeço aos meus colegas tanto pelos debates em aula quanto pela possibilidade de dividir dúvidas em relação à monografia.

Agradeço a toda a minha família pelo apoio nos dias de tensão que antecederam a entrega deste trabalho e pelo respeito à decisão de me dedicar a este estudo. Agradeço à minha irmã, Fernanda, pela paciência de ler e comentar o meu trabalho, mesmo estando a milhas do Brasil.

Agradeço especialmente a Flavio Marques Prol pela compreensão, pela companhia e pelo carinho, bem como pela valiosa contribuição intelectual – neste trabalho e sempre.

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO - FORMULAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA	4
2. METODOLOGIA	7
2.1 ABORDAGEM METODOLÓGICA.....	7
2.2 PROCEDIMENTO DE PESQUISA.....	10
3. DELIMITAÇÃO DO TEMA – O QUE É UMA RELAÇÃO DE PRECEDENTE?	12
4. HISTÓRICO DOS CASOS	15
4.1 PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS OBTIDAS POR FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	15
4.2 INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DO FETO ANENCÉFALO.....	18
5. ANÁLISE COMPARATIVA DOS ARGUMENTOS	24
5.1 ARGUMENTOS POTENCIALMENTE FAVORÁVEIS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54.....	25
5.1.1 O PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO DIREITO CONSTITUCIONAL.....	25
5.1.2 LIBERDADE, DIGNIDADE E O DIREITO À SAÚDE DA MULHER.....	27
5.1.3 A PROTEÇÃO DA VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	29
5.1.3.1 LEI 9434/97, A LEI DOS TRANSPLANTES.....	30
5.1.3.2 A PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL.....	31
5.1.3.3 DIREITO COMPARADO: CASO <i>ROE VS. WADE</i>	33
5.2 ARGUMENTOS POTENCIALMENTE CONTRÁRIOS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54.....	34
5.2.1 AS PECULIARIDADES DA TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	34
5.2.1.1 A DIFERENÇA ENTRE A FECUNDAÇÃO EXTRA UTERINA E A GRAVIDEZ.....	34
5.2.1.2 A MULHER E SEU PAPEL MATERNAL.....	36
5.2.2 A PROTEÇÃO DA VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	37
5.2.2.1 LEI 9434/97, A LEI DOS TRANSPLANTES.....	37
5.2.2.2 A PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL.....	38
5.2.2.3 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E O INÍCIO DA VIDA A PARTIR DA CONCEPÇÃO.....	40
5.2.3 LIMITES ÉTICOS.....	42
6. QUESTÕES DE MÉRITO JÁ LEVANTADAS NO JULGAMENTO DA ADPF 54	45
7. CONCLUSÃO	50
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54
9. ANEXOS	56
9.1 ANEXO Nº1 - SISTEMATIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS POTENCIALMENTE FAVORÁVEIS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54.....	56
9.2 ANEXO Nº2 - SISTEMATIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS POTENCIALMENTE CONTRÁRIOS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54.....	57

1. INTRODUÇÃO - FORMULAÇÃO DO PROBLEMA DE PESQUISA

A última palavra acerca de temas de grande relevância em debates jurídicos brasileiros sempre foi proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Atualmente, há ocasiões em que o STF age de forma pró-ativa, chegando a ser acusado de usurpar o papel do Poder Legislativo, o que pode significar assumir uma função que não lhe foi designada constitucionalmente. Em outras situações, de forma contrária, diz-se que a Corte se furta a tomar decisões, adiando as pautas por meio do voto vista, escapando, assim, da função de guarda da Constituição Federal.

Tantas críticas têm sido recentemente dirigidas ao Supremo porque esta Corte trata de temas que, na verdade, extravasam o limite jurídico. Suas decisões têm repercussões nos mais diversos segmentos da sociedade, bem como definem os rumos de debates nacionais. Ou seja, os efeitos do que decide o STF se fazem presentes não somente no âmbito jurídico-constitucional, mas, sobretudo, no âmbito político.

Tendo em vista esse caráter eminentemente político de nossa Suprema Corte, escolhi analisar especificamente os votos referentes a duas decisões bastante recentes deste Tribunal. Uma delas, proferida no caso da pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas por fertilização *in vitro* (ADI 3510), foi a primeira a contar com audiências públicas na história do Tribunal - o debate envolveu entidades religiosas, a comunidade científica, grupos de defesa dos direitos humanos, entre outros. A outra decisão teve seu julgamento adiado, porém estará, provavelmente em breve, de volta ao plenário. Trata-se do caso da interrupção da gravidez do feto anencéfalo (ADPF 54), o qual também contou com a realização de audiências públicas e despertou a mobilização de semelhantes interessados.

Ainda que a comparação se dê entre uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - instituto aplicado contra atos do poder público lesivos a direitos fundamentais - e uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - instrumento ajuizado contra leis ou atos normativos que contrariem a Constituição Federal - o trabalho concomitante com essas duas decisões faz sentido na medida em que elas apresentam aspectos relevantes em comum, havendo até mesmo artigos científicos que já

trabalham com tal comparação¹. Não se pode esquecer, inclusive, que tanto a ADI quanto a ADPF têm efeito *erga omnes*, o que quer dizer que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem repercussões em todo o poder Judiciário.

Dentre os aspectos em comum dos dois casos, estão questões éticas e morais que vêm à tona com o crescente desenvolvimento da ciência, bem como problemas do campo da saúde pública. É possível ressaltar também o embate entre concepções religiosas e teorias de cunho científico. Ainda, os temas estão interligados por remeterem a garantias semelhantes, quais sejam, a proteção da dignidade da pessoa humana e o direito à vida. Pergunta-se, inclusive, nos dois casos: direito à vida de quem?

Para além da constatação de elementos comuns, o presente estudo pretende averiguar uma hipótese que, por vezes, foi levantada pela sociedade civil e pelos mais diversos meios midiáticos. Trata-se da possibilidade de que a decisão acerca da pesquisa com células-tronco embrionárias abra um precedente para a decisão da ADPF 54.

Um dos principais motivos para que sejam feitas previsões acerca da decisão sobre a autorização da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é que, atualmente, há decisões muito variadas proferidas pelos juízes e tribunais de instâncias inferiores. Essa total ausência de expectativa por parte do sujeito que procura o Poder Judiciário com tal demanda gera uma sensação de insegurança jurídica em nosso ordenamento. Uma posição do Supremo Tribunal Federal, com a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante que são conferidos tanto pela ADI quanto pela ADPF, é capaz de remediar essa situação, delineando um entendimento comum sobre o tema².

¹Confira, entre outros: BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, 241:93-120, Jul/Set 2005.

² Compartilha dessa opinião o ministro Marco Aurélio, o que pode ser observado em trecho de seu voto na ADI 3510 que faz referência à ADPF 54: "Frisei [na ADPF 54] que os olhos da nação voltavam-se ao Supremo Tribunal Federal – e permanecem voltados – e este há de se pronunciar quer em um sentido, quer em outro, evitando a insegurança jurídica, a grande perplexidade que advém de teses díspares sobre a matéria. Lembrei que a História é impiedosa, não poupando posturas reveladoras de atos omissivos", p.15

Na análise deste estudo, deve-se ter em mente que ambos os casos abordados estiveram (e um deles ainda está) na pauta do STF neste ano de 2008 e, portanto, o presente estudo é feito no calor dos acontecimentos, com base em repercussões recentes. Cabe portanto a ressalva de que, por ora, não é possível tomar contato com reflexões temporalmente distanciadas dos fatos, o que pode levar a avaliações e conclusões prematuras, as quais podem vir a ser repensadas em um momento posterior. Isso não significa, por óbvio, que as afirmações feitas aqui não sejam conseqüentes e responsáveis.

2. METODOLOGIA

2.1 ABORDAGEM METODOLÓGICA

O projeto inicial deste estudo foi escrito com base na seguinte pergunta: “Onde começa a vida?”. Ao tomar contato com os votos da ADI 3510, acabei por perceber que, na verdade, esse não era o ponto central da discussão. A maior parte dos ministros, por acreditar que há um rol muito variado de respostas a tal questão e que a maioria delas sequer faz referência ao ordenamento jurídico, acaba colocando-a em segundo plano, de forma a enveredar para outros rumos, a exemplo do debate acerca do início da personalidade jurídica³.

Decidi, portanto, que seria mais interessante comparar os casos sob outra perspectiva, qual seja, a hipótese levantada na introdução deste trabalho: que a decisão a favor da constitucionalidade da Lei de Biossegurança seja utilizada como precedente na deliberação acerca do aborto do feto anencéfalo.

O motivo dessa possibilidade será pormenorizado em tópico futuro, cabendo, por ora, somente pontuar que a expressão *relação de precedente*, que aparece na pergunta norteadora desse trabalho (*Existe relação de precedente entre os casos?*) adquire um significado próprio, talvez distinto daquele geralmente sustentado pela doutrina jurídica.

Por enquanto, é importante esclarecer também que não pretendo realizar uma tarefa profética capaz de prever qual será a decisão final dos ministros na questão da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, mas tenho a intenção de extrair da ADI em estudo argumentos favoráveis e contrários à interrupção da gravidez, buscando comprovar a existência de uma relação significativa entre as decisões. Isso não quer

³ A título de exemplo, cabe o seguinte trecho do voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 3510: “O voto que profiro parte de uma constatação básica: temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso”, p.5. (o voto do ministro Gilmar Mendes na ADI 3510 ainda não possui versão paginada, então a numeração das páginas que consta nas referências deste voto foi feita por mim).

dizer, no entanto, que não possa chegar a uma conclusão diversa ou até mesmo oposta.

Para atingir a finalidade de comparação entre as decisões, comecei por listar os argumentos da ADI 3510⁴ que pareciam ter potencial para ressurgir no julgamento de mérito da ADPF 54⁵. Esses argumentos foram divididos entre aqueles que tendem a ser usados de forma favorável à interrupção da gestação do feto anencéfalo e aqueles que apontam para a inconstitucionalidade de tal ação.

Em seguida, elaborei duas tabelas a partir dessa divisão, sendo, conseqüentemente, uma delas referente aos argumentos que indicavam uma lógica coerente com o deferimento da ADPF 54⁶, enquanto a outra sistematizava os argumentos que apontavam para o seu indeferimento⁷. Ao transformar as tabelas em texto, alguns de seus itens foram aglomerados para compor um único tópico porque guardavam uma conexão significativa a ponto de não fazer sentido que fossem redigidos separadamente.

Dessa forma, no trabalho que se segue, desenvolverei os seguintes tópicos dentro do primeiro bloco de argumentos: o planejamento familiar como direito constitucional; liberdade, dignidade e o direito à saúde da mulher; e a proteção da vida no ordenamento jurídico. No outro bloco, aquele potencialmente contrário ao aborto do anencéfalo, abordarei também a proteção da vida no ordenamento jurídico, porém sob outra perspectiva, além das peculiaridades da técnica de fertilização *in vitro* que a diferenciam da gestação e, por fim, os limites impostos pela ética.

Nem todos os argumentos do primeiro bloco têm contraponto correspondente no segundo bloco. Apesar do meu esforço para organizar os tópicos de forma que um argumento potencialmente favorável tivesse sempre uma objeção nos argumentos possivelmente contrários, tive que me

⁴ Os pormenores da ADI 3510 serão explicados com maior cautela no item 4.1 do presente trabalho, porém cabe antecipar que a ação visava à declaração de inconstitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, que, por sua vez, prevê a utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* para pesquisa e terapia.

⁵ Da mesma forma, a ADPF 54 será detalhada no item 4.2, porém faz-se necessário antecipar que o pedido da ação trata-se, em linhas gerais, da não aplicação aos casos de anencefalia da disciplina legal conferida ao aborto pelo Código Penal, uma vez que a interrupção da gravidez de um feto anencéfalo não se trataria de aborto, mas de antecipação terapêutica do parto.

⁶ Cf. anexo nº1.

⁷ Cf. anexo nº2.

limitar ao que constava nos votos de ambas as decisões. Ou seja, ainda que para os dois lados seja possível formular contraposições, optei por me ater ao que já foi suscitado na ADI 3510, uma vez que o presente trabalho pretende ser um estudo de *jurisprudência* da Suprema Corte brasileira.

