

Conforme analisado, a lei viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) ao deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com células-tronco originadas do embrião humano.

O art. 5º da Lei n. 11.105/2005 deve ser interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

Entendo, portanto, que essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma, ao princípio responsabilidade.

Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.

UMA ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES^(*)

AN ANALYSIS OF MINISTRY GILMAR MENDES' VOTE

Ricardo Rabinovich-Berkman^(**)

I. O CONTEXTO

As novidades da ciência biológica, constituída em disciplina paradigmática na cultura “ocidental” desde a aparição da *Origem das espécies* de

(*) **Nota do editor:** este artigo foi escrito originariamente em Português

(**) Doutor pela Universidade de Buenos Aires (UBA), diretor da Modalidade Intensiva do Doutorado da Faculdade de Direito, catedrático em História do Direito e professor adjunto de Direito Civil da UBA; colunista do jornal *La prensa* de Buenos Aires e editor da revista eletrônica *Persona*, assessor das câmaras do Congresso Nacional argentino, *E-mail:* <rrabinovich@gmail.com>. Recebido em 30.11.08. Aprovado em 20.1.09

Charles Darwin em 1859, talvez o mais perfeito complemento do modelo gnosiológico formulado por *Auguste Comte* na década de 1830 no seu *Curso de filosofia positiva*, já assombraram o mundo na segunda metade do século XIX. Tanto que, em 1876, apenas cinco anos depois da publicação da *Descendência do homem* de *Darwin* e da 7ª edição do *Gênio hereditário* de *Francis Galton*, pedra basal da eugênica, o psiquiatra italiano *Cesare Lombroso* levou a biologia ao campo jurídico.

Neste novo cenário de ideias, a medicina e a biologia, assim como as disciplinas a elas conexas, viveram horas de uma produção científica sem precedentes. O corpo humano era cada dia menos misterioso, seus processos tornaram-se mais conhecidos. Os raios X, as técnicas de laboratório renovadas, as vacinas, os microscópios, os anestésicos recém-descobertos, os micróbios e a noção de assepsia ... No século XX, os transplantes saíram definitivamente do terreno quase mitológico em que tinham estado desde aquela bela história dos santos Cosme e Damião implantando uma perna negra em um sacristão branco. E apareceu a genética.

Ignorados por decênios, os trabalhos do monge *Gregor Mendel* saíram à luz junto com a nova centúria. Ao furor pela ciência da herança que geraram, prontamente miscigenada com as ideias eugênicas e o neodarwinismo, somou-se o crescente interesse pelo estudo da gênese do ser humano. Como é sabido, em 1932, meses antes da chegada de Hitler ao governo com uma proposta essencialmente biologista, o inglês *Aldous Huxley* deu à luz seu romance *Brave new world*. Nele, pela primeira vez, se tratava da possibilidade da geração extra-útero do ser humano e de sua determinação genética, tudo isso magistralmente vinculado com o controle social e a total coisificação dos seres humanos.

Um contexto assim, mesmo depois do colapso do regime nazista e da exposição pública dos horrores ao que levaria uma ciência biomédica sem qualquer limite ético (particularmente no Processo de Nuremberg), impôs uma nova visão jurídica e até uma linguagem inesperada. Houve necessidade de adjetivar palavras antes nunca adjetivadas. A morte passou a ser “cerebral” ou “cardiorrespiratória”. A mãe, “biológica”, “portadora”, “genética”... A fecundação “*in vitro*”, intra-uterina, assistida. E o embrião humano de só horas de vida, até então uma mera imagem acadêmica, passou a ganhar entidade concreta, corpo, imagem, existência física.

A conjugação de gametas em laboratório abriu as possibilidades de ter embriões que, por uma ou outra razão, não estiveram destinados a serem implantados. Pelo menos, não de um modo imediato. Geralmente, ao menos nos primórdios, tratava-se dos embriões que excediam o número recomendado pela boa técnica. Fertilizavam-se uns oito ou dez óvulos, mas só eram colocados no corpo feminino três. Especialmente, com a aparição da possibilidade de congelar os não implantados. Mas não se tardou em ver que essa preservação era amiúde eterna. Os genitores rara vez voltavam para

pedir o descongelamento dos embriões e sua implantação numa nova tentativa. Ao contrário: os anos passavam, e iam desentendendo-se deles, esquecendo-os. Aliás, nos casos em que antes da implantação inicial era feita uma seleção dos “melhores” embriões, os descartados eram, por definição, “de segunda”. E esse fator sem dúvida incidia nos pais na hora de resolver se descongelá-los ou não.

