

O STF e os dilemas da bioética

Neste capítulo far-se-á um estudo panorâmico de dois julgados do Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que versou sobre a constitucionalidade da interrupção voluntária da gestação em casos de fetos anencefálicos, e sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, que discutiu o conteúdo da Lei de Biossegurança e sua conformidade aos preceitos constitucionais. Embora ambos julgados não versem especificamente sobre o aborto tal como defendido neste trabalho, a leitura atenta dos votos dos ministros e os argumentos utilizados tangenciam o tempo todo o problema, ao levantar questões fundamentais sobre bioética, início da vida e a melhor interpretação do princípio à vida presente no artigo 5º da Constituição Federal. Um exame atento das decisões do tribunal pode não só iluminar questões levantadas neste trabalho, como antecipar uma possível decisão do STF, caso se veja impelido a decidir sobre a questão central: a constitucionalidade do aborto.

I - A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54 e o drama dos fetos anencefálicos

A ADPF nº 54 ganhou notoriedade nacional ao discutir a inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128 que impedia mulheres cujos fetos sofriam de anencefalia a interromper sua gravidez. Pleiteava a ação o reconhecimento do direito subjetivo da gestante a realizar o procedimento abortivo sem a necessidade de prévia autorização judicial.

No tocante à definição de vida humana, os votos dos ministros se dividem em: a) aqueles que definem vida pela potencialidade de vida extra-uterina possuída pelo feto b) os que elegem a atividade cerebral como pressuposto. Entre os primeiros, encontram-se os ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, Celso de Mello e Joaquim Barbosa. Entre os segundos, Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello.

A definição de vida como existência de atividade cerebral ensejou uma comparação entre anencefalia e morte cerebral. Assim como esta última é encarada, pela Lei de Transplante de Órgãos nº 9434/97, como o marco pelo qual a vida humana tem seu término, a presença de anencefalia em um feto seria o indício de que a vida sequer começara, motivo pelo qual a mulher estaria autorizada a interromper a gravidez. Tal opinião se coaduna com a defendida por este trabalho sobre os limites que o Estado legitimamente poderia impor ao aborto. A mulher, não obstante possuir o direito subjetivo de decidir sozinha algo tão fundamental quanto ter ou não um filho, não pode exercer tal direito de forma indiscriminada, a qualquer tempo, em uma atitude que poderia sugerir um desprezo ou indiferença pela vida que carrega. Um bom limite temporal à realização legal de um aborto seria justamente os primeiros sinais de atividade cerebral emitidos pelo feto, após o qual já se torna razoável supor que este já usufrua de uma sensibilidade à dor e ao sofrimento físico, momento no qual nasceria um interesse concreto por parte deste em não ser ferido ou submetido a qualquer procedimento doloroso.

Uma interessante discussão surgida no âmbito do julgamento foi sobre a distinção dos conceitos biológico e jurídico de vida, que seriam distintos, segundo a maioria dos ministros. O direito, sob esse prisma, não deveria se guiar tão somente pelos critérios fornecidos pela literatura médica ou da ciência biológica, mas sim construir seu próprio conceito, baseado na melhor interpretação dos seus princípios e regras. Esta perspectiva, é importante ressaltar, mereceu críticas por parte do Ministro César Peluso, que aduziu que *vida e morte*

são fenômenos pré-jurídicos, e que não caberia ao Direito montar uma teoria ficcional para ambos os conceitos que desprezasse a realidade concreta de tais fenômenos.

A distinção, no entanto, é pertinente. Isto porque juristas dos mais diversos matizes parecem não entrar em uma concordância sobre um marco inequívoco pelo qual se pode afirmar de modo categórico o início da vida, uns elegendo a concepção, outros a nidação, os primeiros movimentos, o início da atividade cerebral, dentre outros. Todos estes estágios do desenvolvimento embrionário nos parecem, isolados, marcos insuficientes para explicar a atitude de reverência que temos diante do milagre, natural ou religioso, que é a gestação de uma vida humana. O embrião seria inviolável a partir da nidação, mas não alguns dias antes, enquanto se encontrasse nas trompas de falópio, um ovo-zigoto já formado e com patrimônio genético individual? Por quê? Por que tal momento específico da marcha embrionária revestiria o embrião de uma inviolabilidade ou sacralidade que não possuía em momentos imediatamente anteriores?

A decisão da mulher em prosseguir ou não com a gravidez, a nosso ver, seria um marco jurídico muito mais apropriado a partir do qual se poderia afirmar a personalidade jurídica do nascituro, visto que a partir da decisão individual da mulher já se pode afirmar com razoável certeza que o nascituro nascerá, será um dia membro da sociedade, e a partir daí o Estado pode legitimamente impor à mãe, e ao pai, um dever geral de responsabilidade para com aquele que vai nascer.

