

28/05/2008

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhor Presidente, como já ficou amplamente assentado na sessão precedente e nesta sessão, discute-se, no presente caso, a permissão para a pesquisa científica a partir da utilização de células-tronco embrionárias, na forma estabelecida no art. 5º da lei de Biossegurança (lei federal 11.101/2005). Delimito assim a questão posta nos autos porque não vejo a discussão sob a perspectiva de uma eventual fixação por esta Corte do momento do início da vida.

Como ficou demonstrado nos autos e nos debates, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida. E creio que a eventual definição desse momento biológico, por si só, não seria suficiente para solucionar adequadamente a importante questão posta nos autos, que se restringe à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas no Brasil.

Com efeito, o ponto nodal da presente ação direta, a meu sentir, consiste em verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela nossa Constituição Federal de 1988 é legítima. Em outras

palavras, se a opção do legislador ordinário, consubstanciada no art. 5º da lei 11.105/2006, está ou não em consonância com os ditames da Constituição Federal.

Conforme acentuei em outra oportunidade, *"a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio"* (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.

Por essa razão, insisto, não é o caso de se tentar delimitar aqui quando a vida tem início. Cumpre, sim, verificar se a exceção à tutela ao direito à vida tal como disposta no art. 5º da lei 11.105/2006, ora atacado, atende aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

E a resposta, a meu sentir, é positiva.

Em primeiro lugar, no que se refere ao dispositivo objeto da presente ação direta de

inconstitucionalidade, o objetivo da lei é bem claro: regulamentar a pesquisa científica que utiliza células-tronco embrionárias. Essa lei, conforme amplamente demonstrado nos autos e na audiência pública realizada em 2007 sobre o tema, foi fruto de debate social no âmbito próprio de discussão de questões dessa natureza que é o Congresso Nacional. Este, ao ponderar entre as várias faces de um mesmo direito - o direito à vida -, optou por aquela que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo com o desenvolvimento científico dentro de determinadas balizas.

Esclareço: a finalidade da lei foi regulamentar e permitir o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Pesquisas, estas, que buscam tratamento e cura para inúmeras doenças hoje tidas por incuráveis. Há milhares de pessoas no Brasil que sofrem dessas doenças e que poderiam ter uma qualidade de vida melhor ou mesmo poderiam ter de volta sua saúde, se médicos e cientistas, através de pesquisas sérias, utilizando, também, células-tronco embrionárias, puderem ter a oportunidade de encontrar tratamentos eficazes para essas doenças.

Contudo, descobrir novas formas de tratamento exige trabalho árduo, dedicação, perseverança, enfim, exige tempo e recursos para pesquisa. A ciência não traz respostas rápidas. Entender o processo de formação do ser

humano é tarefa hercúlea a ser desenvolvida por grupos de todos os povos e em todos os lugares do mundo em prol de toda a humanidade. Os estudos existentes a respeito das células-tronco embrionárias e de sua potencialidade são recentes e, aparentemente, promissores.

Em outros termos, temos, de um lado, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. Nessa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio - inviolabilidade da vida -, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.

Em segundo lugar, é importante que se diga, o dispositivo impugnado traz apenas uma **permissão** para que se utilizem células-tronco embrionárias, decorrentes de processos de fertilização *in vitro*, em pesquisas científicas. Trata-se, portanto, de uma **faculdade** outorgada por lei a todas as pessoas. E essa permissão legal é rigorosamente condicionada à conjugação de três fatores:

(1) que se trate de embrião inviável ou embrião congelado há mais de três anos; (2) que haja o consentimento expresso dos genitores; e (3) que a doação seja gratuita (proibição da venda de embriões). Ademais, o art. 24 da lei 11.105/2005 criminaliza a utilização de embriões humanos em desacordo com o que dispõe o artigo 5º da mesma lei, ora atacado.

Da análise do texto legal, portanto, resulta cristalino que não é todo e qualquer embrião que poderá ser objeto de pesquisa científica, assim como não há obrigação alguma a que os genitores doem os seus embriões para a pesquisa. E o mais importante: é terminantemente vedada a criação de embriões destinados à pesquisa.

Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/88), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, *caput*) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX).

Com efeito, como sabemos, com a instalação da República firmou-se entre nós a separação entre a Igreja e o Estado, através do Decreto de 7 de janeiro de 1890 e, em seguida, com a Constituição de 1891. Na Constituição de 1988, o artigo 19, I estabelece que: "Art. 19. É vedado à

União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;"

Ademais, o artigo 5º, VI da Constituição de 1988 garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.