O vertiginoso crescimento dos depósitos de embriões crio-preservados nos países líderes no campo da fecundação *in vitro* e a presença de situações em que houve o descarte de embriões devido à detecção de graves anomalias ou patologias, levou a uma pergunta nova. Seria lícito o uso de tais embriões, especialmente aqueles cujos defeitos os tornavam “inviáveis” (ou seja, ineptos para a gestação) e aqueles outros deixados preservados por um largo período por seus genitores? O emprego industrial deles gerou majoritário repúdio. Mas não o destino científico, como sujeitos de experimentação. E menos ainda, quando tal possibilidade apareceu, a alternativa do uso destes embriões como fonte de material biológico sanitário, medicinal, em benefício de pessoas gravemente doentes.

O exemplo mais paradigmático de tal situação são as chamadas células-tronco, ou progenitoras, ou células-mãe, entre outras denominações. Estas células possuem a qualidade de que delas podem se desenvolver todas as outras células que integram o organismo adulto. São, portanto, ideais para serem usadas com finalidade terapêutica. Acham-se no ser humano ao longo de toda sua vida. Porém, fez-se na década última, muito assunto na Europa e na América do Norte com a possibilidade de empregar as células-tronco fornecidas pelos embriões não implantados: os rejeitados por razões físicas, ou os crio-preservados e deixados por seus genitores.

Há, contudo, um problema grave. Porque a extração de células-mãe de um indivíduo já nascido, normalmente não lhe gera problema. Porém, o uso da célula-tronco embrionária implica a morte do embrião. Além da classificação técnico-jurídica de cada ordenamento, seja o embrião expressamente pessoa (como na Argentina) ou sujeito de direitos (como no Peru) ou algo indefinido (como na Itália), o fundamental é que ninguém poderia discutir sua humanidade. Que não é um ente humano adulto, ou completamente desenvolvido, é óbvio. Por isso, é que ele é um embrião. Mas um embrião da espécie humana, ou seja, para o estágio embrionário, um ser humano.

Agora bem, sucede que a teoria dos direitos humanos, segundo sua construção clássica, parte do princípio de que tais prerrogativas são patrimônio de cada um dos membros da nossa espécie. Por definição, a teoria inteira cairia se um ser humano, só um, estivesse privado da titularidade desses direitos. E dentre tais faculdades, a primeira e fundamental parece ser a que protege a vida. Então, se houvesse seres humanos sem direito à vida, sem a prerrogativa de viver, isso seria demolidor, terminal, para a estrutura toda dos direitos humanos. Estes perderiam força argumental, credibilidade, respeito.

Do mesmo jeito que o amor de um casal se põe à prova quando falta o pão na mesa, ou chegam as enfermidades sérias, ou morre um filho, e não nas épocas de vacas gordas e sorrisos, a construção teórica dos direitos humanos visa as situações de crise. O fato dos Estados Unidos não terem conseguido manter o respeito de tais garantias depois de 11 de setembro de 2001, por exemplo, mostra até que ponto tal consideração era falaz na cultura ianque. A teoria dos direitos humanos não se ergue para tempos de paz, prosperidade e segurança, senão para as horas escuras.

Assim, não adianta proteger o embrião humano quando ele não apresenta nenhuma potencialidade benéfica morto. A graça está em ver se seguimos amparando-o sabendo (ou acreditando) que dos seus restos podemos obter benefício. Mesmo se tal proveito apresenta-se caritativo e doce: salvar outras vidas. Eu não preciso de dois rins. Tenho um a mais. Há milhares de pessoas esperando um rim. Mas ainda não há nenhum país que, oficialmente, tenha chegado ao extremo de obrigar as pessoas com dois rins sadios a doar um deles, mesmo que, no entanto, multidões morram por insuficiência renal. Porque se entende que há um limite, uma barreira invisível, que diz: isso não se pode fazer, embora pudesse ter sido linda coisa do ponto de vista dos pacientes que esperam os órgãos. Preferimos ver essas pessoas sofrer e falecer, antes do que operar pela força aos sãos e quitar-lhes um rim.

Agora, por que temos tudo isso tão claro quando se trata de uma pessoa adulta, ou ao menos já nascida, e em troca nos resulta tão diferente a consideração quando de um embrião se fala? Por que a mim nem um rim e a ele, a vida toda? A “dignidade humana” adquire-se a uma idade determinada ou com o parto? Não a tem o embrião? Por quê? Por ser tão pequeno? Por não ter ainda um cérebro? Matar embriões humanos não é importante? É menos grave que matar animais em risco de extinção, como o delfim do Amazonas?

