

EFICÁCIA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O USO DE EMBRIÕES HUMANOS PARA PESQUISA: INCONGRUÊNCIA A INDICAR ALTERAÇÕES*

EFICACIA DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA EN LA ORDEN JURÍDICA BRASILEÑA Y LA DECISIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE EL USO DE EMBRIONES HUMANOS PARA INVESTIGACIÓN: INCONGRUENCIA A INDICAR ALTERACIONES

**Jussara Maria de Leal de Meirelles
Nelson Souza Neto**

RESUMO

O estudo da genética e embriologia humana possibilitou uma descrição minuciosa do desenvolvimento do ser humano, desde a sua concepção. A partir desta descrição diversas teorias foram lançadas, cada qual com seus critérios próprios, para definir o momento do início da vida. O Direito não pôde se manter à parte nesse debate, mas o amparo jurídico ao embrião humano sempre foi matéria controvertida. No Brasil, tanto a Constituição quanto o Código Civil (de 1916 e de 2002) não previram critérios específicos e suficientemente claros sobre a matéria, até que foi editada a Lei nº 11.105/05, a qual permitiu indiscriminadamente a pesquisa com embriões humanos para fins de pesquisa e terapia. Paralelamente, mas na contramão, está o Pacto de São José da Costa Rica, que tutela juridicamente o embrião desde a sua concepção. Todavia, a eficácia dos tratados internacionais na ordem jurídica nacional variou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em meados de 2008, a Corte Constitucional decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 11.105/05. Sobre a eficácia do Pacto de São José da Costa Rica, disse não prevalecer sobre a legislação nacional específica. Contudo, ao final de 2008, o Supremo Tribunal Federal mudou seu entendimento sobre a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos, atribuindo-lhes eficácia supralegal. Em respeito ao dever de coerência imposto pelo ordenamento jurídico, enquanto sistema, há que se debater novamente o conflito entre a Lei nº 11.105/05 e o Pacto de São José da Costa Rica, o qual agora está em um patamar hierárquico superior segundo a nova orientação do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITOS HUMANOS – EMBRIÃO HUMANO – AMPARO JURÍDICO – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA – EFICÁCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

RESUMEN

El estudio de la genética y embriología humana permitió una descripción minuciosa del desarrollo del ser humano, desde su concepción. Partindose de esta descripción

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

diversas teorías fueron lanzadas, cada cuál con sus criterios propios, para definir el momento del inicio de la vida. El Derecho no pudo mantenerse a la parte en ese debate, pero lo amparo jurídico al embrión humano siempre fue materia controvertida. En Brasil, tanto la Constitución cuanto el Código Civil (de 1916 y de 2002) no previeron criterios específicos y suficientemente claros sobre la materia, hasta la edición la Ley nº 11.105/05, la cual permitió indiscriminadamente la investigación con embriones humanos para fines de investigación y terapia. Paralelamente, pero en contra, está el Pacto de San José de Costa Rica, que tutela jurídicamente el embrión desde su concepción. Sin embargo, la eficacia de los tratados internacionales en la orden jurídica nacional varió en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. A mediados de 2008, a Corte Constitucional decidió por la constitucionalidad de la Ley nº 11.105/05. Sobre la eficacia del Pacto de San José de Costa Rica, dije no prevalecer sobre la legislación nacional específica. Pero, al final de 2008, el Supremo Tribunal Federal cambió su comprensión sobre la eficacia de los tratados internacionales de derechos humanos, atribuyéndoles eficacia suprallegal. En respeto al deber de coherencia impuesto por el ordenamiento jurídico, como sistema, hay que debatirse nuevamente el conflicto entre la Ley nº 11.105/05 y el Pacto de San José de Costa Rica, el cual ahora está en un patamar jerárquico superior según la nueva orientación del Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHOS HUMANOS – EMBRIÓN HUMANO – AMPARO JURÍDICO – PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA – EFICACIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – EXAME DE CONSTITUCIONALIDAD

1. Introdução

O estudo da genética humana remonta mais de 150 anos, desde as técnicas de observação microscópica, que se aperfeiçoaram e permitiram em 1827 a descoberta e a visualização dos óvulos. Após, em 1843, observou-se a fusão entre óvulo e espermatozóide e, assim, a união do material genético que define as características próprias de cada embrião. Foi ainda em 1865, após quase 10 anos de pesquisa, que Gregor Mendel publicou sua obra “Ensaio sobre Plantas Híbridas” (*Versuche über Pflanzenhybriden*), através da qual apresentou suas conclusões sobre a hereditariedade.