Nessa estrutura, nem sempre cito todos os ministros que levantaram determinado argumento, uma vez que procuro me focar naqueles que o fizeram de forma mais significativa. Isso se explica porque o intuito desta pesquisa é realizar uma análise qualitativa e não quantitativa – ou seja, importa mais analisar o conteúdo dos argumentos que se sobressaem do que o número de vezes que eles aparecem.

É evidente que, nesse processo, as escolhas são feitas através de um filtro inevitavelmente subjetivo, porém a minha intenção é justificar, a cada tópico, o porquê dessas escolhas. Assim, é importante identificar de que forma determinado argumento foi apresentado na ADI 3510 e de que forma ele pode vir a ser usado na ADPF 54, para que o embasamento das opções feitas por mim fique nítido ao leitor.

Somente em um segundo momento, percebi que, apesar do julgamento de mérito da ADPF 54 ainda não ter sido apreciado pelo Plenário, o posicionamento dos ministros quanto a sua admissibilidade e quanto a uma medida liminar⁸ concedida pelo ministro relator do caso já indicavam pistas no que diz respeito à possibilidade dos argumentos extraídos da ADI 3510 serem aproveitados quando a referida ADPF for julgada em suas questões centrais e definitivas. Dessa forma, comparei o resultado do trabalho de desenvolvimento dos argumentos da ADI com as linhas argumentativas que desde logo foram traçadas pelos ministros no decorrer do processo da ADPF.

Por fim, faz-se presente também uma oportunidade de averiguar a coerência na argumentação dos ministros do Supremo Tribunal. No futuro, é possível que esse trabalho contribua para o cotejo entre a *ratio decidendi* do que for sustentado em cada um dos casos. Esse elemento, a razão de decidir, é considerado de grande importância no processo de análise de uma

⁸ Na descrição do caso, a medida liminar será explicada de forma mais detalhada. Em linhas gerais, ela estabelece: (a) a suspensão dos efeitos de decisões judiciais que tenham aplicado os dispositivos penais que criminalizam a interrupção da gravidez em casos de anencefalia; (b) a permissão para as gestantes efetuarem tal antecipação.

decisão, apesar de permanecer, por vezes, encoberto. Tendo essa possibilidade em mente, durante a leitura da ADI 3510 fiquei especialmente atenta às referências feitas à ADPF 54, da mesma forma que, ao ler o que já foi pronunciado pelos ministros na ADPF 54, atentei para as relações com a ADI 3510.

2.2 PROCEDIMENTO DE PESQUISA

Faz-se necessário explicitar também de que maneira se deu o trabalho de análise dos acórdãos envolvidos. O *site* do STF⁹ oferece a opção de “pesquisa de jurisprudência por inteiro teor do acórdão”. Por meio desse recurso, não enfrentei qualquer dificuldade para ter acesso aos votos relativos à ADPF 54. A petição inicial proposta por Luís Roberto Barroso foi encontrada também no site, porém na parte referente a “Petições ADI, ADC e ADPF”, que, por sua vez, faz parte da opção “processos”.

Já com a ADI 3510 o processo de pesquisa não foi tão simples, uma vez que a decisão ainda não está disponível no *site*. Sendo assim, optei por outro recurso oferecido na parte de “pesquisa de jurisprudência”, qual seja, a “solicitação por e-mail”. Em poucos dias, recebi por essa via as notícias que haviam sido publicadas acerca da decisão e, nessas notícias, foi possível encontrar alguns *links* para os votos dos seguintes ministros: Carlos Ayres Britto (relator), Ellen Gracie, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Marco Aurélio e Gilmar Mendes. Neste estudo, tomo como base os oito votos supracitados e não faço a análise, portanto, dos votos dos ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Joaquim Barbosa e, finalmente, Celso de Mello, tendo em vista a impossibilidade de acesso a eles.

Para além dos votos que compõem as decisões, há pronunciamentos da sociedade civil que circundam os casos em questão. Trato aqui de pareceres, *amicus curiae*, e realização de audiências públicas. Sem dúvida, esses três mecanismos de diálogo entre o Supremo Tribunal e a sociedade expressam argumentações relevantes. Seria muito interessante analisar de

⁹ O endereço eletrônico que possibilita esse tipo de consulta é <<http://www.stf.jus.br>>.

que forma os ministros se valeram de tais linhas argumentativas, porém isso fugiria ao propósito deste trabalho, que tem como objeto a comparação da ADI 3510 com a ADPF 54.

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA – O QUE É UMA RELAÇÃO DE PRECEDENTE?

De acordo com o que já foi antecipado em tópico anterior, é necessário delimitar o significado que adotarei neste trabalho para a expressão *relação de precedente*. A hipótese de que a decisão proferida para a ADI 3510 sirva como precedente para o julgamento de mérito da ADPF 54 foi levantada por matérias veiculadas nos mais diversos meios de comunicação. Cito como exemplo as seguintes declarações do ministro Marco Aurélio De Mello, relator da ADPF em tela:

O julgamento do processo das células-tronco embrionárias aplainou o terreno. Foi uma decisão refletida, perguntei a mim mesmo: Devo tocar o processo? Para quê? Para queimar uma matéria de tão alta relevância? Não. Agora, creio que o Supremo já está maduro para tratar da matéria. Já temos clima para julgar e, creio, autorizar a interrupção da gravidez de anencéfalos.¹⁰

Essa seqüência de colocações dá a entender que, a partir da opção pela constitucionalidade das pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias, o Supremo Tribunal Federal vai, logicamente, optar pela autorização da antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo. Isso se explica, dentre outros motivos, porque, ainda que a intenção de descobrir o que o Supremo Tribunal Federal entende pelo momento inicial da vida esteja superada, não se pode ignorar que a petição inicial da ADI 3510 parte do pressuposto de que a vida tem início na, e a partir da, fecundação.

A decisão da Suprema Corte pela improcedência da ação, se não nega a concepção enquanto marco inicial da vida, ao menos coloca esse pressuposto em questão, o que pode vir a ter conseqüências no entendimento a respeito do aborto do anencéfalo. Isso que dizer que o direito à vida talvez possa, a partir de então, ser visto como um bem jurídico passível de relativização, não configurando um valor em si mesmo, superior a todos os outros.

Por outro lado, deve-se considerar que há ministros que manifestaram em seus votos a opinião de que seus argumentos são

¹⁰ Cf. Blog da Folha Josias de Souza <http://josiasdesouza.folha.blog.uol.com.br/arch2008-05-25_2008-05-31.html#2008_05-31_03_45_38-10045644-27> postado em 31-05-08, às 2h45. Sem grifos no original.

precedentes para que não se aceite a autorização do aborto do feto anencéfalo. Isso acontece, possivelmente, como consequência do entendimento de que a vida é um valor supremo, podendo ser sopesada somente em relação a outra vida. É o que acontece nas pesquisas com células-tronco e até mesmo no próprio Código Penal ao estabelecer como excludente de ilicitude do crime de aborto a situação em que a mãe sofre risco de morrer. Como exemplo dessa tendência, é simbólico um trecho do voto do ministro Eros Grau:

Cumpra 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].¹¹

Há também a opinião de que sequer existe relação entre as duas decisões em tela. A ministra Carmen Lúcia, por exemplo, tenta afastar o tema do aborto de seu voto sobre as pesquisas com células-tronco da seguinte maneira:

De pronto se registre que o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é a interrupção da gravidez. Na hipótese prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longinquamente, da questão do aborto.¹²

Contudo, a própria intenção de dissociá-las pode ser vista, na minha opinião, como uma prova de que há, de fato, uma relação de conexão entre as decisões. Descarto, portanto, ao menos em um primeiro momento, essa tendência.

Tendo esse cenário em vista, pretendo analisar tanto os argumentos que apontam para o deferimento da ADPF 54, quanto os que caminham em sentido contrário. Dessa forma, o termo *relação de precedente* não tem

¹¹ Cf. voto do ministro Eros Grau na ADI 3510, p. 9, sem grifos no original.

¹² Cf. voto da ministra Carmen Lúcia na ADI 3510, p.16.

uma conotação de vinculação direta entre os resultados. O termo diz respeito, na realidade, à análise do processo de argumentação que foi desenrolado em um caso tendo em vista o potencial de que ele venha a surgir de forma semelhante no outro caso. Assim, pretendo constatar a existência de uma lógica que possibilite a conexão entre os casos por meio do tipo de discurso desenvolvido, seja ele jurídico ou político.

4. HISTÓRICO DOS CASOS

4.1 PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS OBTIDAS POR FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

As pesquisas realizadas com células-tronco embrionárias obtidas a partir da técnica da fertilização *in vitro* configuram um importante avanço na ciência, uma vez que trazem a possibilidade da comunidade científica investigar os caminhos para a cura de doenças degenerativas.

Ainda que o presente estudo tenha como enfoque o debate político-jurídico, uma definição técnica de alguns termos pode facilitar a compreensão do objeto do caso: "A fertilização *in vitro* é um método de reprodução assistida, destinada em geral a superar a infertilidade conjugal, utilizado com sucesso desde 1978. Ela permite que os espermatozóides fecundem os óvulos em laboratório, fora do corpo da mulher, quando este processo não possa ser realizado no seu lugar natural, que é a trompa de falópio" (BARROSO, 2005, p.96).

Nessa prática, diversos óvulos são retirados da mulher para que não seja necessário que ela passe novamente por procedimento tão invasivo ao corpo feminino. Todos esses óvulos são fecundados e, nesse processo, alguns embriões se mostram inviáveis e são congelados, ao passo que outros são transferidos ao útero, respeitando-se o limite de dois ou três.

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005), ao estabelecer normas e mecanismos de fiscalização para atividades com organismo geneticamente modificados¹³, autoriza a realização de pesquisas com células-tronco retiradas desses embriões, pois elas possuem a capacidade de se converter em todos, ou quase todos, os tecidos do corpo humano. Isso não acontece com as células-tronco adultas, as quais se diferenciam em poucos tecidos ou, às vezes, em um só. Sendo assim, a importância dessa lei está no fato de que ela autoriza estudos que prometem resultar na cura de doenças graves¹⁴. Por outro lado, há quem

¹³ Antes dessa lei, a matéria era disciplinada apenas pela Resolução 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, conforme voto da ministra Carmen Lucia na ADI 3510, pág.4.

¹⁴ Não se pode deixar de relatar a visão do ministro Eros Grau, em seu voto na ADI 3510 no sentido de que a Lei de Biossegurança tem ainda outro intuito além da busca pela cura de

defenda que essa técnica atenta contra o direito à vida dos embriões e, por isso, deve ser proibida.

Na esteira dessa linha de pensamento, no dia 30 de maio de 2005, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 foi ajuizada pelo ex-procurador-geral da República Cláudio Fonteles sob a alegação de que a o art. 5º da Lei de Biossegurança ¹⁵ viola o direito à vida (art. 5º, *caput*, CF), assim como a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF).

A tese central apresentada na petição inicial é que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação. Em decorrência, qualquer método utilizado com a intenção de destruí-la é um assassinato¹⁶. Todas as citações transcritas na petição inicial, inclusive de professores da área de saúde, vão nesse sentido, afirmando que é no momento da concepção que se forma o tipo genético, ou seja, o embrião já tem suas características que o singularizarão pela vida toda.

A dignidade da pessoa humana também é invocada para a defesa do argumento de que não se deve distinguir os seres humanos em grupos de diferentes valorações¹⁷. Isso quer dizer que não faz sentido que alguns sejam dignos de viver e outros não. Logo, sendo o embrião um ser humano como qualquer outro, sua dignidade seria violada pela permissão da realização das pesquisas.

doenças: “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*? [...] 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”, p.3. O ministro Ricardo Lewandowski também levanta essa questão ao citar dados de um estudo da Universidade de Yale que indicam que as tecnologias desenvolvidas a partir das pesquisas com células-tronco embrionárias trazem promessas comerciais da ordem de 100 milhões de dólares. Confirma mais informações no voto do ministro Lewandowski na ADI 3510, p.8.

¹⁵ “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”.

¹⁶ Cf. petição inicial da ADI 3510, p. 3.

¹⁷ Id., p. 1

Além disso, outro argumento sustentado é de que as pesquisas com células-tronco adultas podem ser mais promissoras do que aquelas realizadas com células-tronco embrionárias, até porque as primeiras já apresentam resultados positivamente avaliados, o que não acontece com as segundas¹⁸.

