

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo
Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-118-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Garantias
Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara
(25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalya Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papéis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelato e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisal Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: A INTERPRETAÇÃO DO STF NA ADI 3.510 E NA ADPF 54

FUNDAMENTAL RIGHT TO LIFE: THE STF INTERPRETATION IN ADI 3510 AND ADPF 54

**Anna Candida da Cunha Ferraz
Deyse dos Santos Moinhos**

Resumo

Este artigo tem como objetivo explorar o direito à vida na acepção do STF em dois casos emblemáticos: na ADI 3510 (o caso da utilização de células-tronco embrionárias) e na ADPF 54 (a decisão a respeito da antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos). O tema é de indiscutível importância haja vista que o direito à vida é considerado o primeiro dentre os direitos humanos e fundamentais. Mas, diante de tantas discussões quanto ao início da vida e a proteção jurídica da mesma, a ideia do trabalho é abordar a visão da tutela da vida para o STF, levando-se em conta as principais considerações dos ministros nos casos julgados.

Palavras-chave: Direito à vida, Stf, Células-tronco embrionárias, Feto anencéfalo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to explore the right to life within the meaning of the Supreme Court in two emblematic cases: the ADI 3510 (the case of the use of embryonic stem cells) and ADPF 54 (a decision regarding therapy the childbirth anticipation of an anencephalic fetus). The theme is of utmost importance in view of the right to life is considered the first of the human and fundamental rights. But with so many discussions about the beginning of life and the legal protection of it, the idea of the study is to discuss the vision of the protection of life to the STF, taking into account the main considerations of ministers in cases prosecuted.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to life, Federal supreme corte, Embryonic stem cells, Anencephalic fetus

INTRODUÇÃO

E formou o Senhor Deus o homem do pó da terra, e soprou em suas narinas o fôlego da vida; e o homem foi feito alma vivente.

(Bíblia Sagrada, Gênesis 2:7)

A passagem transcrita acima traz a versão bíblica (cristã) da criação do homem. Após terminar sua obra e descansar, Deus cria o homem, lhe sopra o fôlego de vida e o homem passa, então, a viver.

Certamente, falar sobre a vida é algo transcendental, divino. É científico e ao mesmo tempo poético, pois a vida representa um verdadeiro milagre, difícil de explicar. É racional e ao mesmo tempo sobrenatural. É polêmico e desafiador.

Por ser tão preciosa, a vida é tutelada pelo Direito. Aliás, a vida é pressuposto a qualquer outro interesse jurídico ou qualquer direito fundamental. Sem ela, não há ser humano, não há um sujeito de direitos.

O direito à vida é um dos maiores, quiçá o maior, valor da humanidade. Após as grandes guerras, com as barbaridades cometidas contra o ser humano, a tutela da vida passou a ser objeto de instrumentos internacionais e também a ser positivada nas Constituições de vários países, tal é sua importância.

Mas o direito à vida não é absoluto. Atualmente no ordenamento jurídico interno, encontramos, por exemplo, causas autorizadas de aborto, no Código Penal. Fato este que, para alguns, contraria nossa Lei Maior.

Na Constituição da República de 1988, a inviolabilidade da vida vem consagrada no *caput* do art. 5º. Deve, portanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), órgão responsável pela guarda da Constituição, zelar pelo direito à vida¹.

Mas como afirmamos, falar sobre a vida ou sobre o direito à vida é complexo diante da polêmica que o tema levanta. Sendo assim, trazemos a baila a seguinte questão: como o STF tem se posicionado a respeito do conceito de vida humana? A partir de quando ou de qual estágio do desenvolvimento humano a vida merece ser tutelada?

Em decorrência da extensão da discussão, procuramos reduzir a análise a dois grandes julgados da história do STF, destacando a visão da Corte Suprema sobre o direito à

¹ A Constituição de 1988 prevê uma hipótese de exceção ao direito à vida, no art. 5º, XLVII, (a); em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

vida, são eles: o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510) e o da antecipação terapêutica do parto dos fetos anencéfalos (ADPF 54).

Antes disso, faremos breves considerações sobre o início da vida e também sobre a proteção da mesma, buscando uma melhor contextualização a respeito deste grande e precioso tema.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INÍCIO DA VIDA

Vida. Ao redor deste termo gravitam os mais profundos e discutíveis enigmas da humanidade, nas mais diversas áreas do conhecimento, nas mais variadas crenças, suposições e posicionamentos ideológicos.

Numa conceituação simplista, a vida é o oposto de morte. Quem nasce, morre; esta é máxima inevitável. Todavia, quanto ao termo final da vida, a problemática parece aumentar (no sentido normativo e social), haja vista que, por lei de 1997, é reconhecido o fim da existência humana com a morte encefálica². Mas o contrário, ou seja, a determinação do início da vida, o momento em que a vida começa ou em que se identifica o início das atividades cerebrais, é assunto polêmico. Não há lei ou norma constitucional que defina essa questão, tópicos relevantes para o Direito. A teoria neurológica busca traduzir em fórmulas esta questão, mas trata-se de posicionamento que, nem sequer nesse campo, apresenta unanimidade quanto ao início dos sinais cerebrais do feto.