A partir destas conquistas tecnológicas e do conhecimento desenvolvido pelas ciências médica e biológica, foi possível identificar todas as fases do processo de embriológico humano, desde o momento da concepção até o nascimento.

A cada estágio e a cada elemento do embrião humano foram atribuídos nomes, a fim de se compartimentar o estudo segundo exige o método “científico” ([1]). Esse estudo setorizado do processo evolutivo do embrião humano autorizou decisões metodológicas variadas – que são naturalmente arbitrárias ([2]) – sobre o momento do surgimento da vida, como o fez, por exemplo, o Relatório *Warnock*.

Este problema se torna ainda mais grave quando o Direito é chamado a dar efetivo amparo jurídico aos embriões humanos. Como se verá, não obstante a confusa e desconexa legislação infraconstitucional sobre o tema há o problema da sua interpretação pelo Supremo Tribunal Federal à luz dos princípios Constitucionais. Além disso, há também o debate sobre a sua interpretação à luz dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Exemplo prático desta problemática, que em algum momento terá o Supremo Tribunal Federal que resolver, é a recente orientação jurisprudencial desta Corte sobre a recepção dos tratados internacionais, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica, como leis infraconstitucionais, mas “supralegais”, isto é, com status superior às leis ordinárias. É que este Pacto, firmado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, previa o direito à vida *desde o momento da concepção*, mas por outro lado a Lei nº 11.105/05, chamada Lei de Biossegurança, passou a autorizar a pesquisa e a terapia com embriões humanos, inclusive o seu descarte.

À época do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 3.510, que visava à declarar a inconstitucionalidade dessa lei, o Supremo Tribunal Federal adotava a tese de que os tratados internacionais tinham força de lei ordinária, por isso não haveria que se falar em conflito normativo com o Pacto de São José da Costa Rica. Todavia, ao final de 2008, o mesmo STF mudou sua orientação, em um julgamento sobre prisão civil por dívidas, e decidiu que os tratados internacionais de direitos humanos têm natureza “supralegal”.

Diante da novel orientação jurisprudencial da nossa Corte Constitucional, há, necessariamente, que ser revista a decisão proferida na ADIN nº 3.510.

2. Breve relato da descrição médico-biológica da formação do embrião humano e das teorias sobre a origem da vida

2.1. Ainda que sumariamente, é preciso que se conheça a descrição dada pela medicina e pela biologia ao processo de formação do embrião humano, bem como das teorias existentes sobre o início da vida.

Pois bem. O processo se inicia com a *fertilização*, isto é, com a união das células germinativas masculina e feminina. Com a fertilização se dá a fusão dos núcleos dessas células e com isso a fusão do modelo genético que cada qual contém. Dessa união surge o *zigoto*, que é a primeira célula humana. Segundo SGRECIA (1996), o zigoto é uma nova entidade-biológica “que carrega em si um novo projeto-programa individualizado, uma nova vida individual” ([3]). O zigoto já contém a carga genética própria e única da pessoa que virá a se desenvolver. Todas as suas características já estão inscritas no modelo genético único presente nesta célula.

O processo continua pela *clivagem*, em que sucessivas divisões celulares ocorrem (mitose do zigoto). Cada uma destas células se atribui o nome de *blastômeros* e ao conjunto delas, *mórula*. Os blastômeros são células embrionárias que podem formar um novo embrião – idêntico ao que está em desenvolvimento. Tudo isto se dá nos primeiros quatro dias, desde a concepção. Nos dias que se seguem a mórula se encaminha para o útero materno, através da tuba uterina, e se instala na parede do útero. Este último processo se chama de *nidação*; é quando se iniciam as interações do embrião com o organismo materno. Após o 14º dia, com a formação da parede do endométrio, não é mais possível a intervenção humana nas células embrionárias, como fissões gemelares ou hibridações ([4]). Esse limite de 14 dias é conhecido como “a cifra de ouro da embriologia humana” ([5]), pois é considerado pela ciência como o fim da implantação do embrião humano no ventre materno. Por volta do 18º dia, começa a se desenvolver a

placa neural, que dará origem ao sistema nervoso central e periférico. A partir da oitava semana as estruturas vitais principais começam a se desenvolver.