O julgamento da ADI teve início somente quase três anos depois de sua proposição, no dia 5 de março de 2008, data em que o relator Carlos Britto apresentou o seu voto ao Plenário. A ministra Ellen Gracie, em seu voto, proferido na mesma sessão, acompanhou integralmente o relator, ambos declarando total improcedência da ação. Os ministros enfatizaram a opinião de que seria mais nobre utilizar os embriões congelados em pesquisas do que jogá-los no lixo ou deixá-los para sempre guardados¹⁹. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito, por sua vez, optou por pedir vista aos autos, o que fez com que a decisão fosse temporariamente suspensa.

Conforme pedido na petição inicial, houve realização de uma audiência pública em abril do mesmo ano²⁰, na qual se pronunciaram tanto especialistas contrários às pesquisas, a exemplo do médico Marcelo Vacari Mazzenoti, quanto de especialistas favoráveis, como o presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências Steven Rehen.

Somente após essas audiências, no dia 29 de maio de 2008, a questão foi retomada e o STF acabou por recusar a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, aprovando, portanto, a pesquisa com células-tronco embrionárias obtidas por fertilização *in vitro*. Os ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Celso de Melo e Carmen Lúcia, assim como Carlos Ayres Britto e Ellen Gracie, declararam que a Lei nº11.105/05 não merece reparos. Em contrapartida, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau fizeram uma série considerável de ressalvas, cada um a sua maneira. Pode-se considerar que o placar foi apertado, havendo, até o presente momento, controvérsias

¹⁸ Id., p. 5 et seq.

¹⁹ Cf. voto da ministra Ellen Gracie na ADI 3510, p. 9. Voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, p. 5 (o voto do ministro Carlos Britto na ADI 3510 ainda não possui versão paginada, então a numeração das páginas que consta nas referências deste voto foi feita por mim).

²⁰ A audiência pública aconteceu no dia 20/04/07.

quanto a sua composição final, o que deve ser esclarecido quando da publicação do acórdão.

As diferentes linhas de argumentação apresentadas pelos ministros serão abordadas no decorrer deste trabalho.

4.2 INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DO FETO ANENCÉFALO

A anencefalia diz respeito a uma doença que acomete alguns fetos, sendo detectada por exame pré-natal, que pode ser realizado a partir do segundo trimestre de gestação. Da mesma forma que no caso anterior uma percepção de cunho técnico cumpriu o papel de esclarecer alguns aspectos do caso, no estudo da decisão da ADPF 54 também é necessário compreender conceitos científicos. Para tanto, a seguinte definição da doença pode ser útil: "A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como 'ausência de cérebro', a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal" (BEHRMAN; KLIEGMAN; JENSON, 2002)²¹.

O tema da interrupção da gravidez em casos de anencefalia já havia sido pauta do Supremo Tribunal por meio do HC 84.025-6/RJ. Naquela ocasião, o STF acabou por não apreciar a questão, uma vez que a gestação chegou ao fim, com morte imediata do recém-nascido, antes que o julgamento acontecesse.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, oferecida em junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) por intermédio do advogado Luís Roberto Barroso, configura uma nova oportunidade para que os ministros debatam e deliberem sobre o tema. Na petição inicial, foram elencados os motivos que

²¹ Citado em BARROSO, 2005, p. 95.

justificam a admissibilidade dessa ação, de acordo com os requisitos para propositura da ADPF previstos na Lei nº 9882/99, quais sejam, ameaça ou violação a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e inexistência de outro meio eficaz para sanar a lesividade.

Para tanto, foram indicados como preceitos vulnerados (i) o princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II, CF), no sentido de que a antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo não é proibida por nenhuma norma jurídica; (ii) o direito à saúde (arts. 6º, *caput* e 196, CF), uma vez que o estado da gestante que sabe que seu filho é portador da anencefalia pode ser incompatível com seu completo bem estar físico, mental e social; (iii) o princípio da dignidade de pessoa humana (art. 1º, IV, CF), a partir do qual se fez uma analogia entre a imposição da mulher ter que levar adiante uma gravidez que certamente não dará origem à vida²² com a tortura, prática vedada pelo art. 5º, III, da Constituição Federal²³.

O ato do Poder Público apontado foi a interpretação equivocada que tem sido dada aos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I e II do Código Penal²⁴. Finalmente, quanto à questão da subsidiariedade, alegou-se que uma ação de natureza subjetiva, como um *habeas corpus* por exemplo, dificilmente terá caráter vinculante e contra todos, ou seja, dificilmente atingirá os

²² Essa afirmação foi problematizada por casos em que os bebês anencéfalos acabaram por sobreviver por um tempo consideravelmente maior do que o previsto. No Brasil, foi divulgado um caso recente em que a menina Marcela de Jesus Ferreira, diagnosticada no momento do parto como anencéfala, chegou a viver por um ano e oito meses. Esse fato foi utilizado por grupos contrários à permissão do aborto de anencéfalos, porém, quando Marcela completou um ano, especialistas analisaram exames e disseram que se tratava de um desenvolvimento reduzido do cérebro (microcefalia), o que é diferente do diagnóstico de anencefalia. Para mais informações, consulte o endereço eletrônico da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/agosto-1/bebe-anencefalo-morre-apos-1-ano-e-8-meses>> (acessado em 10/10/08)

²³ A petição inicial da ADPF 54 faz uso da Lei nº9.455 de 07 de abril de 1997 para definir a tortura: “[...] e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)”, p.16.

²⁴ Código Penal: *Art. 124*: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.” *Art. 126*: “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”. *Art. 128*: “Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

mesmos efeitos de uma ADPF. Da mesma forma, no que diz respeito aos processos de natureza objetiva, não caberia uma ação direta de inconstitucionalidade porque ela não pode versar sobre direito pré-constitucional²⁵.

Ainda sobre a petição inicial, a argumentação se desenvolve no sentido de afirmar que a antecipação terapêutica do parto não é aborto²⁶. Isso porque, no aborto, a morte deve ser resultado direto do procedimento, sendo necessária, para sua configuração, a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Quando se fala em aborto, em geral, a potencialidade de vida do feto é sopesada com a autonomia da gestante, porém a anencefalia²⁷ é fatal em todos os casos, sendo inviáveis os fetos anencéfalos. Com efeito, foi sustentado que enquanto não há o que se fazer em relação ao feto, há ações possíveis em relação ao quadro clínico da gestante. Por se tratar de um tipo de gestação que tem alto índice de óbito intra-uterino, a permanência do feto no útero é arriscada. Assim, a terminologia “antecipação terapêutica do parto”, que é uma indicação médica de tratamento para a mãe, faz mais sentido do que a denominação “aborto”.

O pedido principal pautou-se na técnica da interpretação conforme a Constituição aplicada aos artigos supracitados do Código Penal no sentido de que a disciplina legal conferida ao aborto pela legislação penal infraconstitucional não se aplica à antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos. Isso inclui também a ausência de necessidade da gestante apresentar autorização judicial ou qualquer outra forma de autorização do Estado para, em casos de anencefalia, concretizar seu direito subjetivo de escolher como quer proceder em relação a sua gravidez²⁸.

²⁵ Há controvérsias a essa afirmação, como, por exemplo, o seguinte pronunciamento do ministro Cezar Peluso na ADPF 54, pág. 97: “Todas as alternativas e problemas teóricos que se põem em relação ao tema da ação direta de inconstitucionalidade de leis pré-constitucionais parecem-me repropor-se em sede desta ação. Logo, se a ação direta de inconstitucionalidade não é admissível para atacar norma pré-constitucional, não me parece que o seja esta ação”.

²⁶ No decorrer deste trabalho, por vezes utilizo as terminologias “antecipação terapêutica do parto” e “aborto” com o mesmo sentido. Isso se justifica porque é dessa forma que os ministros acabam por tratar a questão tanto na ADPF 54 quanto na ADI 3510.

²⁷ Cf. petição inicial da ADPF 54, pp. 2-4.

²⁸ Id., p. 22.

Além disso, foi colocado um pedido cautelar para que fosse concedida uma medida liminar capaz de gerar as seguintes conseqüências: a suspensão dos efeitos de decisões judiciais que tenham aplicado (e, no caso de processos em andamento, que pretendam aplicar) os dispositivos penais supracitados com a intenção de impedir a interrupção da gravidez; e a permissão para que as gestantes efetuassem a antecipação terapêutica do parto, desde que a anomalia fosse atestada por médico habilitado. Houve, ainda, um pedido alternativo para que, caso o ministro presidente do STF entendesse que a ADPF não era o instrumento adequado para efetivar a demanda, ela fosse recebida como uma ADI, cuja intenção não seria a retirada da norma do sistema jurídico, mas a aplicação de uma interpretação formulada pela Suprema Corte²⁹.

Alguns dias depois, no período de encerramento do semestre judiciário, o ministro Marco Aurélio, relator do caso, concedeu a liminar, o que se deu *ad referendum* do Plenário sob o argumento de que se tratava de uma situação de perigo de grave lesão. No início de agosto, o processo foi submetido ao Pleno para referendo da liminar e o Colegiado deliberou que se aguardasse o julgamento de mérito da matéria, abrindo-se vista dos autos ao Procurador Geral da República Cláudio Fonteles.

Em seqüência, o Procurador Geral da República, em questão de ordem, requereu que o processo voltasse ao Plenário para que fosse definida, preliminarmente, a admissibilidade da ADPF. O ministro relator entendeu que não havia dúvida quanto à adequação desse instrumento, já que todos os pressupostos previstos em lei estavam preenchidos, como já foi demonstrado na explicação sobre a petição inicial. Soma-se a isso o fato de que o mesmo Tribunal, em agosto, ao apontar que aguardaria a discussão de mérito para decidir a questão como um todo, não se opôs à concessão da liminar.

Não obstante a opinião do ministro Marco Aurélio, o ministro Eros Grau propôs que a medida liminar concedida fosse revogada. Os fundamentos para tanto foram de duas ordens. Primeiro, sustentou que o fato de ainda haver dúvidas quanto à admissibilidade da ADPF não

²⁹ Id., pp. 21-22.

justificaria a manutenção da medida liminar e, depois, visto que a mãe não corria perigo, afirmou que a liminar configuraria uma afronta à dignidade do feto³⁰.

Assim, em um cenário conflituoso³¹, os ministros acabaram por reavaliar a concessão da medida liminar, de forma que, vencidos os ministros Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, no dia 20 de outubro de 2004, a segunda parte da liminar, aquela que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos, foi revogada. A primeira parte, que dizia respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado, foi referendada. Nesse momento, o ministro Carlos Britto pediu vista dos autos.

Somente no dia 27 de abril de 2005, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi considerada adequada enquanto instrumento, sendo admitida por sete votos a quatro, porém o julgamento de mérito ficou novamente suspenso. Naquela data, compunham a Corte os ministros Nelson Jobim (presidente), Marco Aurélio (relator), Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Antonio Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Sepúlveda Pertence, Ellen Gracie, Carlos Velloso e Celso de Mello³².

Diversos ministros argumentaram que a demanda tratava da inclusão de uma terceira forma de exceção ao crime de aborto, além da gravidez resultante de estupro e do aborto para salvar a vida da gestante. Para esses ministros, o Supremo Tribunal Federal, ao agir dessa forma, ultrapassaria todos os limites de seu papel de legislador negativo³³. O ministro Sepúlveda

³⁰ Cf. pronunciamento do ministro Eros Grau na ADPF 54, p.48.

³¹ Foi dada ao advogado da argüente, Luís Roberto Barroso, nova oportunidade de sustentação oral.

³² Essa era a composição da Corte no início de 2005. Em comparação com a data em que a ADI 3510 foi julgada (2008), há sete ministros em comum, quais sejam, Eros Grau, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Ayres Britto, Antonio Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, lembrando que o voto deste último não será analisado por que ainda não foi publicado.

³³ Em geral, usa-se essa expressão (legislador negativo) para se referir à situação em que o STF retira do ordenamento normas aprovadas pelo Poder Legislativo porém julgadas incompatíveis com a Constituição Federal. Tal postura diverge da atuação criativa que altera o conteúdo das leis para adaptá-las à Constituição ao invés de declará-las inconstitucionais (legislador positivo). A distinção entre legislador negativo e legislador positivo é bastante tênue, sendo difícil diferenciá-los com precisão.