Essas perguntas, e outras a elas relacionadas, são as que levaram o tema aos âmbitos de debate da bioética e do direito biomédico nos cinco continentes. A sanção de leis sobre a experimentação com células-tronco embrionárias em vários estados, especialmente na Europa, incentivou as discussões e levou o assunto aos tribunais com pedidos de declaração de inconstitucionalidade. A sombra de interesses econômicos poderosos, hoje ubíquos quando de remédios para doenças graves se trata, complicou as coisas, trazendo dúvidas acerca das verdadeiras intenções de muitos. É assim que se geram decisórios como este.

II. O VOTO

1. Sobre os juízes nestes casos

Segundo me foi solicitado, hei de me ocupar agora do voto do senhor Ministro Gilmar Mendes, Presidente da Corte e, portanto, último a manifestar

opinião. Em suas palavras, o tema “da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias” é “delicado”, e “é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana”. A decisão requer, pois, um “austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito”.

Três são os conceitos, assim, que aparecem no pensamento do Ministro, vinculados em forma solar ao assunto: vida, dignidade humana (ambos como “valores fundamentais”) e “direitos fundamentais”. E destaca as características éticas e morais do tema, assim como a sua projeção social. Porém, ato contínuo ele salienta a necessidade de que o alto Tribunal não “tergiverse” ao tratar “assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência”. Seriam tais “o aborto, a eutanásia e a utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia”. Eles “transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos”.

Porém, o magistrado justamente confia, e o expressa em forma ardente, na idoneidade das “Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias”. Ele evoca a decisão dada pela Suprema Corte norte-americana em *Roe vs. Wade* (1973) e as sentenças do Tribunal Constitucional alemão sobre aborto (o primeiro exemplo talvez não seja muito feliz, por ter-se tratado de um decisório gerador de debates e conflitos sociais como poucos)⁽¹⁾. Com frase de *Dworkin*, o Ministro contesta a ideia de que seja ruim que os “juizes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, dêem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas”. Quase parece ingressar o argumento em curioso litígio entre os poderes legislativo e judicial, acerca de qual deles “melhor decide” nestes temas em prol da “maior legitimidade democrática”.

Em realidade, a discussão, assim formulada, parece desnecessária. Os juizes devem dizer da constitucionalidade das leis porque tal função lhes corresponde dentro da estrutura do governo. Se isso é bom ou não, traz debate tão longínquo quanto inútil, desde que impossível de verificação empírica geral e apenas suscetível de análise histórica *ex post*, válida somente para a realidade social estudada. Por exemplo, o papel da Corte ianque, num sistema altamente judicial, onde o precedente, por herança da tradição inglesa, possui uma importância em nada compartilhada com a que ocorre nos países do bloco romano-germânico, faz com que a experiência do país do Norte seja de escassa utilidade para os latino-americanos.

(1) Veja-se, por exemplo: TRIBE, Laurence H. *Abortion: the clash of absolutes*. New York: Norton, 1990. *passim*. Sobre os aspectos problemáticos sociais na elaboração dos votos, ver: WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *The brethren*. Inside the Supreme Court. New York: Avon, 1981. p. 271 ss.

Aliás, o fato de estarem os juízes “influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas” é natural, desde que eles são entes humanos e como tais suas circunstâncias lhes integram, fazem parte deles, gostem ou não gostem. Agora, isso não é peculiar dos magistrados. Também acontece com os legisladores e com os chefes do Poder Executivo. Por isso, quando se escolhe um julgador, essas características devem sim ser consideradas. Fazer-lho não é, como às vezes se pensa, discriminatório. Um juiz pode propor-se agir além das suas crenças, da sua história pessoal, da sua classe socioeconômica, da cor da sua pele. Mas ele não poderia nunca deixar de ser ele mesmo e esse *ele-mesmo* se constrói desde aquelas suas circunstâncias. Se eu nasci num lar judeu, cresci na favela ou me perdi de meus pais quando menino, ou ainda, se estou confinado numa cadeira de rodas, eu não posso realmente agir como se tais fatores não existissem ou não tivessem existido. Às vezes, esse intento gera uma conduta forçada, muito mais prejudicial que a que houvesse existido sem o vão desejo de ser quem não sou ou não ser quem sou.