Assim, não há consenso em precisar o termo inicial da vida.

Abaixo elencamos uma abordagem resumida de algumas teorias que tentam explicar o início da vida humana (MUTO, 2005, *online*):

1. Visão genética

A vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica.

2. Visão embriológica

A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas. É

² O art. 3º da Lei nº 9.434/97 dispõe que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, quando destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica e a Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina regulamenta o procedimento clínico da morte encefálica.

essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas primeiras semanas de gravidez.

3. Visão neurológica

O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª.

4. Visão ecológica

A capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que autorizou o direito do aborto.

5. Visão metabólica

Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

A doutrina jurídica não nega que a vida humana tem sua origem na fertilização do gameta feminino pelo gameta masculino³; com isso “uma nova ‘constituição’ humana se manifesta imediatamente e um novo ser dá início à sua existência” (SOUZA, 2005, p. 160). A partir de então se inicia um processo de desenvolvimento humano contínuo que se prolonga durante as fases da vida.

A partir da fertilização se inaugura o ciclo da vida humana no útero. O zigoto (a célula inicial do indivíduo que surge a partir da fusão dos núcleos dos gametas feminino e masculino) passa a ter uma combinação de cromossomos diferente da dos pais⁴, marcando a constituição de uma nova individualidade biológica. “O zigoto passa por uma série de divisões mitóticas, aumentando o número de células. Essas células que se tornam menores a cada divisão de clivagem [aumento significativo das células], são designadas como blastômeros” (SADLER, 2005, p. 28).

É possível, ao se examinar as fases do desenvolvimento do início da vida humana, registrar que o período embrionário prolonga-se até a oitava semana. O embrião passa a ter características genéticas próprias, passando a ser considerado um ser único. Ao final dele “os principais órgãos e sistemas já se estabeleceram, tornando as características principais da forma externa do corpo reconhecíveis ao final do segundo mês” (SADLER, 2005, p. 59). A

³ Neste sentido, citamos: (DINIZ, 2008, p. 25); (FRANCO, 2007, p. 247).

⁴ Nas palavras de Jérôme Lejeune, professor de genética fundamental e pesquisador: “a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos femininos, todos os dados genéticos que definem um novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco da vida”. (LEJEUNE *apud* VASCONCELOS, 2006, p. 37).

partir da nona semana até o nascimento é denominado período fetal (passando o embrião a ser denominado como feto). “Ele [o período] se caracteriza pela manutenção de tecidos e órgãos e o crescimento rápido do corpo” do bebê (SADLER, 2005, p. 79).

O objetivo aqui não é traçar com profundidade as teorias a respeito do início do ciclo da vida humana, até porque isso não seria possível, mas sim trazer reflexões a respeito deste período que tanto tem provocado discussões no mundo jurídico quando se fala da tutela da vida.

2. A TUTELA DA VIDA

O ordenamento jurídico nacional e internacional garante a inviolabilidade do direito à vida. “O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar” (MARTINS, 1999, p. 128).

Na literatura jurídica os autores mencionam esse direito como pressuposto para aquisição dos demais direitos. E com nenhum outro direito subjetivo está em pé de igualdade; é um “supra-direito” (NALINI, 2005, p. 520). A vida é o bem jurídico mais valioso que o ser humano pode ter. “A vida é o valor que contém em si todos os outros valores. Sem ela não existe nada; ela é condição de possibilidade de todos os outros bens como prazeres, satisfações, felicidades” (CAMARGO, 2010, p. 35). Diante da sua relevância para o ser humano, importante se faz sua proteção jurídica.

Maria Helena Diniz (2008, p. 21), posicionando-se contra qualquer ato atentatório à vida, discorre que:

O direito ao respeito à vida não é um direito à vida. Esta não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite.

Nas palavras de Vicente Ráo (2004, p. 686), o direito à vida “jurídica” também é um direito humano: “a aptidão para a vida jurídica é um dos direitos humanos, um direito, isto é, essencial, que da própria natureza do homem decorre”.

A Constituição da República, no *caput* do art. 5º, elenca como direito fundamental da pessoa humana o direito à vida (lembrando tratar-se de cláusula pétreia). Todavia, não elenca o marco inicial deste direito (início da vida) e nem o marco inicial de sua proteção pela Constituição, o que tem causado largas discussões sobre o tema.

Neste sentido, Patrícia Cobiانchi Figueiredo (2010, p. 20):

se a Constituição declara a inviolabilidade do direito à vida, mas não trouxe expressamente qual o momento inicial da proteção, aplicando-se o princípio da máxima efetividade a tal comando, resta demonstrado que o momento inicial é a concepção, pois a partir de então já se tem a individualidade inerente ao ser humano.

José Afonso da Silva (2010, p. 197) ensina que o termo *vida*, diante de sua riqueza significativa,

é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transformando-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida.

André Ramos Tavares (2002, p. 388) e Alexandre de Moraes (2011, p. 39) apontam que o início da vida é uma questão biológica, cabendo ao direito sua proteção legal. “Mas, a Biologia, que é a ciência da vida, não tem condições de defini-la [a vida], pois ela, sendo empírica, lida com órgãos e manifestações da vida; esta, porém transcende ao imediatismo das observações científicas” (CAMARGO, 2010, p. 30). Definir o marco inicial da vida realmente é um grande desafio, até mesmo para a ciência que estuda a vida.