A ciência da embriologia humana divide metodologicamente todo esse processo em duas fases principais: o *período pré-embriônico*, que vai desde a fertilização até o final da terceira semana; o *período embriônico*, que se inicia na quarta semana e vai até a oitava semana ([6]). Da oitava semana em diante se atribui o nome de *período fetal*, que finaliza com o nascimento, mas já não é mais objeto de estudo da embriologia humana.

2.2. A partir dessa setorização e compartimentação metodológica do processo evolutivo do embrião humano, inúmeras teorias surgiram para resolver o “problema” do momento da origem da vida humana.

Uma das primeiras e mais importantes manifestações científicas a esse respeito é o chamado *Informe WARNOCK*, produto de uma reunião da Comissão de Pesquisa sobre Fertilização Humana e Embriologia, em 1984, na Inglaterra, sob a liderança de Mary Warnock. Este documento recomenda, em seu item 12, que:

“12 – No live human embryo derived from *in vitro* fertilization, whether frozen or unfrozen, may be kept alive, if not transferred to a woman beyond fourteen days after fertilization, nor may it be used as a research subject beyond fourteen days after fertilization. This fourteen day period does not include any time during which the embryo may have been frozen”

Na verdade, ao proibir a utilização de embriões humanos após o 14º dia da fertilização, para pesquisa ou para reprodução, este Relatório criou de forma reflexa a permissão para a sua utilização anteriormente ao 14º dia. Antes desse limite os embriões humanos passaram a ser considerados como pré-embriões, enquanto que somente após esse limite eram tidos propriamente como embriões. Fez-se um corte metodológico arbitrário no processo de evolução do embrião para legitimar a experimentação científica com embriões humanos ([7]).

Esta é uma das teorias genético-desenvolvimentistas, que consideram que a origem da vida se dá em fases diversas posteriores à fertilização, aqui, no caso, após o 14º dia. Outras consideram que o início da vida ocorre com a nidação, ou com a formação da linha primitiva, ou com o surgimento da placa neural etc.

Em contraposição à teoria genético-desenvolvimentista e suas variáveis, há a teoria concepcionista, a qual considera que desde a fertilização, ou concepção, já se dá início à vida humana. Para outros autores, somente existe vida humana a partir da configuração dos órgãos principais do embrião humano (*teoria da configuração dos órgãos*), ou a partir da viabilidade do ser humano fora do útero, isto é, com o nascimento (*teoria da viabilidade*) ([8]).

O fato é que as ciências médicas e biológicas criaram critérios próprios para se determinar o momento da origem da vida. Por consequência, criaram possibilidades e autorizações diversas para a utilização de embriões humanos em pesquisas terapêuticas e na reprodução assistida.

Cabe, agora, investigar qual o critério que o Direito absorveu como sendo o legítimo para disciplinar o uso de embriões humanos.

3. O amparo jurídico ao embrião humano no Brasil: Constituição, Código Civil, Pacto de São José da Costa Rica e a Lei nº 11.105/2005

3.1. A começar pela Constituição Federal, não há um critério claro para definir quando se dá o início da vida dos seres humanos. Apesar de trazer muitas vezes descrição minuciosa e desnecessária em determinadas matérias[9], nesse ponto restou silente. Mas acredita-se que não seria mesmo necessária a previsão de tal critério no Texto Constitucional, pois, como diz HESSE, “Abstraídas as disposições de índole técnico-organizatória, ela deve limitar-se, se possível, ao estabelecimento de alguns *poucos princípios fundamentais*, cujo conteúdo específico, ainda que apresente características novas em virtude das céleres mudanças na realidade sócio-política, mostre-se em condições de ser desenvolvido”. Isto porque, continua o autor, “A ‘constitucionalização’ de interesses momentâneos ou particulares exige, em contrapartida, uma constante revisão constitucional, com a inevitável desvalorização da força normativa da Constituição [*Die Normative Kraft der Verfassung*]” [10].