Se isso acontece sem remédio com as características sobre as quais não pesou minha vontade (meus defeitos físicos, meu nível intelectual, a etnia dos meus ancestrais, as doenças que eu tive), conquanto maior razão vai suceder com aqueles fatores em que interveio minha própria decisão! Caracteristicamente, minhas ideias em temas bases. A religião, a política. Se eu escolhi ser comunista, é porque eu acreditei que as propostas de *Karl Marx* eram boas. Então, é lógico pensar que essa minha adoção de tais crenças não vai se limitar a um campinho da minha vida, senão que procurarei ser coerente e levá-las para todos os meus horizontes. Que pensaríamos nós de um juiz que fosse abertamente socialista em seus livros, aulas e reuniões do clube, mas na hora dos seus decisórios se mostrasse ferrenho defensor do capital?

Então, não dá para enganar-se. Se o caso apresenta arestas religiosas importantes, o juiz vai atuar segundo suas convicções religiosas. E como a maioria dos credos comporta ademais sistemas morais e axiológicos, que se pretendem coerentes com aqueles, esses sistemas também vão incidir na hora de resolver. Não há jeito para evitar isso e também não é tão grave. É só questão de não mentirmos para nós mesmos, de não nos auto-hipnotizarmos com miragens de imparcialidade objetiva impossível de alcançar.

2. Responsabilidade, efetividade e suficiência

Desenvolve depois o Ministro a tese que vai se constituir em coluna vertebral do seu discurso. A questão concernente à devida conduta do Tribunal diante de casos como este.

Primeiramente, “após muito refletir sobre o assunto”, lança o juiz o que ele denomina “uma constatação básica”. Isto é, que para decidir esta questão “não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica”. Afirmção notável que o magistrado não tarda em explicar. Tais questões “transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais”, segundo o votante, “nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso”. E agrega:

Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular. Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infundável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões.

Agora, não somente isso ocorre para tais questões, como também não há acordo universal acerca do que seja correto em matéria de relações matrimoniais, por exemplo. Sabe-se que os muçulmanos podem se casar ao mesmo tempo com muitas mulheres, que os indígenas andinos casam-se em forma condicional (experimentação), que em certas culturas asiáticas, o marido tem um poder autocrático sobre a esposa etc. E outro tanto acontece com o *status* jurídico da mulher. A religião católica a rechaça no sacerdócio, enquanto os anglicanos levam lustros ordenando mulheres e já têm bispas. No Irã, elas devem sair vestidas de preto e, no Afeganistão, tapadas com *burkas*, coisa que certamente não acontece no Brasil. E o vínculo paterno-filial? Na Austrália, os genitores que gritam forte à criança se arriscam à prisão, enquanto os aborígenes equatorianos reivindicam o direito ancestral de castigar os meninos batendo os pés deles com paus espinhosos e, no Nepal, uma mocinha (a Kumari) é escolhida ainda como encarnação divina e afastada do mundo até a menstruação para morar isolada num palácio. E poderíamos seguir sem limites ...

É ao menos altamente duvidoso que a incerteza de um fator envolvido num julgamento possa basear o rechaço dele na consideração do magistrado. Como vemos, o argumento poderia conduzir a uma astenia judicial, levado ao extremo, pois quase não há campo da realidade sociocultural em que tais obscuridades não ocorram. Aliás, no caso do início da vida humana, pode sim se ver ao longo da história certa relação entre as posturas jurídicas, teológicas e filosóficas e os sempre movimentados ditados das ciências biológicas. Assim, o direito romano amparava o nascituro desde que sua presença fosse reconhecida no ventre materno, com a tecnologia de então (em

caso de dúvida, a mulher seria revisada por três conhecedoras) e lhe reconhecia *status* de pessoa diferente da mãe, sem se esquecer da dependência biológica, que levou até a imagem da sua comparação com um órgão da mulher⁽²⁾.

“Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista [...] que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica”, sustenta o Magistrado. E reafirma essa posição aduzindo que “não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível”. Sim, é verdade mesmo. Mas o amparo jurídico não é igual. Eu não preciso declarar pessoa um quadro de Rembrandt para castigar a quem o queime, mas, fica claro que essa obra de arte, por maravilhosa que possa ser, é sempre uma coisa e nada mais do que isso. Se a protegemos hoje, porém, o fazemos somente em nosso próprio interesse e poderíamos perfeitamente deixar de protegê-la amanhã. E que nossa defesa não surge de reconhecer no objeto em questão uma autonomia, presente ou futura. É muito grave ter que recorrer a amparar como coisa um ente humano, porque o *status* de coisa especial lhe implica maior segurança que o de membro da nossa espécie.