Um segundo ponto muito importante analisado neste julgamento foi sobre saber se o direito à vida é absoluto, ou se possui uma natureza mais flexível que abra espaço a gradações e ponderações com outros valores e princípios. Sobre isso, resta de grande utilidade transcrever uma parte do voto do ministro-relator Marco Aurélio:

Inexiste hierarquia do direito à vida sobre os demais direitos, o que é inquestionável ante o próprio texto da Constituição da República, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX. Corrobora esse entendimento o fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o aborto ético ou humanitário – quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao sopesar o direito à vida do feto e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele – e, até aqui, ninguém ousou colocar em dúvida a constitucionalidade da previsão. Aliás, no Direito comparado, outros Tribunais Constitucionais já assentaram não ser a vida um valor constitucional absoluto. Apenas a título ilustrativo, vale mencionar decisão da Corte Constitucional italiana em que se declarou a inconstitucionalidade parcial de dispositivo que criminalizava o aborto sem estabelecer exceção alguma (...)

Além de o direito à vida não ser absoluto, a proteção a ele conferida comporta diferentes gradações consoante enfatizou o Supremo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Para reforçar essa conclusão, basta observar a pena cominada ao crime de homicídio (de seis a vinte anos) e de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (de um a três anos)⁷⁴, a revelar que o direito à vida ganha contornos mais amplos, atraindo proteção estatal mais intensa, à medida que ocorre o desenvolvimento. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, “há que se distinguir (...) ser humano de pessoa humana (...) O embrião é (...) ser humano, ser vivo, obviamente (...) Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana”.

Tal posição dos ministros, além do relator, se opõe frontalmente à concepção majoritária que predomina entre civilistas e penalistas de que o direito à vida elencado no artigo 5º da Constituição Federal seria absoluto, numa interpretação radical e intransigente que não comporta nuances, nem dá margens a uma compreensão do tema que o alcance em toda sua complexidade.

Houve ainda uma discussão periférica, mas importante, sobre até que ponto a permissão do aborto de fetos anencéfalos não obedeceria a uma lógica de eugenia. A palavra, como se sabe, vem carregada de forte semântica histórica por ter sido um dos propulsores políticos do nazismo alemão, em sua obsessão por pureza racial e extermínio étnico. A comparação foi rechaçada por alguns ministros, mas assumida por outros, como Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Cesar Peluso. Este último chega mesmo a afirmar que a admissão do aborto de anencéfalos seria uma forma de discriminação, e afirmação de superioridade de algumas formas de vida sobre outras.

Como já se defendeu em partes anteriores deste trabalho, comparar o aborto, de qualquer tipo, com a eugenia praticada pelos regimes fascistas do século XX é um erro, e por vezes mascara uma tentativa de manipular o debate de modo a jogar sobre os defensores do aborto a pecha de discriminatórios ou eugênicos. A política de eugenia praticada por tais estados era uma verdadeira abominação moral, uma violência imposta sobre estratos inteiros da sociedade civil que foram considerados representantes de “raças” mais fracas e degeneradas geneticamente, e que por isso deveriam ser eliminadas. Nunca houve qualquer liberdade de escolha para judeus e demais alvos étnicos. É justamente o oposto do que propõe a tese de liberação do aborto: este seria um direito essencialmente individual, em que o Estado não deveria se imiscuir, sob pena de adentrar de forma violenta e ilegítima o espaço da autonomia privada. Lá se defendia uma noção deturpada de pureza coletiva. Aqui, defende-se a soberania do indivíduo na decisão de escolhas estritamente pessoais.

O relator Marco Aurélio, com sensatez, logo no começo de seu voto optou por descartar a palavra eugenia para caracterizar o aborto de fetos anencéfalos:

Apesar de alguns autores utilizarem expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação”, afasto-as, considerado o indiscutível viés ideológico e político impregnado na palavra eugenia. (pág 32, voto Marco Aurélio Melo, ADPF 54)

Finalmente, alguns ministros abordaram em seus votos a questão da laicidade do Estado, sobretudo o ministro-relator Marco Aurélio Melo. Das indagações e argumentações de que trataram os ministros na fundamentação de seus votos, esta talvez seja a mais importante. Isto porque ficou claro, da leitura dos diversos textos jurídicos feitos para este trabalho, tanto da seara penal quanto da seara civil, que a objeção primordial ao aborto não é jurídica, e sim moral. A interrupção voluntária de uma gravidez contraria uma concepção majoritária de que a vida humana é sagrada, inviolável segunda leis naturais eternas e imutáveis. Os argumentos estritamente jurídicos utilizados, a partir da análise de artigos do Código Civil e Constitucional, são úteis apenas na medida em que servem a esta proposição anterior e primordial: a vida é sagrada, e a permissão política e jurídica para que uma mãe possa interrompê-la seria sacrílega, uma renúncia a uma mentalidade civilizada.

Diz o ministro-relator, em seu voto:

Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida – o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos artigos 19,

inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro. (pág 41, voto do relator ADPF 54)

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem não devem ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professam o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. (pág 44)

Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de freqüentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução. A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. (pág 45)

O voto do ministro é de grande importância ao enfatizar com insistência a laicidade do Estado, e do impedimento a que crenças religiosas ou espirituais de maneira geral guiem a conduta estatal, principalmente em questões de foro íntimo, relacionados à autonomia privada. Que cada um aja conforme sua consciência em questões morais controversas.