Precisamente o desenvolvimento deste critério será ditado pela realidade social de cada tempo, o que se refletirá juridicamente nas construções doutrinárias e jurisprudenciais a partir da interpretação dos princípios constitucionais, como por exemplo os que prescrevem a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a inviolabilidade do direito à vida, a igualdade sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, *caput*, e parágrafos 1º e 2º), ou ainda a garantia a um meio ambiente equilibrado para as gerações futuras através da preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético do País (art. 225, parágrafo 1º, incisos II e V)[11].

Portanto, já na Constituição há como se determinar o alcance do amparo jurídico dispensado aos embriões humanos, ainda que isto demande uma interpretação.

3.2. Partindo-se para a análise da legislação infraconstitucional, o primeiro marco legislativo sobre o assunto era o antigo Código Civil de 1916, cujo artigo 4º prescrevia que “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Redação quase igual foi adotada pelo novel Código Civil de 2002, apenas com a substituição da palavra “homem” por “pessoa”: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A redação de ambos os Códigos Civis suscitou inúmeras dúvidas na doutrina, uma vez que os embriões humanos não podem ser enquadrados na categoria clássica do Direito Privado de nascituro. Sobre o tema bem coloca a questão MEIRELLES[12]:

“O Código Civil Brasileiro dedica normas específicas às pessoas naturais, ao nascituro e à prole eventual. Mantêm-se, dessa maneira, as categorias ideologizadas do sistema clássico em um distanciamento entre si necessário, à medida que a personalidade jurídica só é adquirida a partir do nascimento com vida (art. 4º). Logo, o embrião *in vitro*, por não apresentar as características necessárias à subjetividade jurídica

desenhada pelo modelo clássico, mostra-se, de certa maneira, estranho à ordem estabelecida, porquanto inexata sua adequação a qualquer das categorias examinadas”.
(...)

Eles [os embriões humanos] não são pessoas naturais, porque ainda não nasceram com vida; não são nascituros, porque não se encontram *in útero*; e, como prole eventual, também não se caracterizam, eis que já concebidos, já existentes, o que parece afastar a eventualidade pretendida pelo legislador.

De fato, o Código Civil, seja o de 1916 ou o de 2002, não forneceu claramente um critério para definir a abrangência do amparo jurídico que deve ser dispensado aos embriões humanos. Percebe-se que a preocupação do Direito Privado está ligada apenas à existência de personalidade jurídica e ao exercício de direitos civis, concepção este que se mostra insuficiente para o debate em questão.

3.3. Ainda em 1969 o Brasil participou da Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José de Costa Rica, quando assinou um tratado internacional que recebeu o nome da cidade. A ratificação somente veio em 1992, através do Decreto nº 678/92, no entanto, foram recebidas todas as cláusulas constantes no texto e assim a elas aderiu integralmente o governo brasileiro.

O chamado Pacto de São José de Costa Rica prevê o respeito a diversos direitos fundamentais dos seres humanos, dentre os quais o direito à vida. Aqui, de forma clara, o texto prevê que a proteção jurídica da vida se dá desde o momento da concepção:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção**. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Este tratado internacional, como qualquer outro, não é mera carta de recomendações, mas uma norma internacional cogente que cria deveres rígidos ao Estado brasileiro, inclusive no tocante ao exercício legislativo interno do País. Todos os Estados se obrigaram não só a respeitar os direitos e liberdades descritos no Pacto, mas também a adotar as disposições legais internas que fossem necessárias para torná-los efetivos. Tal prescrição vem bem posta já nos seus primeiros artigos:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

O Pacto firmado em São José de Costa Rica prevê também critérios hermenêuticos que devem orientar a interpretação do seu texto pelos países signatários. Não se pode interpretá-lo, por exemplo, de forma a “permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista” ou então “Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados” (artigo 29).