A longa citação de *Habermas* que aporta o juiz em seu sustento, não parece ir ao miolo do assunto. “Algo pode ser considerado como indisponível, ainda que não receba o *status* de um sujeito de direitos”, diz o filósofo germano. Mas a questão profunda está nos motivos de tal *consideração de indisponibilidade*. Em última instância, a pergunta, essa sim milenária, seria: toda proteção jurídica é arbitrária, ou há coisas que *devem* ser amparadas sempre? Porque, se o Ministro agrega que “mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um elemento vital digno de proteção”, a questão não resolvida é: *por que esse é um elemento vital digno de proteção?* Mais ainda: *por que isso resultaria tão óbvio?* Uma barata é, sem dúvida, um “elemento vital”, mas quase ninguém a acha “digno de proteção”... Então, se “esse organismo pré-natal”, como lhe chama o Magistrado, deve ser protegido, parece que isso se deve à sua natureza, e não ao simples fato da ordem caprichosa do legislador.

Como seja, o Ministro entende, com citação de *Jonas*, que “diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever [...] o Estado deve atuar segundo o *princípio responsabilidade*”. Agora, se tal princípio impõe “conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder”, então, com perdão do julgador, precisamos saber se aquele ser é ou não é um “homem”.

(2) Veja-se ao respeito o caso reportado por Ulpiano para a época do governo dos “divinos irmãos” (Marco Aurélio e Lucio Vero), ou seja entre 161 e 168, recopilado no *Digesto de Justiniano* (25,4,1).

Se não o fosse, não teria sentido essa proteção. Pareceria em seguida o magistrado basear-se num argumento de consenso “a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos, que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no *princípio responsabilidade*”. Mais uma vez: e o tal consenso, de onde surge?

Sempre com Jonas, o juiz acha que “a história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico”. Mas o que entendemos por barrar? Uma proibição total para as ciências nunca existiu. Devem os juízes, os legisladores, os pesquisadores, aceitar silentes na mesa o que a ciência traça para jantar? Aliás, é verdade que “toda a humanidade” perdeu? Quando se limitou a proliferação de armas nucleares e as pesquisas em tal sentido (científicas sem dúvida), quem perdeu? Quando em Nuremberg se pôs restrição à experimentação com humanos, quem perdeu? Ademais, não é claro que coisa seja o “progresso científico” (o próprio ministro o chama depois de “utopia”). A descoberta da energia atômica é progresso? Quando usada para dar luz, parece que sim. E quando empregada em bombas? Para os habitantes de Chernobyl, resultou progressista essa energia?

Onde concordamos com o ministro é na referência à ética como ferramenta de trabalho para usar neste dilema. Uma ética que contemple o poder enorme de transformação que a técnica hoje tem. Portanto, o julgador se pergunta se a lei de 2005, reguladora das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias teve “a prudência exigida por um tema ética e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana”. Essa normativa, como se lembra, em artigo inicial estabelece as próprias diretrizes, comprometidas com o avanço científico em biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. Mas, depois, o art. 5º regulamenta a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* “e não utilizados no respectivo procedimento”. Para tanto, esses embriões devem ser “inviáveis”, ou bem, congelados há três anos ou mais. Sempre se requer o consentimento dos genitores e a “apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa” das instituições. A “comercialização do material biológico a que se refere este artigo” é tipificada como crime.

“Causa perplexidade” ao magistrado, e achamos que com razão, que “no Brasil a regulamentação de um tema tão sério, que envolve profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja realizada por um, e apenas um artigo”. E bastante fraco, agregamos. Isso deixou trilha para uma regulamentação aberta, feita pelo Decreto n. 5.591 (22 de novembro de 2005) que, por sua vez, contém outras remissões. De tal debilidade desprende o juiz uma potencial violação ao princípio da proporção-

nalidade. Mas “não como proibição de excesso”, senão “como proibição de proteção deficiente”. Porque, na sua visão, “os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado”. Este deveria, então, “garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros”, passando do papel de adversário que os agride ao de parceiro forte que os ampara. Tal é, com efeito, a noção que se desenvolve ao longo do século XX, coerente com o paradigma do constitucionalismo social.

Agora, o Estado deve “tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais”. Isso, seguindo *Cannaris*, o Ministro o explicita assim: “os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso, mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela.” Baseado na doutrina e jurisprudência alemãs, classifica o dever de proteção em: a) dever de proibição, consistente em proibir determinada conduta; b) dever de segurança, ou de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros; c) dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a adotar “medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico”.

Na Alemanha, destaca o Magistrado, a Corte Constitucional reconheceu “um direito subjetivo à observância do dever de proteção”, enfatizando que a não-observância deste, viola direitos humanos. Assim, o princípio da proporcionalidade pode impor proibições de intervenção tanto quanto imperativos ativos de tutela. O tribunal deve procurar a proteção do direito fundamental “de maneira ótima”. Na decisão sobre aborto de 1993 da referida Corte, que traz o ministro, o miolo é a ideia de *suficiência*. Uma medida estatal insuficiente não alcança uma proteção adequada, efetiva. O legislador determina a proteção eficiente, na esteira constitucional, a “basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis”. A deficiência em cumprir tais tarefas, imporá ao Judiciário o dever de intervir.