Pertence, no entanto, defendeu que a petição inicial não apresentava a intenção de declarar a exclusão da punibilidade, mas a atipicidade do fato³⁴.

Nesse ano, três audiências públicas foram realizadas com o intuito de ouvir a opinião de entidades capazes de contribuir com conhecimentos específicos que fogem ao alcance dos ministros, a exemplo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e das Católicas pelo Direito de Decidir. Também participaram profissionais como a professora de genética da Universidade de São Paulo (USP) Mayana Zatz e o professor de Bioética da USP Dalton Luiz de Paula Ramos.³⁵

O julgamento de mérito, entretanto, não foi realizado até a data do presente trabalho.

³⁴ Cf. ministro Sepúlveda Pertence na ADPF 54, p. 5.

³⁵ As audiências aconteceram no dias 26/08/08, 28/08/08, 04/09/08 e 16/09/2008.

5. ANÁLISE COMPARATIVA DOS ARGUMENTOS

Como já foi sugerido na introdução deste trabalho, há diversos aspectos de aproximação entre os casos em estudo, sendo possível percorrer por mais de uma via a fim de compará-los.

Ao adentrarmos na análise de tais aspectos, é perceptível, ao menos em um primeiro momento, que, tanto na discussão sobre o aborto do feto anencéfalo quanto no debate sobre a pesquisa com células-tronco, concepções religiosas vão de encontro a opiniões científicas. Isso se dá, principalmente, ao redor do tema do início da vida. Contudo, há quem sustente, em uma análise menos epidérmica, que não existe dicotomia real entre esses dois campos, pois a crença na ciência seria, assim como a religião, uma questão de fé³⁶.

De início, percebe-se também que os dois casos trazem à tona dilemas nos quais o desenvolvimento científico pode vir a ser contraposto a questões éticas e morais. Apesar de não haver uma contraposição obrigatória entre esses dois elementos (desenvolvimento científico e moral), não se pode negar a possibilidade de sua existência, especialmente a partir do momento em que são postos questionamentos acerca dos limites que a Lei impõe aos procedimentos da fertilização *in vitro* e do diagnóstico de anencefalia ainda no período de gestação.

No mais, em ambos os casos, há que se abordar o ponto da saúde pública. De um lado, existem pessoas que portam doenças cuja cura pode ser descoberta a partir das pesquisas com embriões. De outro, há mulheres que correm o risco de ter sua vida comprometida por conta de uma gravidez perigosa ou até mesmo porque, frente aos impedimentos impostos pela lei, recorrem a técnicas abortivas anti-higiênicas e agressivas ao organismo. Soma-se a isso o possível aumento de gastos públicos necessários para a realização tanto das pesquisas científicas quanto da antecipação terapêutica do parto.

³⁶ Esse pensamento se faz presente, por exemplo, no voto do ministro Eros Grau na ADI 3510: "Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o debate instalado ao redor do que dispõe a Lei nº 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 [...] 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", p.2.

Do ponto de vista da função do Supremo Tribunal Federal, entretanto, há uma diferença de atuação em cada um dos casos. No que tange às pesquisas com células-tronco embrionárias, a constitucionalidade de uma norma redigida pelo Legislador é alvo de questionamento, ao passo que o que se vê a respeito da antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo é o contrário: a polêmica se dá justamente por inexistência de manifestação expressa do Legislador sobre o tema.

Essas são, em linhas gerais, algumas sugestões do que pode conectar os dois casos. Os tópicos seguintes pretendem tratá-las de forma indireta, seguindo uma lógica de divisão em blocos já explicitada no capítulo metodológico. É necessário, porém, ter em vista que os dilemas supracitados acabarão por permear os argumentos que serão analisados.

5.1 ARGUMENTOS POTENCIALMENTE FAVORÁVEIS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54³⁷

5.1.1 O PLANEJAMENTO FAMILIAR COMO DIREITO CONSTITUCIONAL

Na decisão da ADI 3510, mais precisamente no voto do ministro relator Carlos Ayres Britto³⁸, surge o questionamento acerca da base constitucional da técnica de reprodução assistida. Ou seja, está de acordo com a Magna Carta um casal de adultos recorrer à fertilização artificial ou *in vitro*?

Os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal³⁹ são citados como possíveis respostas, uma vez que eles dispõem sobre a família, instituição

³⁷ Os argumentos são apresentados em relação ao feto anencéfalo porque esse é o objeto da ADPF 54, porém é preciso pontuar que alguns deles podem vir a ser aplicados para a questão do aborto de forma geral, não apenas do feto anencéfalo. Essa é, inclusive, uma preocupação daqueles que se colocam de forma contrária ao aborto, a exemplo do promotor de justiça Luís Paulo Sirvinskas, conforme matéria veiculada na Folha de São Paulo, na seção Tendências e debates, dia 28 de agosto de 2008: "Permitir a interrupção da gestação do feto anencéfalo com base na dignidade da pessoa humana é abrir um precedente perigoso. Esse precedente, assim como a decisão que permitiu a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias, abrirá as portas para o aborto em qualquer hipótese. Será que temos esse direito?"

³⁸ Cf. voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, p. 34 (numeração minha).

³⁹ Constituição Federal, Art. 226: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º - O casamento

considerada pelo *caput* do artigo 226 como a base da sociedade, merecedora de proteção especial do Estado.

Faz-se presente também, no §7º deste dispositivo, a figura do planejamento familiar cujos fundamentos apresentados são a dignidade da pessoa humana e a paternidade responsável. Nesse sentido, o ministro Carlos Britto argumenta que cabe ao casal decidir o tamanho de sua família, tendo em vista sua capacidade de sustento material e de assistência amorosa. Sendo assim, a composição da família é uma escolha dos pais que se, de um lado, inclui a voluntariedade, de outro, engloba a responsabilidade⁴⁰.

Ademais, dando prosseguimento à interpretação desse §7º, fica explícito que o Estado deve não somente respeitar a autonomia dos casais, como também deve prover meios educacionais e científicos para o exercício do direito do planejamento familiar com paternidade responsável.

Essa linha argumentativa foi utilizada na decisão acerca da constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias com o intuito de demonstrar que a fertilização *in vitro* configura um meio de concretização da estrutura familiar planejada pelo casal, o que reflete um direito constitucionalmente assegurado. Ou seja, tal tecnologia permite que a pretensão de ter filhos advinda de um casal com problemas de fertilidade torne-se real.

Ainda que o desenvolvimento desses argumentos não faça nenhuma alusão expressa à questão do aborto, é possível desenvolver o conceito de planejamento familiar de forma a interligá-lo à decisão a respeito do feto anencéfalo. Isso porque se, em um primeiro momento, a paternidade responsável foi utilizada para a defesa da constitucionalidade dos meios favorecedores da ampliação da família, em um segundo momento, esse mesmo argumento pode ser levantado para legitimar a escolha da *não* ampliação.

civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

⁴⁰ Cf. voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, p. 35 (numeração minha)

Se o que está por trás do aumento do número de membros de uma família é a livre escolha dos pais, então existe aí a potencialidade para que se defenda que a decisão de não levar adiante a gestação de um feto anencéfalo deve caber também ao casal. Inclusive, o ponto da capacidade de assistência amorosa, já levantado como um dos fatores que devem ser considerados no momento de planejamento familiar, pode ser decisivo para a deliberação da mãe que prolonga uma gestação que a faz infeliz porque seu filho não irá sobreviver por mais do que algumas horas.

Por fim, a fertilização *in vitro*, assim como o procedimento da antecipação terapêutica do parto, não deixa de ser um meio científico que está, de acordo com a lógica desenvolvida acima, dentro dos deveres de um Estado que pretende cumprir com o seu papel de assegurar o exercício do planejamento familiar.

5.1.2 LIBERDADE, DIGNIDADE E O DIREITO À SAÚDE DA MULHER

Ainda no voto do ministro Carlos Ayres Britto, em continuidade à argumentação exposta no tópico anterior, surge o seguinte questionamento: uma vez aceita a técnica da fertilização *in vitro*, inclusive sob a perspectiva constitucional, fica o casal obrigado a aproveitar todos os óvulos fecundados?⁴¹

Lembrando que é necessário que todos os óvulos coletados para o procedimento sejam fecundados, a opinião do ministro é de que o casal não pode se ver obrigado a implantar os óvulos, em sua totalidade, no corpo da mãe. O ministro Marco Aurélio também compartilha dessa visão ao declarar, em seu voto: "Caminhar em tal sentido [...] é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar o planejamento familiar assegurado na Constituição"⁴².

Além da constatação de que isso vai de encontro ao conceito de planejamento familiar e do fato de que essa conduta não é imposta por nenhuma lei brasileira, também se faz presente o argumento de que seria perigoso para a mulher comportar a nidação de um número tão grande de

⁴¹ Id., p.37.

⁴² Cf. voto do ministro Marco Aurélio na ADI 3510, p.11.

embriões. Nesse sentido, este trecho do voto do ministro Carlos Ayres Britto não pode deixar de ser citado:

Imposição, além do mais, que implicaria tratar do gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, *literis*: 'ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano degradante'. Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que 'o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher' ⁴³.

A análise dessa linha argumentativa presente no julgamento da ADI 3510 leva a indicações do que pode vir a ser sustentado na decisão da ADPF 54 sobre alguns direitos: dignidade, saúde e liberdade.

Primeiro, pode ser retomado o argumento apresentado na petição inicial no sentido de que obrigar a mulher a carregar um filho, que a leva à lembrança diária e ininterrupta da ausência de potencialidade de vida do feto, se assemelha à tortura psicológica, prática definida como "um suplício infligido a uma pessoa, que ocasiona grave quadro mental de angústia" (GARRAFA; MONTENEGRO; OLIVEIRA, 2005, p. 82).

A analogia dessa situação com a tortura está atrelada à questão da dignidade da pessoa humana (no caso, da mãe) como correspondente à integridade moral. No mais, sendo a dignidade protegida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal (art.1º, III), não se deve aceitar uma prática capaz de comprometê-la.

Soma-se a isso o fato de que a gestação do feto anencéfalo pode, de fato, ser uma ameaça à saúde em sua acepção ampla, definida pela Organização Mundial de Saúde: "é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença"⁴⁴. Se não se deve implantar no útero feminino todos os embriões resultantes do processo de fertilização

⁴³ Cf. voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, p. 40 (numeração minha, sem grifos no original). Observação: Há um equívoco no trecho. Está escrito inciso II do art. 5º, mas, na verdade, esse é o inciso III.

⁴⁴ Cf. petição inicial da ADPF 54, p. 18.

porque essa é uma situação demasiadamente arriscada, a mesma lógica de pensamento cabe em relação à gravidez do feto anencefálico.

Sob a perspectiva física, a permanência do feto anômalo no útero é perigosa porque há um índice de 65% de óbitos intra-uterinos⁴⁵. Deve-se lembrar, inclusive, que não se trata apenas de uma questão individual, que pode ser pontualmente solucionada, mas sim de uma questão coletiva de saúde pública. Além das próprias conseqüências que pode trazer a gravidez do anencéfalo, as mães, por vezes, por não terem amparo legal, acabam por recorrer a práticas abortivas caseiras. A precariedade dessas práticas pode ter decorrências perigosas, freqüentemente levando as mulheres ao serviço público de saúde, o que pode significar gastos estatais ainda maiores do que aqueles que seriam despendidos para a interrupção da gravidez.

Do ponto de vista mental, há que se considerar que a impossibilidade de interrupção de uma gravidez frustrada pode causar séria instabilidade emocional, ferindo, ainda que de outra forma, o direito da mulher à saúde.

Com efeito, obrigar a mulher a carregar o feto por nove meses, em casos de anencefalia, é uma posição patriarcal, no sentido de que o gênero feminino se vê forçado a agir contra sua vontade - a mulher está obrigada a levar o feto no interior do seu corpo, bem como está obrigada a enfrentar um parto possivelmente complicado, ou até mesmo as dificuldades de um aborto natural. Mais do que isso, sua autodeterminação e seu direito sobre o próprio corpo estão seriamente comprometidos.

5.1.3 A PROTEÇÃO DA VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Seria muito delicado trabalhar com tentativas de definição dos pontos onde começa e onde termina a vida. Algo nesse sentido é preconizado pelo jurista José Afonso da Silva:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. (AFONSO DA SILVA, 2007, P.197)

⁴⁵ Id., p. 5

Portanto, a referência a dispositivos legais não pretende dar uma resposta absoluta a tão complexo questionamento. Trata-se, ao contrário, de buscar no próprio ordenamento uma lógica jurídica em relação assunto.