Portanto, ao firmarem e ratificarem o Pacto de São José de Costa Rica os países signatários todos se comprometeram seriamente com os direitos e liberdades previstos, mas também com as suas normas cogentes.

É evidente que em 1969 não se falavam em pesquisas e terapias com células-tronco embrionárias, e as disposições sobre o direito à vida, desde a concepção, tinha outros pressupostos. Com o desenvolvimento da tecnologia e o surgimento das primeiras pesquisas, o Pacto passou a ser tido como inaplicável por aqueles que defendiam a liberalização da utilização de embriões humanos. Assim, apesar de existir norma internacional clara e vigente no direito interno, a “dúvida” subsistia.

3.4. Muitos anos depois, em 2005, o legislador infraconstitucional tentou dar uma resposta a essa aparente[13] indefinição, através da promulgação da Lei nº 11.105. Contudo, a técnica legislativa utilizada foi a pior possível e os cuidados imprescindíveis que deveriam ser observados ao se disciplinar matéria tão sensível foram totalmente olvidados. É que a Lei nº 11.105/05, criada para disciplinar as normas de segurança e fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM pretendeu também disciplinar, **em apenas um único dispositivo**, o artigo 5º, a utilização de células embrionárias em pesquisas terapêuticas e em reprodução humana. Não obstante ser absoluta a incompatibilidade entre os temas (pesquisas com OGMs e com células humanas embrionárias), o legislador os tratou como sendo iguais. A imprecisão do texto legal se vê no seu primeiro artigo, que sequer menciona as células embrionárias como objeto de regulação da Lei, mas apenas se refere a “organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados”[14]. A se considerar a literalidade desde dispositivo, o legislador teria equiparado os embriões humanos aos organismos geneticamente modificados. Não é essa a interpretação que se dá aqui neste estudo, mas é este um exemplo claro da dificuldade criada pelo próprio legislador para solucionar um problema que já é de difícil solução.

De toda a sorte, assim prevê a Lei nº 11.105/05 em seu único artigo sobre a utilização de células humanas embrionárias em pesquisas:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Assim, liberou-se a utilização dessas células “para fins de pesquisa e terapia” e desde que se tratem de “embriões inviáveis” – cuja definição não é dada pela lei^[15] – ou que estejam congelados há três anos ou mais. Não parece ter o legislador nacional adotado nenhuma teoria específica sobre a origem da vida, já que a autorização vale para todos os embriões humanos, sem limitação quanto ao estágio evolutivo em que se encontrem. Percebe-se, pois, que a técnica legislativa foi infeliz não só formalmente, mas também materialmente, uma vez que autoriza a pesquisa com células em qualquer estágio de evolução.

3.5. Imediatamente à promulgação desta lei, chamada Lei de Biossegurança, surgiram inúmeras antinomias jurídicas que precisavam ser resolvidas. A primeira delas dava-se entre o dispositivo legal que permitiu o uso de células-tronco embrionárias e os princípios insculpidos na Constituição Federal, notadamente o princípio do direito à inviolabilidade do direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Outra antinomia jurídica apontada foi a incompatibilidade da lei com a previsão do Código Civil (art. 2º) que diz assegurar os direitos do nascituro “desde a concepção”. Por fim, levantou-se a questão sobre o conflito normativo entre a Lei nº 11.105/05 e o Pacto de São José de Costa Rica.

Estas questões todas foram levadas ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº 3.510. Como expressamente dizia a exordial do Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, “A tese central desta petição afirma que **a vida humana** acontece **na, e a partir da, fecundação**”. Com fundamento em estudos de cientistas e professores das áreas médica e biológica, pretendeu a ADIN demonstrar que pesquisas e terapias realizadas com células-tronco adultas, e não com células-tronco embrionárias, são mais promissoras, porque obtidas a

partir de órgãos do próprio corpo do paciente, eliminando o risco de rejeição e de multiplicação celular descontrolada, como geralmente ocorre quando se utilizam células-tronco embrionárias. Requereu-se, assim, a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/05 em face dos princípios constitucionais insculpidos nos artigos 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), e 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à vida).