3. Argumentos comparativos

Emprega imediatamente o magistrado a metodologia comparativa, conferindo leis “de outros países sobre o mesmo assunto”, visando demonstrar que “a lei brasileira é deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente”. O caminho, de cunho racionalista, tem o problema de assumir cartesianamente a irrelevância das circunstâncias de tempo e espaço e deixar à parte a influência da

cultura (do “espírito” teria dito *Savigny*) própria de cada povo, assim como as diferentes maneiras de produção econômica e cultural. Até onde o fato de que muitos países tenham dedicado leis mais complexas a um tema, habilita a desqualificar a normativa menos longa de outro? Uma mesma questão poderia ver-se otimamente tratada aqui em um artigo e lá, em 45, e mais lá, em 500 ... Aliás, quando usado nos países “emergentes”, se nos sistemas utilizados como exemplo predominam os “desenvolvidos”, o recurso pode adquirir um cheiro de submissão desagradável.

Começa a análise com a normativa da Alemanha, país que protagoniza, por meio das suas leis, decisórios e autores este voto que estudamos (em que inclusive proliferam as palavras na língua de *Goethe*, que nós temos no comentário optado respeitosamente por evitar). O país germânico tem se dado uma legislação longa, medulosa e bastante restritiva nesta matéria, como também em outras concernentes às questões biológicas. Mas, claro, a Alemanha não é o Brasil, nem este carrega nas suas costas a recente história daquela nação europeia. Porque a Alemanha foi, sim, para sua honra, a pátria de *Habermas* e de *Jonas*. Mas também deu berço a *Josef Mengele*, a *Karl Binding*, a *Alfred Hoche* e a outros destacados teóricos e práticos da eugênica em sua pior faceta. Porque a Alemanha não só fez as imortais sinfonias de Beethoven, o teatro de Brecht e as odes de Fichte. Ela fez também Auschwitz, Bergen-Belsen, Treblinka, Birkenau e outras dessas máculas eternas da memória humana. Talvez a Alemanha, país exemplar por sua capacidade autocrítica e de aprender com os próprios erros, saiba que precisa de leis assim explícitas e estritas. Mas disso não se pode deduzir que o Brasil também precise delas.

Cruza o mundo depois o olhar do Magistrado e pousa na Austrália, sem sair do contexto “desenvolvido”. Lá a questão é regulada por uma *ata do Parlamento* de 2002, alterada por outra de 2006. Muito interessantes, mas, não se esqueça que, dentro do sistema de raiz inglês (que com muitas modificações vigora no grande país insular) as *atas do Parlamento* não possuem a força obrigatória que nos Estados da família romano-germânica tem a lei. O Parlamento envia uma mensagem ao juiz, em termos imperativos, sim. Mas o juiz, na hora de decidir, pode também usar o *direito da terra*, o *direito comum* e a *equidade*, que também fazem parte de plexo normativo naquelas nações.

Voltamos para Europa depois, com a França. País também dado a extensas normativas em matérias biológicas. Talvez, só talvez, incida nelas a feia lembrança dos tempos não tão afastados em que, sob o governo títere de Vichy, o Prêmio Nobel de medicina Alexis Carrel, inventor das câmeras de gás, dirigia a política eugênica assassina do regime filo-nazista. Volta eternamente à mente o histórico debate de 1814 entre Thibaut e Savigny ao redor da codificação alemã. Podemos impor a alguns países as leis geradas por outros? São as normas produtos divorciados do contexto sociológico,

órfãos de passado, que podem se passar de nação como um chapéu muda de uma testa para outra? Quiçá, porque da França a resenha chega à Espanha, mesma terra em que a eugênica ativa se apropriou das mentes cultas, desde a esquerda com um *Gregorio Marañón* ou um *Jiménez de Asúa* e, à direita, com um *Vallejo Nágera*, entre outros. Assim que, mais uma vez, são respostas muito alheias.

O único dos cinco países compulsados que apresenta fatores sociológicos, geográficos, históricos e climáticos de certa semelhança com o Brasil é o México. Porém, o sistema normativo desse país americano em matéria de saúde é muito peculiar. A nação asteca deu-se, com efeito, mais de vinte anos atrás, uma famosa Lei Geral de Saúde. Trata-se de corpo normativo grande, por suas proporções e metodologia, um verdadeiro código. Também o tema que nos interessa aparece somente em um artigo.