É importante analisar esse tema porque a tese central da petição inicial baseia-se no argumento de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação. Assim, aqueles que procuram aceitar a constitucionalidade da Lei de Biossegurança devem buscar no plano jurídico possíveis contrapontos a tal pressuposto. É o caso, por exemplo, do ministro Marco Aurélio, que sugere a possibilidade de relativização do direito à vida:

Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou do resultante de opção legal após estupro – o que se dirá quando se trata da fecundação *in vitro*, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento.⁴⁶

Como a Constituição Federal não aponta para nenhuma definição precisa do que é vida - apesar de estabelecer a inviolabilidade desse direito (CF, art. 5º, *caput*) - alguns ministros se valeram da técnica de recorrer à legislação infraconstitucional ou até mesmo ao direito comparado.

5.1.3.1 LEI 9434/97, A LEI DOS TRANSPLANTES

A partir da previsão constitucional que se encontra no §4º do artigo 199⁴⁷, foram redigidas tanto a Lei 11.105, de 24 de março de 2005, quanto a Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, quais sejam, a Lei de Biossegurança e a Lei dos Transplantes, respectivamente.

Essa informação dá ensejo à comparação entre o conteúdo de ambas as leis, especialmente no que tange ao marco de cessação da vida. Isso porque a Lei dos Transplantes define que a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para finalidade de transplantes ou tratamentos

⁴⁶ Cf. voto do ministro Marco Aurélio na ADI 3510, pp. 9-10.

⁴⁷ CF, art.199, § 4º: "A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização".

pode se dar depois que houver o diagnóstico da morte encefálica⁴⁸. Ou seja, aquele que já não tem mais as suas funções neurais é considerado morto para o direito.

Tal argumento é utilizado pelo ministro Carlos Ayres Britto para dizer que o embrião congelado ainda não tem formação cerebral (sequer resquíio de formação encefálica) e, portanto, ele não está a caminho de transformar-se em uma pessoa natural⁴⁹. Apesar dessa argumentação vir acompanhada da conclusão de que o embrião *in vitro* não pode ser desprezado, no sentido de que, na verdade, há um sopesamento entre ele e o sofrimento daqueles que portam doenças graves, é possível fazer uma analogia com a polêmica do aborto do feto anencéfalo.

Isso porque o feto que sofre de anencefalia não possui hemisférios cerebrais e córtex, o que faz, inclusive, com que a anomalia seja conhecida vulgarmente como 'ausência de cérebro'. Se a lei ordinária pode prever que a morte encefálica indica o ponto terminal da existência humana, então a "vida cerebral"⁵⁰ talvez também possa indicar o ponto inicial da vida.

5.1.3.2 A PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL

No julgamento da ADI 3510, fez-se presente com freqüência a referência ao Código Civil de 2002. Isso se justifica porque nele está previsto que a personalidade jurídica tem início a partir do nascimento com vida⁵¹, o que quer dizer que, perante o Direito, o sujeito adquire personalidade ao ser constatada a sua faticidade como *nativivo*. Ora, se a personalidade jurídica está atrelada ao nascimento, não é possível querer aplicá-la ao embrião humano.

⁴⁸ Lei 9434/97, Artigo 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".

⁴⁹ Cf. voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, p.52 (numeração minha).

⁵⁰ Esse termo foi utilizado no voto do ministro Lewandowski na ADI 3510 no seguinte trecho: "Outros sustentam, ainda, que o embrião somente adquire subjetividade no momento em que é formado o sistema nervoso central, permitindo a percepção do prazer e da dor, ou quando se estrutura o córtex cerebral, epicentro da racionalidade. Estes últimos defendem a tese do paralelismo entre a 'morte cerebral' e a 'vida cerebral'", pp. 18-19.

⁵¹ Código Civil, 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".

No que tange ao caso da ADPF 54, é cabível a defesa de que se o Código Civil estabelece que antes do nascimento não há personalidade jurídica, então isso também se aplica ao feto. Soma-se a essa tendência a argumentação de que o Código Civil deve ser interpretado à luz da Constituição Federal, na qual os direitos fundamentais estão garantidos a seres humanos já nascidos:

Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo "residentes" no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em "placa de Petri"), além de complementar a referência ao art.5º "aos brasileiros" para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros **natos** (na explícita aceção de "nascidos", conforme as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso I do art.12) e brasileiros **naturalizados** (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas *a* *b* do inciso II do mesmo art.12). Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magna Texto Republicano fala da "criança", como no art.277 e seus §§1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão somente intra-uterina⁵²

Deve-se pontuar, contudo, que a aplicação dessa argumentação ao caso do aborto do anencéfalo é bastante controversa porque o mesmo artigo do Código Civil que prevê que a personalidade civil tem início com o nascimento também diz que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Ainda, o feto anencéfalo, ao contrário do embrião *in vitro*, ocupa o interior do útero e, portanto, tem o potencial de nascer.

Em contrapartida, é possível que a argumentação favorável à antecipação terapêutica do parto do anencéfalo sustente que o Código Civil protege o nascituro *viável*, ao passo que o feto anencefálico pode ser considerado *inviável* por causa da certeza de que, se ele sobreviver, será por um tempo curtíssimo e somente com o auxílio de aparelhos, situação essa que pode fazer com que a proteção legal supracitada não se aplique a ele.

⁵² Cf. voto do ministro Carlos Ayres Britto na ADI 3510, p.14 (numeração minha, sem grifos no original).

5.1.3.3 DIREITO COMPARADO: CASO *ROE VS. WADE*

Citado na ADI 3510, no voto do ministro Marco Aurélio de Mello, o caso *Roe VS. Wade* tornou-se famoso não somente nos Estados Unidos, mas também no mundo todo. Além de ter sido um marco decisivo na questão do aborto, ele vem sendo objeto das mais variadas declarações, desde críticas acirradas até manifestações de completa concordância.

O caso, que se iniciou no Texas, foi julgado no dia 22 de janeiro de 1973. Em linhas gerais, os ministros da Suprema Corte dos Estados Unidos viram-se instigados a responder se a Constituição dos Estados Unidos garante o direito de interrupção de gravidez por meio de aborto.

A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que os estados não poderiam proibir o aborto antes do quarto mês de gravidez, assim como, quando a saúde da mãe estiver em perigo, a proibição não pode se dar antes do sétimo mês. Em decorrência, diversos estados tiveram suas legislações sobre o aborto declaradas inconstitucionais. A argumentação da Corte foi pautada principalmente pela questão do direito à privacidade, o qual, nesse caso, inclui o direito de abortar, desde que a gestante e seu médico assim escolham.

As críticas ao caso variam entre aqueles que acreditam que o direito à vida do feto é mais importante do que a livre opção da mulher e aqueles que acham que essa é uma decisão que foge à competência do Tribunal Constitucional. De qualquer forma, o caso foi suscitado pelo ministro Marco Aurélio com o propósito de exemplificar uma abordagem científica do tema que, nos Estados Unidos, foi capaz de tornar irrelevante a discussão sobre a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida⁵³:

Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta – o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto – inconfundível com o embrião – sob o ângulo científico. Nessa perspectiva, a Suprema Corte Americana, no controverso caso *Roe versus Wade*, decidido em 1973, estabeleceu que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo ocorrer até com vinte

⁵³ Para mais informações sobre as repercussões do caso, ver: DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 141 et seq.

e quatro semanas. Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a Suprema Corte Americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o próprio parto.⁵⁴

Dessa forma, entende-se que o aborto foi permitido somente no primeiro trimestre por uma questão de segurança em relação à saúde da mulher, porém não por conta da viabilidade do feto, a qual se daria, na verdade, por volta do sexto mês. Além disso, a colocação é importante porque mostra que a proteção está diretamente relacionada à capacidade de sobrevivência em ambiente extra-uterino.

De acordo com essa lógica, é possível que a alusão ao caso apareça no julgamento da ADPF 54 para justificar a interrupção terapêutica do parto quando ela for menos perigosa do que a continuação da gravidez do feto anencéfalo, já que é esse o argumento que, no caso Roe, impede o aborto depois de três meses.

Outrossim, faz sentido também o argumento de que, não havendo possibilidade de vida fora do útero, como acontece com o portador de anencefalia, não há que se falar em proteção jurídica. De uma forma ou de outra, o que se vê é, novamente, uma relativização daqueles que aparecem na petição inicial como valores absolutos.

5. 2 ARGUMENTOS POTENCIALMENTE CONTRÁRIOS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54

5.2.1 AS PECULIARIDADES DA TÉCNICA DE FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

5.2.1.1 A DIFERENÇA ENTRE A FECUNDAÇÃO EXTRA UTERINA E A GRAVIDEZ

Um dos pontos mais freqüentes no decorrer dos votos da ADI 3510 é o de que a fertilização *in vitro* é um procedimento efetuado fora do útero materno. Ora essa questão aparece para evitar que a aprovação da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa possa servir

⁵⁴ Cf. voto do ministro Marco Aurélio na ADI 3510, pp. 6-7.

como justificativa para que se autorize a interrupção da gravidez, ora ela é simplesmente suscitada sem propósitos claramente delineados.

Um exemplo da primeira hipótese aparece no voto do ministro Eros Grau quando ele afirma que não há vida humana nem dignidade a serem protegidas no óvulo fecundado em ambiente extra-uterino, uma vez que o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado⁵⁵. Essa idéia se repete no voto do ministro Cezar Peluso por meio da seguinte colocação:

Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células-embrionárias e prática abortiva. A caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de vida intra-uterina, isto é, de gravidez, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e SS. Do Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido?⁵⁶

Acompanha-os também o ministro Carlos Ayres Britto, o qual, apesar do tom consideravelmente mais ameno, defende que o crime de aborto tutela bem jurídico referente a um organismo pré-natal invariavelmente no interior do corpo feminino, seja ele embrião ou feto⁵⁷. Ainda, afirma o ministro que a Lei de Biossegurança não autoriza a remoção do embrião do corpo feminino⁵⁸.

Já para exemplificar a segunda possibilidade, a dos votos que recorreram à diferenciação (entre o óvulo que passa pelo processo de fixação na parede do útero e o óvulo que fica em estudo em uma placa de Petri) de forma somente subsidiária, é possível citar, a título de exemplo, do voto da ministra Ellen Gracie. Ela afirma que o embrião com estrutura

⁵⁵ Cf. voto do ministro Eros grau na ADI 3510, pp. 8-9

⁵⁶ Cf. voto do ministro Cezar Peluso na ADI 3510, p. 7 (o voto do ministro Cezar Peluso na ADI 3510 ainda não possui versão paginada, então a numeração das páginas que consta nas referências deste voto foi feita por mim).

⁵⁷ Cf. voto do ministro Carlos Ayres Britto, p. 21 (numeração minha). É importante lembrar, no entanto, que esse pensamento é referente a apenas uma parte do voto do ministro. Isso não quer dizer que, de forma geral, ele tenha um posicionamento contrário ao aborto. O que o voto deixa transparecer é, na verdade, o contrário disso.

⁵⁸ Id, p. 33.

individualizada surge apenas após 14 dias, período que coincide com o momento da nidação.⁵⁹

De qualquer forma, para o presente estudo é importante ter em vista que, por mais que a ministra não tenha evidenciado a relação disso com a decisão acerca da ADPF 54, existe, em tal pensamento, uma tendência a diferenciar substancialmente o embrião congelado em seu primeiros dias do feto já desenvolvido no interior do útero.

Assim, percebe-se a potencialidade dessas duas linhas argumentativas – uma mais latente e outra mais patente – no sentido de se colocarem contrariamente à antecipação terapêutica do parto, uma vez que tal procedimento seria realizado no feto em desenvolvimento no ambiente intra-uterino.

5.2.1.2 A MULHER E SEU PAPEL MATERNAL

Pode-se dizer que a noção de que a implantação do óvulo no útero materno enquanto caracterizadora do início da vida está muito relacionada a uma concepção do gênero feminino. Com frequência, atribui-se à mulher a simbologia de reprodutora, sendo ela sempre uma mãe em potencial.