A Constituição da República, portanto, garante a inviolabilidade do direito à vida, mesmo sem precisar seu marco inicial. Trata-se de um direito fundamental que, nas palavras de J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 385), são direitos “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo,

colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os ‘direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política’, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

No campo do Direito Privado, a lei civil vigente dispõe no art. 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil” e o art. 2º determina que “a personalidade civil da pessoa **começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**” (nosso destaque).

Partindo da simples leitura dos referidos mandamentos legais, é tentador o pensamento de que o nascituro é destituído de personalidade civil, ou seja, que não é sujeito de direito e que, portanto, o Código Civil teria adotado a teoria natalista para determinar o momento da aquisição da personalidade (qual, seja, a partir do nascimento com vida), como sustenta os doutrinadores como Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 184) e Sílvio Rodrigues (2007, p. 36).

Porém, outros doutrinadores sustentam que este momento da aquisição da personalidade se dá a partir da concepção, na qual o embrião⁵ ou nascituro deve ser considerado pessoa. Neste sentido Maria Helena Diniz (2008, p. 27) e Limongi França (1999, p. 45).

Todavia, grande é o debate em torno do tema⁶, principalmente diante da interpretação do Código Civil à luz dos direitos humanos e fundamentais⁷, superando a tradicional dicotomia entre direito privado e público.

Importante frisar que encontramos em julgados não só a proteção mas a titularidade de direitos do nascituro, antes mesmo do seu nascimento. Em recente decisão proferida no Recurso Especial nº 1.415.727/SC (publicada em 29/09/14) o Superior Tribunal de Justiça consagrou o *status* de pessoa ao nascituro e, conseqüentemente, o considerou titular de direitos. Assim, o relator do referido recurso, ministro Luis Felipe Salomão sustentou a teoria concepcionista:

⁵ Não há legislação estabelecendo o *status* jurídico do embrião. O projeto de lei 1184/03 em trâmite no Congresso Nacional dispõe em seu art. 13, § 2º “Os embriões originados *in vitro*, anteriormente à sua implantação no organismo da receptora, não são dotados de personalidade civil”. Mas o projeto de lei 699/2011, também em trâmite, busca, por sugestão da Profª Maria Helena Diniz, a alteração do art. 2º do Código Civil para fazer incluir o embrião no texto da lei, passando a registrar a seguinte redação: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”.

⁶ Como exemplo, citamos as considerações de Sérgio Abdalla Semião em interessante análise do art. 2º do CC/02 (antigo art. 4º do CC/16) em que realiza uma interpretação sistemática da letra da lei, da primeira e da segunda parte do referido artigo, sob a ótica das regras gramaticais da Língua Portuguesa (p. 63-73, obra citada no final), concluindo que “o art. 4º [atual art. 2º] ao dizer que a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro; não teve a intenção de conceder direitos atuais ao nascituro, mas sim, a de colocá-los (em algum lugar) “a salvo” de quaisquer perigos eventuais ou iminentes, resguardando-os e vigiando-os, como expectativas, caso haja o nascimento com vida. (...). Os direitos do nascituro são, portanto, aqueles que se acham expressa e taxativamente previstos em lei (...). Caso o Código Civil tivesse adotado a teoria concepcionista, não haveria nenhuma necessidade de fixar, um por um, ‘os direitos’ do nascituro, pois sendo ele considerado pessoa, teria todos os direitos inerentes à personalidade civil plena” (SEMIÃO, 2000, p. 68-70). Em sentido contrário, reconhecendo outros direitos do nascituro, além dos expressamente previstos em lei, inclusive o direito à vida, ver: (MOREIRA, 2005, p. 117-118).

⁷ Sobre o tema, sugerimos a leitura das seguintes obras: STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Com efeito, ao que parece, o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea.(...)

Por outro ângulo, cumpre frisar que as teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.(...)

Porém, atualmente isso não mais se sustenta, uma vez que se reconhecem, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

Hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também **o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais** (nosso destaque).

No plano internacional, cumpre lembrar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948) que estabelece em seu art. 3º: “Todo o indivíduo tem **direito à vida**, à liberdade e à segurança pessoal” (nosso destaque).

Também a Declaração dos Direitos da Criança (ONU/1959) considera que “a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, **antes e depois do nascimento**” (nosso destaque).

E, por fim, citamos a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica/1969) que reconhece a proteção da vida do nascituro desde o momento da concepção, como determina o seu art. 4.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, **em geral, desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (nosso destaque).

Neste último caso, vale lembrar a decisão da *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, de 28 de novembro de 2012 no caso *Artavia Murillo e outros*, que condenou o Estado da Costa Rica a adotar medidas administrativas e legais para permitir a realização da fertilização *in vitro* por aqueles que assim desejassem; procedimento este até então obstaculizado pela decisão da Sala Constitucional da *Corte Suprema de Justicia do Estado da Costa Rica* quando declarou inconstitucional, em 15/03/00 (através da Resolução 2000-02306 na ação de inconstitucionalidade - expediente nº 95-001734-0007-CO.), o Decreto Executivo nº 24.029-S de 03/03/95 que regulamentava a referida fertilização *in vitro*⁸.