E aqui termina a apresentação comparativa. Ficamos sem saber se os outros países do Continente (Argentina, Chile, Colômbia, Venezuela, Peru etc.) não foram citados por não terem leis específicas, ou por alguma outra razão. Ficaram fora nações emblemáticas no campo biojurídico, como os Estados Unidos, a Inglaterra ou a Holanda. Faltou o único referente europeu de cultura lusa, Portugal, bem mais vinculado ao Brasil do que a Alemanha. E, curiosamente, não apareceu na lista a Itália, cuja debatida Lei n. 40/2004 acerca da reprodução assistida e o *status* do embrião, é uma das mais interessantes que existem. Esse é o grande problema destas análises comparativas. Sempre há um grau de arbitrariedade, mesmo involuntária, na escolha dos países a serem cotejados. Fraco já de per si como ferramenta científica, este método parece pouco recomendável para sustentar um decisório.

O magistrado, todavia, conclui que “a legislação de outros países é extremamente rigorosa e, portanto, responsável na regulamentação do tema das pesquisas científicas com embriões humanos”. Dali o Ministro considera “impossível negar a deficiência da lei brasileira na regulamentação desse tema”. Com enorme respeito, e pelas razões antes dadas, acreditamos que a conclusão é veloz. Isso, embora compartilhemos o lamento do juiz por não ter a legislação brasileira normas para regular a fecundação *in vitro*; ausência que foi “origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação específica”. E compartilhamos também a crítica à maneira exótica de ter legislado o tema, inserindo-se um artigo “numa lei que trata de tema distinto, o dos Organismos Geneticamente Modificados”.

O fato, no entanto, de que “no direito comparado” (é dizer, em quatro dos cinco países mencionados) o tema seja tratado “por leis específicas, destinadas a regular, em sua inteireza, esse assunto tão complexo” (em realidade, tal é somente o caso da Espanha), não autorizaria para desqualificar o procedimento brasileiro. Parece que as fraquezas do mecanismo e do preceito podiam ver-se sozinhas, sem necessidade de recorrer ao mundo (que também não foi uma viagem tão longa, embora sim distante).

4. As falências da lei brasileira e a atitude do Tribunal

Acha o Ministro que a lei brasileira devia ter instituído um Comitê Central de Ética. Assim, ele aduz, se faz na legislação germânica. Bom seria talvez ter estudado o funcionamento e eficácia desses Comitês nos países que os têm, especialmente nos latino-americanos, de natureza menos teutônica. Talvez essa análise tivesse trazido mais de uma surpresa. Às vezes, esquece-se, ao fazer cotejos normativos e institucionais, um princípio sábio: que não todas as coisas que se criam funcionam, que não todas as que funcionam o fazem bem, e que amiúde instituições geradas com belíssimas finalidades acabam satisfazendo outras não tão lindas (como, por exemplo, fornecimento de posições políticas).

Também destaca o julgador “que a legislação no direito comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma *cláusula de subsidiariedade*, no sentido de permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não se demonstrarem adequados para os mesmos fins”. Além de salientar que a falta de exceção se refere só a cinco países, a observação é lúcida. Não se pode deixar de compartilhar a tristeza do magistrado na carência desse critério na lei brasileira. Com efeito, “as pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços”, e isso “pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos”, debilitando o sentido do debate. Essa falta, segundo acredita o Juiz, “contraria o princípio da proporcionalidade”.

Esses são os argumentos empregados para sustentar a deficiência do artigo. Porém, tal carência não implicaria inconstitucionalidade. Ou, pelo menos, o magistrado acredita inconveniente declará-la. Aliás, ele acha possível “preservar o texto do dispositivo, desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica sentença de perfil aditivo”. Não esquece que “segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites”. Ela somente procede “se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador”.

Difícil não concordar com o Ministro em que amiúde “esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir”. A indeterminação semântica dos textos legais e a atribuição de um significado às palavras alteram “o sentido normativo original determinado pelo legislador”. De fato, isso sempre acontece. Mas, segundo o magistrado acredita, às vezes é preferível correr esse risco antes que declarar (solução mais simples) a inconstitucionalidade. Logicamente, como insinua o juiz quando cita *Joaquín Brage Camazano*, o Tribunal vira assim um colegislador, em forma aberta e declarada, saindo das suas beiras no constitucionalismo clássico. Esta seria, entende o voto, uma “modalidade atípica [ou “técnica inovadora”] de decisão no

controle de constitucionalidade”. Ela derivaria “de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional”. Teria “sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado”, pois “os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas”. Agora, pensamos que isso é bom?