Entretanto, após realizadas várias audiências públicas e ouvidos diversos grupos da sociedade interessados na discussão (cientistas, religiosos, pacientes etc.), o STF julgou improcedente à unanimidade a ADIN nº 3.510, sendo que cinco Ministros impuseram “restrições” ao texto legal, como a submissão das pesquisas a Comitês de Ética que deverão ser criados especificamente para este fim[16].

Nenhum dos Ministros abordou diretamente o conflito normativo existente entre o Pacto de São José de Costa Rica e a Lei nº 11.105/05, talvez porque não tenha ele sido invocado nas razões da ADIN pelo Procurador Geral da República, mas apenas em uma das audiências públicas[17].

4. A eficácia dos tratados internacionais na ordem jurídica brasileira – histórico, doutrina e jurisprudência

Antes de tratar sobre a aplicabilidade ou não do Pacto de São José de Costa Rica ao caso concreto ora em estudo, há que serem resgatadas na história jurídica nacional as posições da doutrina e da jurisprudência sobre a recepção dos tratados internacionais pelo ordenamento jurídico nacional.

A Constituição de 1988 inovou ao incorporar, além daqueles direitos e garantias expressos em seu texto e de outros, implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela, também os direitos e garantias previstos por tratados internacionais assinados pelo Estado brasileiro. É o que diz o § 2º do artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tal previsão não existia na Carta de 1967, cuja redação era a seguinte: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

Esta inovação foi interpretada por parte da doutrina como a incorporação ao texto constitucional das normas dos tratados internacionais relativamente à proteção a direitos e garantias individuais e sociais. Outra interpretação não poderia subsistir, principalmente em face de uma análise histórica, teleológica e sistemática do texto constitucional.

Sobre isso bem disse CANÇADO TRINDADE[18]: “Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é

parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias”. E ressalta o autor: “É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”.

Sob outra ótica, diz PIOVESAN[19] a respeito do conteúdo do art. 5º, parágrafo 2º: “(...) senão se tratasse de matéria constitucional ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes oferece o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e completam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional”.

Lembra-nos também HESSE[20], que a interpretação é decisiva para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. Essa interpretação constitucional está vinculada ao *Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*, isto é, ao dever (comando) de realização otimizada da norma, de concretização mais perfeita quanto possível do *Sinn* (sentido, finalidade) da norma.

Portanto, a partir da norma insculpida no § 2º do artigo 5º do texto constitucional, a interpretação mais otimizada que se pode dar ao comando normativo, e também segundo os critérios histórico, teleológico e sistemático, é a de que o legislador constituinte investiu os tratados internacionais firmados pelo Brasil, especialmente os de direitos humanos, como normas de hierarquia constitucional.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967 a doutrina majoritária já defendia o *status* constitucional dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Isto porque, apesar de silente quanto aos tratados internacionais, o Texto já previa o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por si só, já exige a máxima efetividade dos direitos e garantias constitucionais. No mesmo sentido caminhava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[21].

De qualquer forma, há que se lembrar que existem outras correntes doutrinárias sobre o assunto. Podemos sintetizá-las todas em quatro grupos principais: i) a primeira delas atribui aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos um caráter superior à própria Constituição, isto é, possuem natureza *supraconstitucional* ii) depois, aquela corrente de que se tratou acima, confere caráter *constitucional* aos tratados internacionais de direitos humanos; iii) há também a corrente que considera serem as normas internacionais sobre direitos humanos hierarquicamente inferiores à Constituição, mas superiores à legislação infraconstitucional, ou seja, atribui-lhes natureza *supralegal*; iv) por fim, aquela corrente que coloca em grau de *paridade* os tratados internacionais e as *leis ordinárias* federais.

Foi precisamente esta última corrente doutrinária que, em 1977, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004, acabou por adotar o Supremo Tribunal Federal. Através de uma interpretação do art. 119, III, “a” daquela Constituição – que atribuía competência ao STF para julgar recurso extraordinário quando a decisão recorrida negar

vigência a tratado ou lei federal – parte da doutrina entendeu que haveria uma equivalência hierárquica entre os tratados internacionais e as leis federais ordinárias. Portanto, se uma lei viesse a regular uma matéria qualquer anteriormente disciplinada por um tratado internacional, aplicar-se-ia o critério de solução de antinomias do *lex posteriori derogat priori*.

Esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 perdurou por mais de três décadas, até 2008, como se verá no próximo item.

A mais abalizada doutrina declarou que a decisão da Corte de 1977 provocou um retrocesso jurídico, especialmente no tocante à proteção dos direitos humanos. ALBUQUERQUE MELLO[22] apontou outro vício na decisão do Supremo: “A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n. 80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente”.

Para PIOVESAN[23] a posição do STF enseja um aspecto crítico “que é a sua indiferença às conseqüências do tratado no plano internacional, na medida em que autoriza o Estado-parte a violar dispositivos da ordem internacional – os quais se comprometeu a cumprir de boa-fé. Esta posição afronta, ademais, o disposto pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que determina não poder o Estado-parte invocar posteriormente disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”. Além disso, ressalta que “(...) em face do regime de direito internacional, apenas o ato da denúncia implica na retirada do Estado de determinado tratado internacional. Assim, na hipótese de inexistência do ato da denúncia, persiste a responsabilidade do Estado na ordem internacional”.

Para melhor definir a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais recepcionados pelo ordenamento jurídico nacional, é importante citar o julgamento do Habeas Corpus nº 72.131, julgado em 1995, impetrado por um paciente que teve a sua prisão decretada por infidelidade em relação a um contrato de alienação fiduciária, sob o fundamento de que o Pacto de São José da Costa Rica teria vedado todo tipo de prisão civil por dívida. A menção a este precedente é também relevante para o item subsequente, onde se demonstrará a reviravolta que sofreu a jurisprudência do STF sobre a matéria.

O Habeas Corpus nº 72.131, apesar de ter voto favorável do Relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, e dos Ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, foi julgado improcedente. Para evidenciar as posições conflitantes dos membros da Corte, veja-se o que defendia o Ministro Marco Aurélio[24]:

Ainda que se pudessem colocar em plano secundário os limites constitucionais, a afastarem, a mais não poder, a possibilidade de subsistir a garantia da satisfação do débito como meio coercitivo, no caso de alienação fiduciária, que é a prisão, tem-se que essa, no que decorre não da Carta Política da República, que para mim não a prevê, mas do Decreto-lei nº 911/69, **já não subsiste na ordem jurídica em vigor, porquanto o Brasil, mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, aderiu à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, ao chamado Pacto de São José da Costa Rica,**

de 22 de novembro de 1969. É certo que somente o fez após cerca de vinte e dois anos após a formalização. Entrementes, a adoção mostrou-se linear, consignando o artigo primeiro do Decreto mediante o qual promulgou a citada Convenção que a mesma há de ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Já a posição da divergência, que restou vitoriosa, foi bem representada pelo voto do Ministro Celso de Mello, que assim asseverou^[25]:

É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, **no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas**, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 58/70 -RTJ 83/809) e acentua o magistério da doutrina (JOSÉ ALFREDO BORGES, in Revista de Direito Tributário, vol. 27/28, p. 170-173; FRANCISCO CAMPOS, in RDA 47/452; ANTÔNIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, "Da Lei Tributária no Tempo", p. 41, 1968; GERALDO ATALIBA, "Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário", p. 110, 1969, RT; IRINEU STRENGER, "Curso de Direito Internacional Privado", p. 108/112, 1978, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK, "Direito dos Tratados", p. 470;475, itens 393-395, 1984, Forense, v.g.).

Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, **qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno**, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. (...)

A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada expressamente pela própria Constituição da República.

Portanto, o que se verifica, seja no voto vencido do Ministro Marco Aurélio ou do Ministro Celso de Mello é que existe um grau de paridade entre as normas dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e as leis federais ordinárias. A diferença de entendimento estava em que, para o Relator, sendo ambas hierarquicamente iguais prevaleceria a norma do Pacto de São José da Costa Rica porque **posterior** ao Decreto-lei 911/69; já para a maioria vencedora, esta convenção internacional não poderia ser aplicada, ainda que com *status* de lei ordinária, porque a própria constituição previa, em seu art. 5º, inciso LXVII, como hipótese excepcional: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”

Assim, a partir de 1977 foi consolidada com firmeza a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da **hierarquia legal** dos tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, o que perduraria por mais de três décadas.