⁸ Sobre o tema, sugerimos a leitura do artigo da Revista Judicial nº 86 da Escola Judicial “Lic. Édgar Cervantes Villalta” do Poder Judicial da Costa Rica: SOLÓRZANO, Gina Maria Acuña. Reproducción Asistida: el caso de

Interessante notar que duas cortes deram interpretações completamente diferentes ao mesmo dispositivo legal, qual seja, o art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (que protege a vida desde a concepção) ao tratar da fertilização *in vitro*: a Corte Suprema de Justiça do Estado da Costa Rica em 15/03/00 sinalizou pela defesa dos embriões:

La Técnica de Fecundación In Vitro, en los términos en que se regula en el Decreto Ejecutivo N°24029-S, no es **incompatible con el derecho a la vida ni a la dignidad humana**, sino que por el contrario, constituye un instrumento que la ciencia y la técnica han concedido al ser humano para favorecerla, ya que la infertilidad, a nuestro juicio, debe ser vista como la consecuencia de un estado genuino de enfermedad, por lo que debe ser atendida dentro de este contexto, a los efectos preventivos, diagnósticos y terapéuticos. Defendemos que el engendrado no nacido es sujeto de tutela en nuestro Estado de Derecho, conforme a la Constitución Política y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos - **especialmente el Pacto de San José-, que le reconocen su derecho a la vida, a la dignidad** y a recibir protección del Estado. En consecuencia, repudiamos que pueda ser manipulado con fines de experimentación, sometido a criopreservación o peor aún, que **embriones humanos sean desechados en el laboratorio sin ser implantados en el útero de su madre**. Las Técnicas de Reproducción Asistida, amplia gama de procedimientos que tienen como finalidad aumentar las posibilidades de concepción a través de un acercamiento entre óvulo y espermatozoide por diversos medios, se ofrecen como un medio para ejercer el legítimo ejercicio del derecho a la reproducción humana, que, aunque no está expresamente reconocido en nuestra Constitución Política, se deriva del derecho a la libertad y la autodeterminación, el derecho a la intimidad personal y familiar y la libertad para fundar una familia. **El derecho a la reproducción involucra, a nuestro juicio, el propio derecho a la vida, ya no en su dimensión individual, sino en una colectiva: el derecho a contribuir a la preservación y continuidad de la especie humana**. Tampoco compartimos la posición de la mayoría, en cuanto declara inconstitucional el Decreto N°24029-S por infracción al principio de reserva legal, pues a nuestro juicio, la titularidad de estos derechos autoriza su ejercicio sin necesidad de que exista una regulación permissiva (nosso destaque)⁹.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no uso de suas atribuições¹⁰, contrariando o entendimento da Suprema Corte da Costa Rica, concluiu que no caso Artavia

Costa Rica. **Revista Judicial nº 86**, *on line*. Disponível em: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/documentos/revs_juds/rev_jud_86/index.htm. Acesso em: 07 jan. 2015.

⁹ Decisão divulgada no site de notícias “La Nación”. Disponível em: http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html. Acesso em: 07 jan. 2015.

¹⁰ “Desta forma, em matéria de direitos humanos observa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se faz presente em questões de ordem pública e até em algumas privadas como parece ser o caso em tela da Fertilização *in vitro*. Ademais, importante se faz mencionar também que referida Corte Interamericana de Direitos Humanos no seu exercício, envolvendo a liberdade pessoal, bem como a dignidade humana e a proteção à vida, ao se manifestar no caso em tela sem qualquer margem de dúvida acabou por cumprir com seu objetivo principal, qual seja, estabelecer um sistema de controle do cumprimento dos compromissos internacionais dos Estados no campo dos direitos, mormente os Direitos Humanos” (LORENSI; SZANIAWSKI, 2013, p. 32).

Murillo a interpretação do art. 4.1 era outra, no sentido de concluir que a concepção deve ser interpretada a partir da implantação do embrião no útero, senão vejamos:

La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, **la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención.** Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general¹¹.

Diante de ambas as decisões, observa Ana Paula Carvalhal (2013, *online*):

Do confronto entre a Corte Suprema da Costa Rica e a Corte Interamericana de Direitos Humanos resultou o entendimento de que há um direito, amparado pelo Pacto de San José da Costa Rica, de utilização das técnicas de fertilização *in vitro* pelos cidadãos que o desejarem e que tal direito não pode ser negado de forma absoluta pelo Estado sob pena de violação do direito à integridade física, liberdade e vida privada e familiar.

Certamente a decisão acima, envolvendo a utilização da FIV na Costa Rica é de extrema importância para o âmbito internacional, assim como foi a ADI 3510 julgada pelo STF aqui no Brasil.

As questões envolvendo os direitos e a personalidade do embrião e do nascituro são de grande controvérsia no mundo jurídico. Tanto no direito interno como no direito internacional é inviolável o direito à vida. A grande questão é saber quando resta caracterizada a vida merecedora de proteção jurídica: na concepção *in vitro* ou intrauteriana, em algum estágio do desenvolvimento fetal ou, ainda, somente após o nascimento?