II – A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 e a Lei de Biossegurança

A ADI nº3.510 buscou a impugnação do artigo 5º da Lei de Biossegurança, que permitia a utilização científica de células-tronco embrionárias produzidos por fertilização *in vitro*, e não utilizadas no procedimento. Faz-se útil a transcrição integral do artigo impugnado
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](#).
-

Desde que foi descoberta a potencialidade celular das células-tronco e sua capacidade para se transmutar em quaisquer tecidos humanos, descortinou-se para a medicina uma promessa irresistível de cura para diversas doenças, como o mal de Alzheimer, distrofias musculares, esclerose múltipla, dentre outras. Abriu-se, porém, dilemas éticos: células-tronco embrionárias são encontradas, como o nome já denuncia, em embriões humanos. Opositores destas pesquisas afirmam que embriões, ainda que preservados em criogenia, e mesmo que jamais sejam implantados em alguma mulher, já possuem uma importância intrínseca, constituindo-se em unidades biológicas individualizadas, com patrimônio genético próprio, motivo pelo qual não poderiam ser utilizados em pesquisas. A fala da Drª Lenise Aparecida Martins Garcia, transcrita no voto do ministro-relator Ayres Britto, expõe a tese central desta corrente opositora:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido nesse primeiro momento da fecundação. Já estão definidas as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível. (Páfg 10 ADI 3510).

O acórdão do julgado expõe, em seu item III, a noção de vida biográfica que já tinha sido defendida neste trabalho, ou seja, de que não se pode medir a vida humana apenas pela sua existência biológica. Que não faz sentido, não reflete nossas convicções morais profundas que um embrião congelado em laboratório seja tão pessoa quanto uma criança de dois ou dez anos de idade. Que a interpretação do princípio à vida elencado na Constituição, interpretado desta forma absoluta e intransigente, é uma promoção da injustiça, e não da equidade. Eis o trecho do acórdão:

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS

INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para ADI 3.510 / DF se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural

continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Apesar de fazer uma correta diferenciação entre indivíduo-pessoa e o embrião, abordando as diferentes formas de tutela que os envolve, o referido trecho parece fazer uma opção pela teoria natalista, ou seja, afirmando a personalidade jurídica do nascituro a partir do nascimento, a pessoa "nativiva". Esta posição já pode ser vista no voto do relator Ayres Britto:

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de "deveres", propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição. (pág 10, adi 3510)

A opção pela teoria natalista, se for o caso, nos parece errônea. Não é o fato de o indivíduo ser "perceptível a olho nu" que o torna apto a estar amparado pelo ordenamento jurídico. Como já foi estudado, há diversos direitos que já podem ser usufruídos pelo nascituro, como o direito alimentício, o direito ao reconhecimento de paternidade. Um feto de nove meses pouco se diferencia de um recém nascido de dez meses, e o fato deste último poder ser visto a olho nu certamente não deveria ser um critério de aferição de personalidade jurídica.

É a decisão da mãe, efetivamente, que insere o indivíduo na complexa teia de afetividade e sociabilidade que define a existência biográfica de alguém. Que torna sua vida "incontornavelmente interativa, múltipla e incessantemente relacional", caso queira se usar as palavras do ministro. Há uma série de atos sociais pelos quais um embrião se transmuta de uma unidade celular em gestação para um indivíduo: o momento em que a mãe comunica ao homem que este será pai; uma possível reunião familiar para contar a novidade, momento em que se sabe que a família ganhará um novo membro; o longo processo de decisão conjunta que definirá o nome do futuro recém-nascido; a pintura do futuro quarto. Há, no entanto, um ato-momento que dá origem a toda esta cadeia de eventos definidores da existência do nascituro: a decisão individual da mulher. Este deveria ser o marco inicial da personalidade jurídica do nascituro, presumível toda vez que a mulher

não se manifestar em contrário. A teoria da personalidade condicional, tal como aqui defendida, serve muito melhor a esta concepção de vida biográfica do que a teoria natalista. O julgado também consagrou a autonomia do casal nas decisões particulares sobre planejamento familiar como um desdobramento do princípio da autonomia privada. Baseou-se, sobretudo na dicção do §7º do artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

- 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

Sobre isso, o ministro-relator:

Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de "família". Família de pronto qualificada como "base da sociedade" e merecedora da "proteção especial do Estado" (caput do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.ºs. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de monoparental. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do "planejamento familiar". Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo 226, **negritos à parte**).

Dá-se que essa figura jurídico-constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do artigo 226), que impõe ao Estado o dever de "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito" (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), "vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas" (pág 31-32)

A autodeterminação feminina em questões reprodutivas é um dos mais fortes argumentos a favor da legitimidade do aborto, como decorrência de uma dimensão do direito à privacidade.

O julgado da ADI 3.510, embora não versasse especificamente sobre o aborto, expôs longas fundamentações nos votos dos ministros que revelam uma inclinação jurisprudencial a dar mais autonomia às mulheres em questões reprodutivas, e a negar ao embrião, seja pré-implante, seja no útero feminino, o *status* de pessoa constitucional, não obstante mereça consideração ética.