Isso aparece apenas no voto do ministro Cezar Peluso, porém nada impede que a argumentação seja desenvolvida, por ele ou por outro, em decisão futura na ADPF 54. Por ora, o que se tem na ADI 3510 é o seguinte:

Se houvera viabilidade técnica e possibilidade prática de vida humana exógena, independente da intervenção do útero, sua produção seria *ética e juridicamente* reprovável, não apenas por sua perversidade intrínseca, mas também porque aviltaria, senão que aniquilaria a mulher, não só como pessoa, mas sobretudo como figura materna, essenciais à sobrevivência da espécie e, como tal corromperia nosso senso de civilização e apresentaria o colapso da humanidade. Em suma, seria prática manifestamente alheia aos limites conceituais e ao *alcance do poder jurídico de disposição* garantido aos genitores.⁶⁰

⁵⁹ Cf. voto da ministra Ellen Gracie na ADI 3510, p. 5.

⁶⁰ Cf. voto do ministro Cezar Peluso na ADI 3510, p. 29 (numeração minha).

Ainda que seja esse um trecho isolado, sem correspondência em outros votos, ele tem sua importância inclusive como contraponto ao que foi apresentado no bloco dos argumentos favoráveis ao deferimento da ADPF 54 sobre a autodeterminação da mulher. Enquanto uma determinada visão acredita que cabe à mulher decidir quanto à maternidade, outra visão crê que ser mãe é natural e não ser caracterizaria uma conduta anti natural.

Isso explica, ao menos em parte, a super valorização do desenvolvimento do óvulo no interior do corpo feminino. Sendo assim, existe a possibilidade de que essa tendência ressurgja no decorrer do julgamento de mérito da ADPF, ainda que de forma acessória.

5.2.2 A PROTEÇÃO DA VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A questão da indefinição dos marcos onde a vida tem início e fim já foi suficientemente tratada no bloco dos argumentos potencialmente favoráveis ao aborto do feto anencéfalo em tópico de mesmo nome que este. Nesse momento, a proposta é contrapor os elementos lá apresentados, de forma a buscar nos votos dos ministros argumentos que, a partir das mesmas normas, mostram uma tendência contrária ao deferimento da ADPF 54.

Sendo assim, a personalidade jurídica prevista no Código Civil será abordada por um outro viés, bem como a Lei dos Transplantes. O caso *Roe VS. Wade* não sofre, nos votos em estudo, qualquer questionamento direto, então não será abordado novamente. Em seu lugar, analiso a menção ao Pacto de San Jose da Costa Rica, o qual não diz respeito a um caso julgado em Corte estrangeira, mas à norma de direito internacional.

5.2.2.1 LEI 9434/97, A LEI DOS TRANSPLANTES

Apenas para contextualizar esse ponto, retomo brevemente o que já foi dito a respeito da Lei de Transplantes. Originária do mesmo dispositivo constitucional que a Lei de Biossegurança, ela prevê que o diagnóstico de morte encefálica define quando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano podem ser retirados para transplante ou tratamento.

Enquanto o ministro Carlos Ayres Britto sugere uma analogia entre essa previsão e o momento de início da vida como o esboço do sistema

nervoso, o ministro Cezar Peluso, ao elencar todos os pontos que ele pretende refutar, defende que tal analogia não passa de um recurso retórico. Sua argumentação vai no sentido de que a determinação do óbito a partir da morte encefálica foi uma escolha do legislador pautada na técnica da ficção jurídica. Considerando-a uma mera convenção, declara:

O fim da vida é determinado, nesse caso, menos por injunções intransponíveis de natureza biológica do que por específicas razões, de conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplantes e doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado.⁶¹

Dessa maneira, ainda que esse esteja longe de ser o argumento central de qualquer um dos lados – potencialmente favoráveis ou potencialmente contrários ao deferimento da ADPF 54 – é bastante relevante analisar a possibilidade de que ele seja utilizado. Por isso, registra-se que existe um contraponto à relativização do direito à vida apresentada anteriormente, no tópico que mostrava uma visão diversa desta a respeito da Lei nº9.394/97.

5.2.2.2 A PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTA NO CÓDIGO CIVIL

Como já apresentado, o art. 2º do Código Civil confere a personalidade jurídica somente após o nascimento. Ele estabelece, no entanto, que, desde a concepção, o nascituro tem os seus direitos assegurados. Tal artigo surge nos votos como uma tentativa de suprir a demanda exposta na petição inicial da ADI 3510 no sentido de determinar se o embrião é pessoa e, mais do que isso, se a qualificação como pessoa é suficiente para vedar as pesquisas com células-tronco embrionárias. A respeito dessa questão, a ministra Carmen Lúcia colocou:

De se observar que mesmo que seja negativa a resposta quanto à personalidade antes do nascimento não se desapega do Estado a condição de titular de obrigações em relação ao embrião e ao feto, nem se teria – a ser negativa a resposta àquela questão – que a

⁶¹ Cf. voto do ministro Cezar Peluso na ADI 3510, pp. 2-3 (numeração minha).

humanidade não reconhecesse importância ou cuidados específicos e dotasse de estatuto jurídico próprio o embrião e o feto.⁶²

Em seguida, ela avança nesse raciocínio desenvolvendo a questão da dignidade da pessoa humana no sentido de que esse princípio constitucional, a despeito de fazer referência à “pessoa humana”, se aplica a todos os seres humanos que compõem a espécie, mesmo que o direito não os atribua personalidade⁶³. O ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, concorda com esse entendimento: “A negação do estatuto pessoal do embrião não equivale à negação de toda obrigação de respeito e tutela”.⁶⁴

Por sua vez, o ministro Eros Grau adota um posicionamento mais incisivo. Ele entende que o art. 2º do Código Civil considera o nascituro como sujeito de direito porque a lei civil lhe confere a possibilidade de receber doações, ser adotado e figurar em disposições testamentárias, além de ser protegido pelas leis penais contra o aborto. Com efeito, o ministro afirma que o nascituro é pessoa. Por isso, conclui com convicção: “Não tenho a menor dúvida: a pesquisa em e com embriões humanos e conseqüente destruição afronta o direito à vida e à dignidade da pessoa humana”⁶⁵.

Na decisão da ADI 3510, parece que esses argumentos foram levantados somente para que não se incorresse no risco de menosprezo do embrião, de forma que, por vezes, fica subentendido que eles foram sopesados com a dignidade e o direito à vida de pessoas doentes, o que resultou no pronunciamento pela improcedência da ação.

No mais, os votos que os utilizaram fizeram-no mais no sentido de estabelecer limites éticos à pesquisa do que com o intuito de proibi-la - a afirmação de que um embrião tem dignidade impede, por exemplo, que os óvulos sejam fecundados com a finalidade de comercialização.

Ainda assim, para cumprir com o objetivo de presente estudo, é necessário avaliar o potencial que essa linha argumentativa apresenta. Em

⁶² Cf. voto da ministra Carmen Lúcia na ADI 3510, p. 25.

⁶³ Id., p. 37.

⁶⁴ Voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3510, p.22, citando artigo de Laura Palazzani.

⁶⁵ Apesar de parecer, nesse trecho (p.6 do voto), que o ministro Eros Grau considera a ação procedente, na verdade, o fato do óvulo ser fecundado fora do útero fez com que ele recuasse em sua argumentação, entendendo que a Lei de Biossegurança é constitucional.

relação à ADPF 54, é possível que a questão da proteção jurídica conferida pelo Código Civil ao nascituro se faça presente. Mesmo que o debate se dê, na maior parte do tempo, no âmbito da Constituição Federal, não se pode negar a possibilidade de alguma colocação no sentido do que já foi dito pelo ministro Carlos Ayres Britto, o qual, depois de constatar que o embrião é uma pessoa humana em potencial, afirmou que o embrião merece tutela infraconstitucional por derivação da tutela constitucional conferida à pessoa humana⁶⁶.

Se tudo isso foi dito para garantir a proteção ao embrião, imagina-se que esses argumentos tenham ainda mais força em relação ao feto. Prova disso está no pronunciamento do ministro Cezar Peluso:

No instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto de poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (res) porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito⁶⁷.

Assim, é bastante provável que, ao falar do aborto do anencéfalo, apareçam inúmeros questionamentos acerca de sua proteção jurídica estabelecida no Código Civil, especialmente no sentido de que o feto possui vida e dignidade – e essas devem ser resguardadas a todo e qualquer custo.

5.2.2.3 O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA E O INÍCIO DA VIDA A PARTIR DA CONCEPÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de San José da Costa Rica, foi aprovada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 2002. Sua importância para a presente discussão está no fato de que, em seu artigo 4º, inciso I, dispõe

⁶⁶ Cf. voto do ministro Carlos Britto na ADI 3510, p. 23.

⁶⁷ Essa declaração aparece como nota de rodapé no voto do ministro Cezar Peluso na ADI3510 (pág. 27, enumeração minha), sendo ela uma citação de um trecho do voto do mesmo ministro no julgamento, ainda inconcluso, da ADPF 54. Deve-se pontuar também que o ministro Cesar Peluso não deixa de se enquadrar na colocação feita há pouco no sentido de que reconhecer dignidade no embrião não significa ser contra as pesquisas.

que o direito à vida deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção⁶⁸.

De acordo com a emenda constitucional nº 45, de 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são equivalentes às emendas constitucionais. Por isso, o ministro Ricardo Lewandowski afirma que o Pacto de San José da Costa Rica

[...] ingressou no ordenamento legal pátrio não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal⁶⁹ ou, até mesmo, como norma dotada de dignidade constitucional, segundo recente entendimento expressado por magistrados dessa Suprema Corte.⁷⁰

O ministro acredita que mesmo o termo *em geral* não afasta a noção de que a vida começa na concepção, podendo o Estado signatário deixar de protegê-la apenas em situações excepcionais, seja ela *in vitro* ou *in utero*⁷¹.

Já a ministra Carmen Lúcia faz uma outra análise sobre a Convenção. Ela entende que é necessário dar atenção especial a sua última oração, qual seja, aquela que determina que ninguém pode ser privado da vida de forma arbitrária. Assim, coloca a ministra que a utilização dos embriões em pesquisas terapêuticas não configura uma forma arbitrária, mas sim a dignificação da vida daqueles que estão à espera da cura de determinadas doenças⁷².

Nas idéias demonstradas, pode-se entender que, no fundo, o Pacto de San José da Costa Rica não é antagônico à Lei de Biossegurança. No entanto, é plausível que, frente à questão do aborto do anencéfalo, os ministros defendam que a proposta da ADPF 54 é incompatível com tal Convenção Internacional, seja porque o aborto é uma forma arbitrária de se tirar a vida de alguém, seja porque o sopesamento de valores sugerido pela

⁶⁸ CADH, art. 4º, I: "Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

⁶⁹ De acordo com explicação do próprio ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto na ADI 3510, ter caráter supralegal significa estar hierarquicamente acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição, p.21.

⁷⁰ Cf. voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3510, p. 20.

⁷¹ Id.

⁷² Cf. voto da ministra Carmen Lúcia na ADI 3510, pp. 18-19.

expressão *em geral* abre espaço para as pesquisas com células-tronco embrionárias obtidas pela fertilização *in vitro*, mas não para o aborto. Inclusive, o jurista e professor Fábio Konder Comparato, afirma:

Ao dispor o art. 4º que o direito à vida deve ser protegido pela lei desde o momento da concepção, vedou em princípio a legalização do aborto. Digo “em princípio”, porque a cláusula *em geral*, constante dessa disposição, parece abrir a possibilidade do estabelecimento de exceções à regra. De qualquer forma, tal como redigido, o artigo proíbe também, em princípio, as práticas de produção de embriões humanos para fins industriais (utilização de seus tecidos na fabricação de cosméticos, por exemplo), bem como da clonagem humana para finalidades não reprodutivas e, portanto, com destruição do embrião. Uma exceção eticamente admissível a essa regra geral proibitiva parece ser a da obtenção de embriões clonados para tratamento de doenças neurodegenerativas do próprio sujeito, como assinalai em outro passo desta obra. (COMPARATO, 2003, p.364)

5.2.3 LIMITES ÉTICOS

A Lei de Biossegurança, apesar de permitir a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, apresenta diversas balizas a essa prática. Primeiramente, essas células-tronco devem ser utilizadas exclusivamente nas atividades de pesquisa e terapia. Além disso, elas devem ser provenientes de embriões inviáveis e congelados há pelo menos 3 anos. Outra importante consideração é a necessidade do consentimento do casal para tal mudança de finalidade do material genético dele advindo. Por fim, estão presentes questões éticas: as instituições de pesquisa e serviços de saúde devem encaminhar seus projetos para exame e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, além da proibição da comercialização.