Verificamos, até aqui, grande divergência científica e doutrinária sobre a vida, seu início e sua proteção. Mas duas importantes decisões no Brasil, proferidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, debateram o direito à vida e definiram, pelo menos por ora, questões envolvendo a antecipação terapêutica do parto dos fetos anencefálicos (ADPF 54) e a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3510).

No próximo item, buscaremos destacar e discorrer sobre o entendimento do STF com relação ao direito à vida nestes dois casos clássicos do direito brasileiro.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisão na íntegra disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Acesso em: 07 jan. 2015.

3. O CASO DA ADI 3.510 E DA APF 54: COMO O STF ENTENDE O DIREITO À VIDA?

3.1 ADI 3.510¹²: o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias¹³

Em síntese, este processo objetivava a impugnação do art. 5º da Lei 11.105/05, conhecida como Lei de Biossegurança, que permite 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 em determinadas condições especificadas na lei.

Há diversas linhas de argumentação no processo, mas reduz-se a análise à proposta desse artigo, ou seja, a questão é saber se o embrião “*in vitro*” tem direito à vida.

O STF não reconheceu a violação ao direito à vida neste caso (julgado em 29/05/08)¹⁴, liberando a respectiva manipulação com as células-tronco embrionárias. Vejamos algumas considerações sobre o julgado.

Apesar das diversas teorias sobre o início da vida, como já explanado, a concepção é o marco que grandes especialistas e juristas consagram como ponto de partida da vida humana. Todavia, diante do avanço da tecnologia e da medicina, a concepção não é um fenômeno que ocorre somente dentro do corpo humano; ela também pode acontecer “*in vitro*”, através das técnicas de reprodução humana. Todavia, mesmo gerado artificialmente, enquanto o embrião não for implantado no útero não há como “avançar na trilha do nascimento” (nas palavras do ministro Ayres Britto), a ponto deste tornar-se um nascituro com total capacidade de desenvolvimento, até o seu nascimento.

O citado ministro Ayres Britto, apoiando a teoria natalista, define inicialmente em seu voto que “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”, afirmando que “a inviolabilidade de que trata o art. 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo”. Procura em seu voto diferenciar o embrião (que está na “gélida solidão do confinamento *in vitro*”) do feto em fase de desenvolvimento jamais esquecido pela gestante, lembrado sempre de forma afetiva.

¹² Neste processo foi realizada a primeira audiência pública da história do STF, em 20/04/07, ouvindo-se diversos especialistas na qualidade de “*amicus curiae*”.

¹³ Todas as transcrições aqui realizadas foram extraídas do *site* do STF: acórdão da ADI 3510 está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 16 jan. 15

¹⁴ Foram seis os ministros que votaram pela improcedência da ADI, são eles: Carlos Ayres Britto (relator da matéria), Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os demais ministros votaram pela autorização da pesquisa mas com ressalvas: Cezar Peluso Gilmar Mendes, Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

O ministro, lembrando a Lei de Transplantes (lei 9.434/97), defende ainda que o embrião “in vitro” “não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído, nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade (...), se permanecer assim inescapavelmente confinado, é algo que jamais será alguém”.

Por fim, defende o ministro que “para que o embrião [“in vitro”] tenha direito à vida, nos termos da Constituição, é preciso reconhecer a ele o direito a um útero”, o que não tem. Embrião, portanto, não é nascituro, não é ser humano. Neste sentido também a Ministra Ellen Gracie: “o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento – o útero – não é pessoa e também não é nascituro”. Assim, o ministro Ayres Britto classificou o embrião “in vitro” como um **bem** a ser protegido juridicamente.

Em posição contrária, Heloisa Helena Barboza (2004, p. 266-268) não atribui ao embrião pré-implantatório a natureza de coisa, mas também não o considera pessoa ou detentor de personalidade. Defende que seja conferido ao embrião humano uma

‘tutela particular’, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com respeito devido a um ser que não pode ser coisificado.

Já o ministro Menezes Direito reconhece que “o embrião é vida, vida humana. Uma vida que se caracteriza pelo movimento de seu próprio e autônomo desenvolvimento, representado nas suas seguidas divisões (...), traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade”. Assim, afirma que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição e que a extração de células-tronco embrionárias dos referidos embriões congelados acarretará a sua destruição e violará o direito à vida. Todavia, apoia a pesquisa ou terapia com as células-tronco desde que, dentre outras ressalvas, não haja a destruição do embrião “in vitro” viável.

A ministra Cármen Lúcia afirma que “não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias” nos termos da Lei de Biossegurança. “Se elas não se dão a viver porque não serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado”. Reconhece o status de “**substância**

humana” às células-troncos, que não mais pode ser utilizado para os fins a que inicialmente ele se destinou.

O ministro Eros Grau sustenta que o embrião “in vitro” é um “óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana” pois “o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado”. Da mesma opinião, o ministro Cezar Peluso afirma que não há vida nos embriões humanos congelados e, portanto, “não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse direito”.