Assim, convivem em nossa sociedade os mais diversos credos e práticas religiosas. E todos os praticantes e seguidores das mais diversas religiões têm o direito de ver suas convicções religiosas respeitadas.

Por outro lado, e valendo-me das palavras de Daniel Sarmiento, entendo que *"a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de 'autogoverno de uma esfera jurídica', e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada*

peessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma idéia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no 'princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual'".

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro*, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade.

A meu sentir, portanto, a regulamentação do uso das células-tronco embrionárias, mediante uma lei que preserva a autonomia privada, dentro de parâmetros objetivos pré-definidos, não padece do vício de inconstitucionalidade argüido. Muito pelo contrário, tendo

em vista a gravidade da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas ou pesquisas de qualquer outra natureza, é imprescindível que o legislador estabeleça os parâmetros adequados à proteção da autonomia privada e ao desenvolvimento responsável da ciência no país, mediante mecanismos eficazes de fiscalização dessas pesquisas.

Nesse sentido, o dispositivo atacado concretiza o princípio da liberdade de expressão da atividade científica, que consiste, nas palavras de José Afonso da Silva, na *"atividade destinada a construir ciência, tomado o termo no sentido da disciplina do espírito que estabelece resultados e princípios rigorosos segundo as regras da causalidade, ou oposição à Arte, que executa suas criações sob o império da livre inspiração"*, e da *"disciplina do espírito que se infere num sistema de verdades gerais verificáveis (...) utilizando hipóteses como proposições provisoriamente necessárias para orientar as investigações"*¹.

Gostaria de lembrar, ainda, que muitos países vêm enfrentando ou já enfrentaram essa questão da pesquisa com células-tronco embrionárias.

A Inglaterra inicialmente regulamentou o tema através do **Human Fertilization and Embryology Act 1990**

¹ Comentário Contextual à Constituição, p. 98-99

(Chapter 37), permitindo a pesquisa científica utilizando embriões com até 14 dias².

Na França, em 1994, o Conselho Constitucional foi chamado a apreciar a constitucionalidade da "Loi relative au respect du corps humain" e da "Loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal", e considerou ambas compatíveis com a Constituição do país.

A Espanha, através da lei 45/2003, que entrou em vigor em 2005, passou a permitir a doação de embriões excedentes para pesquisas científicas, desde que haja o consentimento dos genitores (Disposición final primera).

A Bélgica regulamentou o tema em 11 de maio de 2003, permitindo a pesquisa com embriões decorrentes de processos de fertilização *in vitro*, desde que a pesquisa tenha um objetivo terapêutico ou vise ao avanço dos

² *Activities governed by the Act*

3 Prohibitions in connection with embryos

(1) No person shall—

(a) bring about the creation of an embryo, or
(b) keep or use an embryo,
except in pursuance of a licence.

(2) No person shall place in a woman—

(a) a live embryo other than a human embryo, or
(b) any live gametes other than human gametes.

(3) A licence cannot authorise—

(a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak,
(b) placing an embryo in any animal,
(c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit its keeping or use, or
(d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo.

(4) For the purposes of subsection (3)(a) above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the period of 14 days beginning with the day when the gametes are mixed, not counting any time during which the embryo is stored.

conhecimentos em matéria de fertilidade, de esterilidade, "de greffes d'organe ou de tissus", de prevenção ou tratamento de doenças; que seja baseada nos mais recentes conhecimentos científicos e satisfaça às exigências de uma metodologia correta de pesquisa científica, que seja feita dentro de um laboratório ligado a um programa universitário de medicina reprodutiva ou genética humana e dentro de circunstâncias materiais e técnicas adaptadas; que seja realizada sob a supervisão de um médico especialista ou um doutor em ciências e por pessoas qualificadas; que seja realizada com embriões que tenham até 14 dias de desenvolvimento (período de congelamento não incluído) e que não exista outro método de pesquisa alternativa de eficácia comparável (art. 3º). De todo modo, é proibida a criação de embriões *in vitro* para fins de pesquisa (art. 4º)³.

³ Art. 3. La recherche sur les embryons *in vitro* est autorisée si toutes les conditions de la présente loi sont remplies et notamment si:

1º elle a un objectif thérapeutique ou vise l'avancement des connaissances en matière de fertilité, de stérilité, de greffes d'organe ou de tissus, de prévention ou de traitement de maladies.