Tais limites impostos pela Lei estão inseridos em um contexto de desenvolvimento científico que por vezes acaba por caminhar a passos mais rápidos do que o Direito. O ministro Ricardo Lewandowski chega a citar em seu voto que o uso indevido de técnicas desenvolvidas pela ciência vem

trazendo uma série de malefícios à humanidade, a exemplo do efeito estufa, da contaminação dos solos *etc*⁷³.

Além dele, outros ministros despenderam um tempo considerável de seus votos visando verificar se a Lei em tela era meticulosa a ponto de prever as situações mais delicadas que podem surgir em procedimentos como esse. É emblemático, nesse sentido, o posicionamento do ministro Gilmar Mendes:

É possível perceber que a lei, inegavelmente, foi cuidadosa na regulamentação de alguns pontos [...] O que causa perplexidade, por outro lado, é perceber que, no Brasil, a regulamentação de um tema tão sério, que envolve profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja realizada por um, e apenas um artigo.⁷⁴

A ausência de instituição de um Comitê Central de Ética devidamente regulamentado leva o ministro Gilmar Mendes a votar pela improcedência da ação, porém com a ressalva de que a Lei nº 11.105/05 seja interpretada de forma que a permissão das pesquisas esteja condicionada à autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. A preocupação de que a fiscalização das pesquisas esteja submetida a órgãos públicos aparece também nos votos dos ministros Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Percebe-se, por conseguinte, que os limites éticos compõem um tema de relevância para os ministros da Suprema Corte. Dessa forma, é possível que essa questão reapareça no julgamento de mérito da ADPF 54, até porque os métodos de diagnóstico pré-natal trazem à tona discussões éticas sobre o aborto por anomalia fetal.

A petição inicial dessa ação não prevê as diretrizes da criação de nenhuma regulamentação específica acerca dessa matéria. O máximo que ela define é que a anencefalia deve ser diagnosticada por médico habilitado, o que pode levar os ministros a colocarem barreiras à antecipação terapêutica do parto por considerarem que tal definição é insuficiente do

⁷³ Cf. voto do ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3510, p. 8.

⁷⁴ O ministro Gilmar Mendes, em seu voto na ADI 3510, acrescenta ainda essa colocação afirmando que a vaguidade da Lei levou o Poder Executivo a regulamentar a matéria por meio do Decreto nº5.591, de 22 de novembro de 2005, arts. 63 a 67. (p. 12, enumeração minha)

ponto de vista ético. É possível, portanto, que eles optem por não correr o risco de autorizar uma prática sem uma regulamentação que estabeleça critérios médicos a serem cumpridos, acompanhamento psicológico para a mãe, entre outros.

6. QUESTÕES DE MÉRITO JÁ LEVANTADAS NO JULGAMENTO DA ADPF 54

Na ocasião em que o processo da ADPF 54 retornou ao Plenário para que se solucionasse a questão de ordem relativa à admissibilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o ministro relator Marco Aurélio iniciou o seu voto com o seguinte esclarecimento: "O processo vem ao Plenário em vista da questão posta pelo Procurador-Geral da República, ou seja, a inadequação da ação intentada. É essa e tão somente essa a matéria a ser dirimida"⁷⁵.

A despeito da nítida intenção do ministro de alertar o Tribunal para que o julgamento de mérito não fosse antecipado, o ministro Eros Grau, ao colocar a sua demanda quanto à rediscussão da medida liminar concedida pelo relator⁷⁶, acabou por fazer colocações de cunho substancial, não se atendo aos limites da argumentação formal: "Como o feto é pessoa e a mãe não corre perigo, a liminar acaba afrontando a dignidade do ser que o feto é"⁷⁷.

Percebe-se de pronto que, no julgamento a respeito da manutenção da medida liminar, os ministros não se furtaram a fazer ponderações sobre o mérito da questão do aborto do feto anencéfalo. Em seguida, ao retomarem o julgamento sobre a admissibilidade da ADPF, pode-se dizer que a situação se repetiu.

Com isso em vista, não se pode chegar a uma resposta para o questionamento inicial - *Seria a decisão de um caso precedente para a decisão do outro?* - tomando como base apenas as tendências presentes na decisão proferida na ADI 3510. Mostra-se necessário verificar também, dentre os argumentos estudados, quais encontram correspondência naquilo que já foi enunciado pelos ministros em um primeiro momento de apreciação da ADPF 54⁷⁸, lembrando, inclusive, que esse momento

⁷⁵ Cf. ADPF 54, p. 39, sem grifos no original.

⁷⁶ Lembrando que essa questão foi colocada pelo ministro Eros Grau no meio do julgamento sobre a admissibilidade da ADPF, portanto, ela interrompeu o tema da admissibilidade, de forma que, só depois que todos os ministros se manifestaram sobre a liminar, a discussão quanto ao cabimento do instrumento foi retomada.

⁷⁷ Cf. ADPF 54, p. 48.

⁷⁸ Como já explicado no capítulo metodológico, a ordem seguida para a realização do presente trabalho foi: em um primeiro momento, a leitura e estudo da ADI 3510; em um segundo momento, a análise cuidadosa da ADPF 54, até porque ela configura uma leitura acessória tendo em vista a finalidade do trabalho de extrair argumentos da ADI 3510.

antecede cronologicamente o julgamento do caso das pesquisas com células-tronco embrionárias⁷⁹.

Assim, no que tange aos argumentos classificados como *potencialmente favoráveis*, a maior parte daqueles que foram extraídos da ADI 3510 no decorrer do presente estudo possuem correspondência nesse primeiro cenário da ADPF 54.

Inicialmente, ao menos nas colocações do ministro Carlos Ayres Britto, já se encontra um raciocínio semelhante àquele desenvolvido quanto ao direito constitucional do planejamento familiar. Isso porque o ministro, ao referendar a liminar, afirma que, na ocasião da gravidez do feto anencéfalo, é necessário que a mãe possa dizer se ela pretende ou não dar continuidade a esse processo sem que isso signifique um assassinio⁸⁰.

O mesmo acontece com relação ao tópico *Liberdade, dignidade e o direito à saúde da mulher*, sendo possível citar como exemplo a seguinte declaração feita logo no início do voto do mesmo ministro sobre a manutenção da liminar:

Neste momento, ainda penso que está em jogo, acima de tudo, subjacente a tudo isso, a questão feminina. Nós somos uma sociedade culturalmente machista e fica fácil para todos nós falarmos até de solidariedade, que é um sentimento tão bonito, mas solidariedade para os outros, para as mulheres que arrostam dificuldades de gravidez do tipo anencefálico ou anencéfalo. Se os homens engravidassem, não tenho dúvida em dizer que seguramente o aborto seria descriminalizado de ponta a ponta⁸¹.

Em sentido semelhante segue o ministro Joaquim Barbosa ao relembrar seu posicionamento quando do julgamento do HC 84.025⁸², no qual ele optou pela prevalência da dignidade da mulher e de sua autonomia privada. Ainda, o ministro afirma que não há dúvidas quanto à lesão de um direito fundamental a partir do momento em que se constata que as

⁷⁹ O julgamento da admissibilidade da ADPF 54 e a revogação de parte da liminar se deram em 2004, ao passo que o julgamento da ADI 3510 aconteceu neste ano de 2008.

⁸⁰ Cf. ADPF 54, p. 91.

⁸¹ Id., p. 89.

⁸² O HC 84.025 foi comentado no tópico 4.1 deste trabalho, uma vez que foi por meio dele que a polêmica chegou pela primeira vez ao STF. Seu julgamento foi interrompido por conta do nascimento do bebê anencéfalo.

mulheres vêm sendo constrangidas por atos do Poder Público quando decidem interromper a gestação em casos de anencefalia.⁸³

Já no que diz respeito ao direito à saúde, o ministro Marco Aurélio pontua que a intenção da medida liminar é evitar o risco de que, em casos autorizados e necessários, a mulher não consiga realizar a interrupção da gravidez por não haver quem a faça em hospitais públicos⁸⁴.

Por fim, ambos os ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto remetem à Lei de Transplantes, estabelecendo uma relação lógica entre a morte cerebral como marco final da vida e a anencefalia como a inexistência do início da vida⁸⁵.

Ainda nessa linha de questionamento acerca da concepção enquanto definidora do ponto inicial da vida, pronunciou-se o ministro Nelson Jobim:

Observem bem que o art. 128 e seus incisos pressupõem sempre, tanto no inciso I, "ABORTO NECESSÁRIO", como no inciso II, a vida possível do feto. Então, essa potencialidade de vida do feto do art. 128 nos conduz a examinar o art.124 para discutir se, sob a égide do art. 124, se inclui um tipo de feto que não tem essa possibilidade. É essa a questão posta.⁸⁶

Outrossim, alguns dos argumentos classificados como *potencialmente contrários* também encontram correspondência nos votos proferidos quanto à manutenção da medida liminar, bem como quanto à admissibilidade da ADPF.

A diferenciação entre a fecundação extra uterina e a gravidez aparece sob a argumentação de que a vida intra-uterina é, invariavelmente, um valor a ser protegido. O ministro Cezar Peluso segue nessa direção quando vota pela negação do referendo à liminar, mostrando-se o ministro mais enfático nessa questão:

Agora, a mim me parece fora de dúvida que a liminar, com a devida vênia do eminente relator e das razões jurídicas, todas

⁸³ Cf. ADPF 54, pp. 141-3. Atento para o fato de que o ministro Joaquim Barbosa também participou do julgamento da ADI 3510, porém o seu voto ainda não está disponível para consulta, o que impossibilitou a sua análise neste estudo.

⁸⁴ Cf. ADPF 54, p.83.

⁸⁵ Cf. ADPF 54, p. 79 (opinião do ministro Marco Aurélio), p. 91 (opinião do ministro Carlos Britto).

⁸⁶ Cf. ADPF 54, p. 233. O ministro Nelson Jobim não compunha mais a Corte quando a ADI 3510 foi julgada e, logicamente, também não comporá a Corte quando a ADPF 54 for julgada em seu mérito. O seu lugar foi ocupado pela ministra Ellen Gracie.

muito sólidas, que Sua Excelência expôs para concedê-la, ofende um valor jurídico. Isso parece-me indubitável. A vida intra-uterina, ainda quando concebível como projeto de vida, é objeto da tutela jurídico-normativa por várias formas.⁸⁷

Por ora, confirma-se a possibilidade do direito à vida prevalecer no sopesamento com outros direitos, adquirindo assim um valor quase absoluto. Ao votar pela revogação da segunda parte da liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio, o ministro Carlos Velloso⁸⁸ profere:

Se temos que respeitar, como fazem os argumentos postos pelo eminente patrono da autora, o notável Professor Luis Roberto Barroso, no sentido do sofrimento da mãe em gerar um feto fadado a morrer, não podemos ignorar e faltar com nosso apreço ao argumento trazido pelo eminente Procurador-Geral da República no sentido de que se tem, com esse aborto, atentado contra à vida. Sopesando um e outro argumento, há de prevalecer, pelo menos neste primeiro exame, o argumento do direito à vida⁸⁹.

Quanto à proteção da vida inserida no ordenamento jurídico, a alusão à Lei dos Transplantes também se faz presente na tendência contrária ao aborto do feto anencéfalo. O ministro Cezar Peluso considera inconsistente a analogia entre aborto do anencéfalo e o fato da doação de órgãos ser permitida após a morte cerebral. Isso porque o transplante é feito com a finalidade de salvar outra vida, ao passo que essa razão não se vê na interrupção da gravidez⁹⁰.

Ainda no âmbito das previsões legais, no que concerne à personalidade jurídica prevista no Código Civil, o ministro Eros Grau afirma expressamente que a liminar concedida atenta contra a vida da forma como ela é reconhecida pelo art. 2º deste código.⁹¹

⁸⁷ Cf. ADPF 54, p. 95. O ministro Cezar Peluso repete tal linha argumentativa quando vota pela inadmissibilidade da ação, p.155.