Neste sentido, as palavras de Luís Roberto Barroso (2006, p. 690):

O embrião resultante da fertilização in vitro, conservado em laboratório: a) não é uma pessoa, haja vista não ter nascido; b) não é tampouco um nascituro, em razão de não haver sido transferido para o útero materno. As normas e categorias tradicionais do direito civil não se aplicam à fecundação extracorporal.

Vale registrar que, em sentido contrário, na defesa da vida do embrião, citamos a título exemplificativo, Maria Helena Diniz (2008, p. 114-115) e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p. 55), este último defendendo que:

Este direito [à vida] não depende, para ser reconhecido, de um certo grau de desenvolvimento das propriedades típicas do ser humano, mas é o pressuposto mesmo para que tal desenvolvimento ocorra. O direito à vida assenta-se apenas na realidade da existência de um ser humano. O embrião, por possuir a genética típica de um ser humano, é assim titular do direito à vida, reconhecido pela Constituição.

O ministro Joaquim Barbosa sustenta que a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados e que a pesquisa com células-troncos embrionários, nos limites da lei de biossegurança, não viola o direito à vida. Aliás, concorda com a legislação que deu “primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num aspecto mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas”.

O ministro Celso de Mello traz reflexões a respeito das teorias que buscam explicar o início da vida humana, afirmando que a “atividade cerebral, referência para a constatação da existência da vida humana, pode, também, ‘a contrario sensu’ servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapias, obtidas de embriões produzidos

por fertilização ‘in vitro’ transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida”.

Assim, estas são algumas considerações sobre o embrião “in vitro” na ADI 3510, que foi considerado pelo STF como um bem a ser protegido e não como uma pessoa ou um nascituro, sujeito de direitos.

Pela leitura dos votos há uma ideia de que como o embrião, por si, não tem probabilidade de vir a nascer, haja vista que não está implantado em um útero o que, evidentemente, o impossibilita de desenvolver-se: assim, retira-se deste o direito à vida.

Restou decidido, portanto, na ADI 3510 que os embriões inviáveis, segundo a Lei de Biossegurança, não se inserem no âmbito da proteção legal quanto ao direito à vida.

3.2 ADPF 54: o caso dos fetos anencéfalos¹⁵

A questão discutida na ADPF 54 é se a antecipação do parto do feto anencéfalo era considerada aborto; por via de consequência (diante do tipo penal¹⁶), discutiu-se se havia vida intrauterina que daria ensejo ao crime.

Este questionamento acaba tornando-se tormentoso ao confrontar-se com a vontade da genitora de interromper a gravidez de um feto que “não sobreviverá” após o seu nascimento, por tempo algum ou que sobreviverá pouco tempo (diante da ausência de cérebro). Este conflito foi amplamente discutido entre os ministros do STF e, considerando uma série de fatos e argumentos, a Suprema Corte decidiu (em 12/04/12) pela autorização da antecipação terapêutica do parto nestes casos (não caracterizando o ato como aborto), privilegiando a autonomia, a saúde e a dignidade da gestante.

Evidentemente os votos seguem uma construção lógico-jurídica de argumentos e interpretações, mas, seguindo a proposta do presente trabalho, vamos reduzir a análise ao entendimento do STF quanto ao direito à vida do feto anencéfalo.

Consigna-se que vários médicos, representantes de entidades religiosas, professores, entre outros especialistas foram ouvidos na qualidade de “*amicus curiae*” na tentativa de contribuir com seus conhecimentos e respectivas opiniões¹⁷.

¹⁵ Todas as transcrições aqui realizadas foram extraídas do *site* do STF: audiências públicas da ADPF 54 estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudilanciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 16 jan. 15. Acórdão da ADPF 54 está disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 16 jan. 15

¹⁶ Arts. 124, 125 e 126 do Código Penal.

¹⁷ Peter Harbele destaca a importância da participação pública nos processos, democratizando a interpretação constitucional, denominando “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. V. obra: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para uma

Sobre o feto anencéfalo, a título exemplificativo, a Dra. Ieda Therezinha do Nascimento Verreschi¹⁸ afirma, após explicação científica, que se trata de vida humana e que não se deve avaliar o ser humano apenas por sua eficiência, pois, agindo assim, há diminuição de seu *status*. Já o Dr. Thomaz Rafael Gollop¹⁹, em sentido contrário, sustentou que a anencefalia é incompatível com a vida e que corresponde a uma morte cerebral, considerando o feto um natimorto cerebral, manifestando-se, portanto, à favor da antecipação do parto (como a maioria dos médicos que prestaram seus esclarecimentos no processo).

O ministro Marco Aurélio, relator do processo, afirma que “não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura” e que o feto anencéfalo “jamais se tornará uma pessoa”. E continua: “não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida”. Em seu voto ressaltou as explicações de especialistas que expuseram que a anencefalia é incompatível com a vida, dentre eles, o Dr. José Aristodemo Pinotti²⁰ que afirmou que “quem não tem cérebro, não tem vida”.