Entre estas técnicas novas, acha o Ministro serem muito utilizadas as de limitação ou restrição de efeitos da decisão, “o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro* a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal”. Tanto que, segundo ele sustenta, de atípicas se converteram já em típicas no controle de constitucionalidade, “de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar”. Assim, o Magistrado saúda o sucesso das “decisões manipulativas de efeitos aditivos”, superantes (“progressivas” ele diz mais adiante) “do dogma kelseniano do legislador negativo” (ao que depois apelida de “veto”). E cita várias decisões do Supremo Tribunal Federal em tal sentido, assim como o beneplácito do constitucionalista português *Blanco de Moraes*. A questão do procedimento diante de crianças que padecem de anencefalia, tão relacionada no fundo com nossa temática, não demora em aparecer. Mais uma vez, “as principais Cortes Constitucionais europeias” são mencionadas como parâmetro.

Assim, “o presente caso oferece uma oportunidade para que o Tribunal avance nesse sentido”, empolga-se o Magistrado. Ele visa, então, interpretar o artigo “em conformidade com o *princípio responsabilidade*, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente”. Portanto, como o preceito violaria “o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente”, por não instituir aquele Comitê, “a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*”, fica condicionada à prévia aprovação e autorização por tal órgão, vinculado ao Ministério da Saúde. O fato de tal órgão simplesmente não existir, é circunstancial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O voto do senhor Ministro Gilmar Mendes, meduloso e interessante, e obviamente imbuído das melhores intenções em defesa da dignidade humana, princípio solar da Constituição Federal de 1988, não nos convence, porém, em seus argumentos.

A análise crítica do artigo em crise, em vez de se centrar nele, prefere recorrer ao cotejo com algumas legislações estrangeiras, a razão de cuja escolha nunca se esclarece. Sua desqualificação deriva de não se adequar aos critérios adotados por países de tradição muito diversa da brasileira, tais

como Alemanha, Austrália, França e Espanha. O fato de não ser tão diferente o tratamento no México, aliás, deixa de ser devidamente considerado.

Com razão imputa o magistrado ao preceito a falta de regulação concreta e profunda de tão importante assunto. Não se pode senão concordar com ele na fraqueza de ter derivado a normativa, de fato, para a Administração. Mas o voto, em vez de apontar para a necessidade de reformular tais premissas (o que se conseguiria pela via da declaração de inconstitucionalidade), somente propõe uma substituição dessa função delegada do Poder Executivo pela de um Comitê de Ética Central, que por certo não existe.

A ideia, finalmente, de que o Supremo Tribunal Federal julgue integrando livremente as leis como colegislador além dos limites e das atribuições de poderes da Constituição, é vista como progressiva e avançada; porém, também pode ser considerada arbitrária e perigosa. Os magistrados, como bem o Ministro Mendes o reconhece, não podem se afastar das suas crenças e ideologias. A restrição dos juízes à função de afirmar a inconstitucionalidade, apelidada pelo voto de “vetusta”, é também muito mais respeitosa do sistema democrático representativo. E não parece que a constituição dos Tribunais em pequenos parlamentos de tipo corporativista (com representação de setores) *ad hoc* seja uma solução tranquilizadora. O juiz não é uma pessoa escolhida pelo povo para legislar. Para isso estão, bons ou ruins, os membros do Congresso. Velozmente se desqualifica aqui a *Kelsen*, como antigo e superado ... Sê-lo-á mesmo?

Veja-se como acaba a história. O sistema normativo brasileiro, assim surgido do parlamento federal que representa o povo da União, é “integrado” em base a preceitos e soluções estrangeiras, provenientes das decisões legislativas das democracias “desenvolvidas”, fundamentalmente europeias, trazidas pelo julgador. Este último se autoconstitui assim em quem sabe mais que o povo, e paternalmente o complementa, em forma aristocrática. Mas, pior ainda, isso ele o faz introduzindo instituições criadas democraticamente por povos alheios, diferentes e afastados, implicitamente tidos por melhores ou mais prudentes.

O que não parece sequer ter-se considerado no voto é que, talvez, só talvez, os legisladores não esqueceram de criar esse Comitê, ou ignoraram tal alternativa, senão que, simplesmente, não desejaram criá-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- TRIBE, Laurence H. *Abortion: the clash of absolutes*. New York: Norton, 1990.
- WOODWARD, Bob; ARMSTRONG, Scott. *The brethren*. Inside the Supreme Court. New York: Avon, 1981.