⁸⁸ O ministro Carlos Velloso não compunha mais a Corte quando a ADI 3510 foi julgada e, logicamente, também não comporá a Corte quando a ADPF 54 for julgada em seu mérito. O seu lugar foi ocupado pelo ministro Ricardo Lewandowski.

⁸⁹ Cf. ADPF 54, p. 107.

⁹⁰ Id., p. 96.

⁹¹ Id., p. 85.

Finalmente, revela-se no voto ministro Carlos Velloso a preocupação da regulamentação legal da prática abortiva. Entendendo que o pedido da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) vai no sentido da criação de uma terceira excludente de punibilidade para o crime de aborto, o ministro posiciona-se contra a admissibilidade da ação principalmente por conta da seguinte argumentação:

Assim posta a questão, admitir uma exclusão do crime de aborto, sem as cautelas de uma regulamentação séria, como, por exemplo, a que é adotada na França, seria temerário, mesmo porque não se pode descartar a possibilidade de clínicas de aborto criminosas se valerem da medida. Um dado importante: a regulamentação deveria exigir a necropsia do feto, a fim de se verificar se foi acertado o diagnóstico. Ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.⁹²

Parece, por fim, que muitas das especulações realizadas a partir dos argumentos extraídos da ADI 3510 adquirem um sentido mais concreto quando comparadas aos argumentos já levantados na ADPF 54. O próximo tópico pretende avaliar se essa constatação é suficiente para a confirmação da hipótese inicial do presente estudo.

⁹² Cf. ADPF 54, p. 217.

7. CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho teve como motivação a busca de uma possível relação de precedente entre dois casos polêmicos na pauta recente do STF: a ADI 3510 e a ADPF 54. Um capítulo que se pretende conclusivo não pode perder de vista a hipótese inicial do presente estudo - "constatar a existência de uma lógica que possibilite a conexão entre os casos por meio do tipo de discurso desenvolvido, seja ele jurídico ou político" - a qual foi delineada com maior precisão no momento em que se estabeleceu o sentido que seria adotado para a expressão *relação de precedente*.

Ao retomarmos o procedimento que foi seguido a partir daí, é perceptível que a análise dos argumentos extraídos da ADI 3510, sendo eles potencialmente favoráveis ou potencialmente contrários à interrupção da gravidez, demonstrou que as formas de conexão entre as decisões têm sentido do ponto de vista lógico-argumentativo. A princípio, portanto, essa constatação é suficiente para responder afirmativamente à questão inicial, havendo semelhanças significativas nas linhas argumentativas traçadas em cada um dos casos.

Considerando-se então que a decisão referente a ADI 3510 pode ser um precedente para o julgamento de mérito da ADPF 54, resta analisar em que sentido essa relação tende a se concretizar. Ou seja, dentre os argumentos estudados, quais têm a probabilidade de surgir futuramente de maneira mais expressiva? Para tanto, mostra-se útil retomar o que foi exposto no capítulo anterior a este referente aos argumentos que já foram discutidos no caso da antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo.

Após a demonstração de que a fase do julgamento da ADPF 54, que não se propunha a julgar o mérito da ação, acabou por fazê-lo em parte, percebe-se que desde logo existem correspondências entre os argumentos sustentados no julgamento da ADI 3510 e aqueles levantados tanto na decisão referente à admissibilidade da ADPF quanto no julgamento sobre a manutenção ou revogação da medida liminar. Assim, a sobreposição dos argumentos investigados no decorrer deste estudo àquilo que foi suscitado

até o momento na ADPF 54 confere maior precisão a uma previsão final, dando forma ao que até então configurava tão somente indícios.

Conclui-se da referida sobreposição que um possível posicionamento favorável à interrupção da gravidez do feto anencéfalo tende a se apoiar especialmente na questão da *autonomia* da mulher no sentido da importância de que ela seja livre para decidir. Isso inclui principalmente a liberdade de escolher priorizar o próprio direito à saúde (física e mental) garantido na Constituição Federal.

Um posicionamento contrário à interrupção da gravidez, por sua vez, insistirá primordialmente na tutela da dignidade do feto anencéfalo, considerando que, antes da autonomia da mãe, há que se proteger a *vida intra-uterina*, a qual também é valor constitucional.

Em linhas gerais, esses são os resultados que se destacam a partir da comparação entre a ADI e a ADPF. Todavia, deve-se ter em vista que, ainda que tenham sido demonstradas ligações diretas e indiretas entre tendências argumentativas extraídas da ADI 3510 e o futuro julgamento de mérito da ADPF 54, é possível que os ministros não se pautem pela relação entre os casos. Ou seja, na conclusão do presente estudo, não seria responsável descartar a possibilidade de que nenhum dos argumentos listados venha a se repetir, de forma que as previsões aqui realizadas não ocupem mais do que um plano teórico sem correspondência no caso concreto.

No mais, faz-se necessário visualizar também a possibilidade de que os ministros, não obstante o reconhecimento das reais semelhanças entre as duas decisões, optem por vias diversas daquelas que foram prenunciadas neste estudo. É provável, por exemplo, que eles suscitem a questão dos limites de atuação do Tribunal Constitucional⁹³.

Essa questão, inclusive, já se faz presente na ADPF 54. Os ministros que foram contra a sua admissibilidade⁹⁴ o fizeram sob o argumento de que o pedido da ação tratava-se da adição de mais uma excludente de punibilidade aos artigos do Código Penal que criminalizam o aborto. Para esses ministros, o Supremo Tribunal Federal poderia agir somente de forma

⁹³ Esse é um ponto que não foi comentado no decorrer do trabalho porque há uma diversidade considerável de entendimentos sobre ele, de forma que poderia ser simplista adequá-lo à dicotomia potencialmente favoráveis *versus* potencialmente contrários.

⁹⁴ Ellen Gracie, Carlos Velloso, Cezar Peluso e Eros Grau.

a retirar normas do ordenamento, sendo inadequado adicionar conteúdo a uma lei ou alterá-la de forma substancial⁹⁵. Assim, pode ocorrer que o debate acerca do papel de nossa Suprema Corte no contexto da separação de poderes venha a se fazer presente no julgamento do mérito da referida ADPF⁹⁶.

Essa breve ressalva quanto à possibilidade de os argumentos de cunho predominantemente formal tomarem o espaço dos argumentos de mérito se justifica porque isso configura uma saída aparentemente branda, e um caminho muitas vezes escolhido pelos ministros, para casos que tocam em assuntos tão delicados, que vão desde à liberdade até à dignidade, passando pelo direito à vida.

Cabe afirmar que ambos os casos ilustram que, à medida que as relações humanas se complexificam, a sociedade como um todo tende a se tornar também mais complexa, o que se reflete nas diferentes concepções e valorações dos direitos fundamentais. Para além disso, a tutela desses direitos enfrenta novos desafios frente ao crescente desenvolvimento da tecnologia no campo da ciência.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal se vê frente a questões multidisciplinares de difícil solução, as quais têm como pano de fundo um debate político que extravasa os limites da atuação jurídica. Os próprios casos estudados mostram que, ainda que os argumentos elencados tenham sempre embasamento legal, existe uma tendência político-ideológica por trás de cada posicionamento. Prova disso se dá se encararmos a dicotomia entre a autonomia da mulher – valor característico de uma ideologia liberal que prioriza a vontade do indivíduo – e a proteção à dignidade do feto – idéia que se aproxima de uma lógica paternalista.⁹⁷

⁹⁵ Por outro lado, registre-se que o ministro Sepúlveda Pertence defendeu que o pedido se referia à não caracterização da antecipação terapêutica do parto como aborto, o que não levaria a uma sentença aditiva, mas sim ablativa. Ainda, um terceiro posicionamento referente a essa polêmica aparece na própria ADI 3510, quando o ministro Gilmar Mendes compara a solução de “reparar” a Lei de Biossegurança à atitude que, para ele, seria correta em relação à ADPF 54: entender que a CNTS pede a adição de uma excludente de punibilidade, porém que não é nada problemático que o STF ocupe esse espaço. Inclusive, dessa forma ativa agem as principais Cortes Constitucionais européias.

⁹⁶ Se isso de fato acontecer, não se pode perder de vista que cinco ministros sugeriram alterações significativas à Lei de Biossegurança no momento do julgamento da ADI 3510.

⁹⁷ Ainda sob essa perspectiva da judicialização da política (ou politização da justiça), há uma linha argumentativa que curiosamente não foi sustentada por nenhum ministro, quer na ADPF 54, quer na ADI 3510. Trata-se da diferenciação entre mulheres pobres e mulheres

Frente a esse cenário de polêmicas que não podem ser solucionadas por simples raciocínio hermenêutico, não é problemática a existência de tais tendências - até porque a linha divisória entre argumentos jurídicos e argumentos políticos costuma ser bastante tênue. O que pode ser verdadeiramente problemático, no entanto, é que os ministros sejam incoerentes no julgamento de mérito da ADPF 54. Nesse sentido, o presente trabalho procurou criar um mecanismo de cobrança em relação aos argumentos que serão apresentados acerca da questão da antecipação terapêutica do parto do feto anencéfalo, de forma que possamos exigir coerência dos ministros que participam de ambas as decisões.

Tendo em vista os efeitos de uma opinião consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, não é aceitável que os mesmos ministros que adotaram determinada linha argumentativa na ADI 3510 passem a adotar entendimento inverso na ADPF 54 sob o pretexto da complexidade da matéria em foco.

com boas condições materiais. Nas camadas sociais mais altas, o aborto é realizado, *mesmo sendo ilegal*, por profissionais e de forma higiênica, ao passo que, na população mais pobre, o aborto também acontece *apesar* de sua criminalização, mas em condições precárias. Ou seja, ambas ficam à margem da lei, porém mulheres pobres sofrem maiores danos à saúde por estarem à margem da economia.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, 241:93-120, Jul/Set 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003. 3ªed.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARRAFA, Volnei. MONTENEGRO, Sandra. OLIVEIRA, Aline Albuquerque de. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencéfalo. In: **Bioética**, Conselho Federal de Medicina, 2005. vol.3, nº1.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2007. 29ª Ed., revista e atualizada.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Temos o direito de interromper a gestação?. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 ago. 2008. Tendências e debates, p.A3.

ACÓRDÃOS ANALISADOS

ADI 3510, relator: ministro Carlos Britto

ADPF 54, relator: ministro Marco Aurélio

9. ANEXOS

9.1 ANEXO Nº1 - SISTEMATIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS POTENCIALMENTE FAVORÁVEIS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54

	Carlos Britto	Carmen Lucia	Ricardo Lewandowski	Eros Grau	Ellen Gracie	Marco Aurelio	Cezar Peluso	Gilmar Mendes
1 - Lei de transplantes (morte cerebral como fim da vida)								
2 - Perigo para mulher / tratamento degradante do gênero feminino								
3 - Planejamento familiar/ paternidade responsável / autonomia								
4 - A proteção jurídica começa com a vida extra-uterina (Constituição)								
5 - Não há riscos estritamente individuais/ saúde pública								
6 - Constituição não protege vida em geral - já há 2 tipos de aborto permitidos								
7 - Proteção da potencialidade de vida fora do útero (Roe VS. Wade)								

Observações:

- O tópico 5.1.1 foi composto pelo item 3
- O tópico 5.1.2 foi composto pelos itens 2, 3, 5
- O tópico 5.1.3 foi composto pelos itens 1, 4, 6, 7

9.2 ANEXO Nº2 - SISTEMATIZAÇÃO DOS ARGUMENTOS POTENCIALMENTE CONTRÁRIOS À PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DA ADPF 54

	Carlos Britto	Carmen Lucia	Ricardo Lewandowski	Eros Grau	Ellen Gracie	Marco Aurelio	Cezar Peluso	Gilmar Mendes
1 - Fertilização in vitro é ≠ de gravidez/ desenvolvimento intra uterino								
2 - Tutela do feto: tutela constitucional à pessoa humana(a) dignidade(b)	a	b	b					
3 - A vida é desde a concepção (a) Pacto San Jose da Costa Rica (b)		b	b	a			a	
4 - Personalidade civil - nascituro é sujeito de direito								
5 - O argumento da morte cerebral não se encaixa nessa questão								
6 - Mulher como figura materna								
7 - Limites éticos								

Observações:

- O tópico 5.2.1 foi composto pelos itens 1, 2, 6
- O tópico 5.2.2 foi composto pelos itens 2, 3, 4, 5
- O tópico 5.2.3 foi composto pelo item 7