O ministro Marco Aurélio não confere direito à vida aos fetos anencéfalos (justamente porque não enxerga neles a vida), argumentando que não se pode compará-lo aos demais fetos (saudáveis) e às pessoas nascidas. Neste sentido: “assim, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos – repito, premissa da qual discordo -, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Mostra-se um equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Simplesmente, aquele não se iguala a este. Se a proteção ao feto saudável é passível de ponderação com direitos da mulher, com maior razão o é eventual proteção dada ao feto anencéfalo”.

Outros sete ministros²¹ também concordaram com a opinião de Marco Aurélio. Somente os ministros Ricardo Lawandowski e Cezar Peluso votaram contra a antecipação do parto.

interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

¹⁸ Médica, representante da Associação de Desenvolvimento da Família, ADEF. Audiência pública realizada na ADPF 54 em 04 de setembro de 2008.

¹⁹ Médico, representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. Audiência pública realizada na ADPF 54 em 28 de agosto de 2008.

²⁰ Médico, deputado federal e professor titular da USP e da UNICAMP. Audiência pública realizada na ADPF 54 em 28 de agosto de 2008.

²¹ São eles: Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Carmem Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes Celso de Mello e Rosa Weber.

Joaquim Barbosa afirmou e apoiou a “interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso”, argumentando e que “o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos) não tem proteção jurídica”, pois uma vez comprovada sua inviabilidade deixou de ser amparado pela tutela penal.

O ministro Ayres Brito consignou em seu voto que o feto anencefalo é um “organismo incontornavelmente empacado ou sem nenhuma possibilidade de sobreviver por lhe faltar as características todas da espécie humana”. A gravidez “é destinada ao nada”

Os comentários supracitados parecem concluir que o feto anencéfalo não tem o direito de nascer, justamente porque é carecedor de vida extrauterina. Em sentido contrário, Gilberto Jabur Haddad (2005, p. 437) “o direito ao nascimento natural, com ou sem vida, é uma consequência do direito à vida. O direito à vida não é uma garantia à vida ou de vida, mas uma garantia de ter a expectativa de viver, e, por isso de nascer”.

O ministro Celso de Melo lembra, também neste caso, as diversas teorias que há a respeito do início da vida humana, acreditando que a atividade cerebral, “referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também ‘a contrario sensu’, servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida, eis que, nesses casos, sequer se iniciou o processo de formação do sistema nervoso central, pois inexistente, até esse momento a figura da pessoa ou de um ser humano potencial”.

Defendendo o direito à vida, o ministro Ricardo Lewandowski sustentou que há diversos diplomas que regulamentam esse direito e que o Poder Judiciário carece da função legiferante para autorizar o que chama de “aborto eugênico”.

O ministro Cezar Peluso também defende o direito à vida do feto anencéfalo e, citando a Dra. Lenise Martins Garcia²², recorda e concorda com o seguinte posicionamento: “o anencéfalo morre e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer”. Assim, considera criminosa toda interrupção dolosamente provocada do curso da vida intrauterina. O ministro defende, ainda, que qualquer forma de vida guarda “idêntico nível de dignidade sob o prisma tuitivo da Constituição, verificando-se, entre elas, mera diferença temporal ou, em termos menos precisos de ‘idade’”. Assevera que o feto anencéfalo “goza do mesmíssimo *status* de proteção que qualquer outro ser humano”.

²² Professora Titular do Departamento de Biologia Molecular da Universidade de Brasília e Presidente do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil Sem Aborto. Audiência pública realizada na ADPF 54 em 28 de agosto de 2008.

Finalmente, assevera que o feto anencéfalo é sujeito de direito por ser nascituro (independentemente de ser anencéfalo ou não) e não pode ser considerado coisa, objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ele não concorda com o argumento que “o feto anencéfalo seja um condenado à morte” Afirma: “todos o somos, todos nascemos para morrer”.

Merece menção, ainda que sumariamente, que, nas discussões travadas neste caso, questão sobre a inexistência de lei que permita esse aborto, independente de se considerar ter o feto vida ou não, foi tratada com ligeireza ou mesmo desprezada, embora, em nenhum momento tenha sido admitido que *não haja aborto no caso*. O ministro Lewandoski cita o argumento que, ao que parece, não mereceu grandes debates. Ora, como contornar a exigência de lei para justificar um aborto? Como contornar o princípio da legalidade que deve condicionar toda ação desenvolvida pelos Tribunais do País? Não parece admissível que o Supremo Tribunal Federal legisle para admitir a hipótese de aborto do feto anencefálico, qualquer que seja a concepção relativa ao feto, visto não ter ele esse poder genérico de estabelecer normas cogentes e obrigatórias.

Para concluir, no processo, muito se sustentou que o feto anencéfalo não tem expectativa ou potencialidade de vida fora do útero da mãe. São neste sentido as afirmações, por exemplo, dos ministros Luiz Fux (“a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera”) e Ayres Brito (“um ser padecente de inviabilidade vital”), e da ministra Carmém Lúcia (“o feto anencéfalo é, até o estágio atual da medicina, irremediavelmente inviável para a vida extra-uterina”).

Em suma, o STF, por maioria, pelo menos presentemente, dando a última palavra sobre a interpretação jurídica do direito humano à vida, não tendo reconhecido o direito à vida aos fetos anencéfalos conduz à constatação de que, no Brasil, não se reconhece do direito à vida do feto anencefálico. Estaria aberta a porta para outras restrições ou concepções do direito à vida e suas consequências jurídicas?