2º elle est basée sur les connaissances scientifiques les plus récentes et satisfait aux exigences d'une méthodologie correcte de la recherche scientifique;

3º elle est effectuée dans un laboratoire agréé lié à un programme universitaire de soins de médecine reproductrice ou de génétique humaine et dans les circonstances matérielles et techniques adaptées; la recherche décrite dans les programmes de soins de la médecine reproductrice non universitaire ne peut être exécutée qu'après la conclusion d'une convention s'inscrivant dans un programme de soins de la médecine reproductrice universitaire; cette convention prévoit que l'avis, tel que décrit à l'article 7, est rendu par le comité local d'éthique de l'institution universitaire;

4º elle est réalisée sous le contrôle d'un médecin spécialiste ou d'un docteur en sciences et par des personnes possédant les qualifications requises;

A Suíça também regulamentou o tema em 2003, através da "Loi fédérale relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires - LRCS). Em seu artigo 3º, a lei proíbe a produção de embriões para fins de pesquisa.

Enfim, esses são apenas alguns exemplos, colhidos do direito comparado, que demonstram a preocupação dos países europeus com a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias. Vê-se que as legislações estrangeiras têm ao menos três pontos em comum: o primeiro, referente à obrigatoriedade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas que visem ao bem-comum; o segundo, que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, o que, em outras palavras, significa a proibição de que sejam criados embriões para este fim; e, por último, que haja o consentimento expresso dos genitores.

Nessa ordem de idéias, parece-me que a legislação brasileira segue os critérios mínimos que têm sido exigidos por outros países que permitem a pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias.

Ademais, creio que a existência de autorização expressa para pesquisa em diversos países no mundo

5º elle est exécutée sur un embryon au cours des 14 premiers jours du développement, période de congélation non incluse;

6º il n'existe pas de méthode de recherche alternative ayant une efficacité comparable;

Art. 4. § 1^{er}. La constitution des embryons in vitro à des fins de recherche est interdite, sauf si l'objectif de la recherche ne peut être atteint par la recherche sur les embryons surnuméraires et pour autant que les conditions de la présente loi soient remplies.

certamente nos levará, mais cedo ou mais tarde, a outro dilema ético: se o Brasil proibir a pesquisa com essas células-tronco poderemos futuramente admitir que os tratamentos derivados de pesquisas feitas em outros países sejam aplicados no país? Em outras palavras, não aceitaremos que os embriões brasileiros, dentro dos limites objetivos fixados na lei de biossegurança, sejam objeto de pesquisa no país por ofensa ao direito à vida, mas aceitaremos, no futuro, os tratamentos que podem beneficiar milhares de pessoas decorrentes de pesquisas feitas com embriões de outras nacionalidades?

Por fim, julgo importante fazer uma última observação lateral. A pesquisa envolvendo seres humanos, sejam eles embriões, fetos, bebês, crianças, adultos ou idosos, deve ser pautada pelos mais rigorosos critérios, tanto no momento em que a pesquisa é autorizada como durante o desenvolvimento dos trabalhos. No direito comparado, o papel de fiscalização das pesquisas com seres humanos é desempenhado com qualidade pelos Comitês ou Conselhos de Bioética, órgãos multidisciplinares, compostos por diversos integrantes da sociedade, cuja missão é avaliar, autorizar e fiscalizar as pesquisas envolvendo seres humanos. Sem um Conselho ou Comitê sério e responsável, comprometido com a preservação da sociedade e

o desenvolvimento da ciência, corre-se o risco da banalização da pesquisa envolvendo seres humanos.

Vivemos um momento histórico da mais ampla significação, e não digo isso apenas em relação a este julgamento. De fato, a evolução da humanidade, em seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos outrora construídos sobre teorias filosóficas, teológicas e científicas fundamentadas numa visão de mundo (e de ser humano) agora aparentemente ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento.

Assim, o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país. A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade.

Essa Corte, em de seu papel de guardião da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais, tem o dever de proteger a democracia, a

liberdade de crença religiosa e a liberdade de investigação científica. A meu sentir, pedindo vênias aos que pensam de maneira diferente, creio que a permissão para a pesquisa científica, tal como disposta na lei ora atacada, não padece de inconstitucionalidade.

Do exposto, senhor Presidente, acompanho o brilhante voto do ministro Relator e daqueles que o acompanharam e julgo totalmente improcedente o pedido.