CONCLUSÃO

Inúmeras são as vertentes envolvendo a discussão sobre o direito à vida: éticas, morais, religiosas, científicas e, claro, jurídicas. Afinal, a vida é valiosa e qualquer discussão a seu respeito reflete em várias áreas do conhecimento. No Direito, é o primeiro dos direitos.

Devemos reconhecer a dificuldade que é para o STF, diante das mais variadas opiniões (inclusive da medicina ou da biologia, que deveria definir conceitos, mas não

chegam à unanimidade), estabelecer os limites e o alcance do art. 5º, *caput*, no que tange ao direito à vida.

A vida é um conceito indeterminado e não cabe ao STF assim defini-la (se não o constituinte assim o faria) já que não é uma “Academia de Ciências” (nas palavras da ministra Ellen Gracie na ADI 3510). Por outro lado, o STF também não pode eximir-se de julgar, pois tal prática é vedada por lei (art. 4º do Decreto-lei 4.657/42, art. 126 do Código de Processo Civil e art. 5º, XXXV da Constituição Federal).

Como já dito, a vida não é um direito absoluto. E quando este direito depara-se em conflito com outros interesses, ele pode ser relativizado. Daí, técnicas hermenêuticas, de proporcionalidade ou de ponderação de valores entram em cena para elevar outros direitos em detrimento à vida, como da consideração do STF em prevalecer a dignidade da mãe em detrimento à “vida” do seu filho anencéfalo, autorizando-a à praticar a antecipação terapêutica do parto.

Quer dizer, na verdade, nos casos estudados, tanto o embrião “in vitro” não viável como o feto anencéfalo não foram considerados “vidas” para o STF, razão pela qual justificou-se o julgamento de constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança e a autorização para antecipação terapêutica do parto.

Salvo engano, mas é o que parece ficar registrado em ambas as decisões, o STF considera vida, ou melhor, considera o “ser que tem vida” somente aquele que tiver potencialidade e capacidade de desenvolver-se, de tornar-se pessoa e seguir a sua história.

Mas tudo isso deve ser visto com muita cautela, pois nossa Corte Constitucional, como disse o ministro Ayres Brito na ADI 3510 “é uma casa de fazer destino” e a abertura de exceções jurídicas (pois decididas pelo STF) contra o direito à vida pode ser um caminho perigoso para a justificação desenfreada do avanço da biotecnologia médica.

Parece que se deve atentar para duas afirmações expostas neste processo: só não tem vida quem não pode morrer, já que a vida é inevitavelmente pressuposto da morte; de outro lado a consideração da natureza de “coisa” do embrião é chocante já que, certamente, o embrião é indispensável para a conceituação de vida e de todos os pressupostos de proteção que o direito atribui a esse bem jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAROBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. *In*: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 248-270.

BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencéfalos e pesquisa com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 669-708.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Tem o embrião direito à vida? **Revista Jurídica Consulex**, Ano XII, nº 271, abr. 2008, p. 54-57.

CAMARGO, Marculino. **Bioética: o agir da vida**. Brasília: Editora Ser, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2002

CARVALHAL, Ana Paula. Fertilização in vitro expõe conflito entre cortes. **Revista Conjur de 27 de abril de 2013**, *on line*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-abr-27/observatorio-constitucional-fertilizacao-in-vitro-evidencia-conflito-cortes#_ftn2_7793. Acesso em: 07 jan. 2015.

COSTA RICA (2000). Resolución 2000-02306, de 15 de Marzo, publicado em [http://www.nacion.com/ln_ee/2000/octubre/12/sentencia.html].

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. O início da vida para proteção jurídica sob os ditames da Constituição e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (Coords.). **Biodireito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 15-38.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Fábio Luis; OLIVEIRA, José Sebastião de Oliveira. O nascituro e o início da vida. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**. V. 7, n. 1, jan./jun. 2007. Maringá-PR: Centro Universitário de Maringá, 2007. p. 241-249.

HADDAD, Gilberto Jabur. O direito à vida como direito ao nascimento. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito Fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 431-437.

LORENSI, Fábio Alberto de; SZANIAWSKI, Elimar. A Fertilização *in vitro* e a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos contra a Costa Rica. **Revista de Estudos Internacionais (REI)**, vol. 4, n. 2, 2013. p. 20-35.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito Constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). **A vida dos direitos humanos – Bioética Médica e Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 127-144.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 39.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito Fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 113-122.

MUTO, Eliza; NARLOCH, Leandro. Vida: o primeiro Instante. **Revista Superinteressante**, *on line*. Nov. 2005. Disponível em: <http://super.abril.com.br/ciencia/vida-primeiro-instante-446063.shtml>. Acesso em: 05 jan. 2015.

NALINI, José Renato. “A vida é”. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito Fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 517-523.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: parte geral. Vol. 1. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SADLER, T. W. **Langman/Embriologia médica**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de Souza. Umhas poucas palavras sobre o direito a vida. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins. **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 155-170.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VASCONCELOS, Cristiane Bauren. **A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.