5. A recente decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a eficácia *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos, em especial do Pacto de São José da Costa Rica

No dia 03 de dezembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal finalizou o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703, interpostos por instituições financeiras que buscavam a decretação da prisão de devedores fiduciantes por conta do descumprimento da obrigação de entrega de bens dados em garantia em contratos de alienação fiduciária.

O argumento principal dos depositários se fundava na inadmissibilidade da prisão civil por dívidas – prevista no Decreto-lei nº 911/69, com as alterações da Lei nº 6.071/74 – especialmente após a ratificação incondicional e irrestrita pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, em cujo texto está previsto, como direito humano fundamental, o direito à liberdade pessoal nos seguintes termos:

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

(...)

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Os sobreditos acórdãos, ambos com mais de 200 páginas cada um, promoveram uma reviravolta total na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais, especialmente aqueles sobre direitos humanos. À unanimidade de votos, a Corte decidiu adotar a teoria da **supralegalidade** dessas normas internacionais.

Os fundamentos que levaram o STF a rever sua posição são de máxima relevância para o caso concreto que se está a analisar aqui, mas também para toda e qualquer discussão que verse sobre a recepção de tratados internacionais pelo ordenamento jurídico nacional.

O voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no RE 466.343 é sintomático e bem reflete estes fundamentos. Por sua relevância, cabe transcrever algumas passagens[26]:

Apesar da interessante argumentação proposta por essa tese, parece que **a discussão em torno do status constitucional dos tratados de direitos humanos foi, de certa forma, esvaziada pela promulgação da Emenda Constitucional n- 45/2004, a Reforma do Judiciário** (oriunda do Projeto de Emenda Constitucional n- 29/2000), a qual trouxe

como um de seus estandartes a incorporação do § 3- ao art. 5-, com a seguinte disciplina: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Em termos práticos, trata-se de uma declaração eloqüente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais.

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico.

Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quorum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, **a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1º.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988.**

Sobre a teoria consagrada no STF em 1977, o Ministro Gilmar Mendes questiona sua validade diante do contexto jurídico-social atual e sob o ponto de vista internacional^[27]:

É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada. (...)

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de São José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente. (...)

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "*pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*".

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (...)

Assim, a premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional torna imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional.

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...)

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, **a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada** pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), **mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria**, incluídos o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969.

Assim, após mais de 30 anos, à unanimidade de votos o Supremo Tribunal Federal reviu sua posição sobre a hierarquia dos tratados internacionais, notadamente os relativos aos direitos humanos, para lhes conferir não mais a paridade com as leis internas nacionais, mas um plano de eficácia superior a elas.

Veja-se a importância dos efeitos desta nova orientação jurisprudencial: no caso concreto dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703, a legislação que previa a prisão civil do depositário infiel, o Decreto-lei nº 911/69 e as alterações promovidas pela Lei nº 6.071/74, deixou de ter “aplicabilidade” em razão do “efeito paralisante” do Pacto de São José da Costa Rica.

É incontestável, pois, que o que se tem de mais atual na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos é a sua **prevalência** sobre as normas infraconstitucionais e o “efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”.

6. A necessária revisão da posição do STF sobre o uso de embriões humanos em pesquisas: dever de coerência e eficácia dos direitos humanos

Partindo, assim, da novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas voltando-se agora para a análise da Lei nº 11.105/05, cujo artigo 5º autorizou a utilização de embriões humanos em pesquisas e terapias, há que se atribuir *status* prioritário à antinomia entre essa previsão legal e a proteção da vida desde a concepção prescrita pelo artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica, norma esta de estatura **supralegal** segundo bem disse essa Corte.

Não há como subsistirem ambas as normas no ordenamento jurídico, sob pena de se ignorar o “dever de coerência” que se exige do ordenamento jurídico – para lembrar a célebre lição de BOBBIO[28].

O que se tem na prática é que uma norma prevê que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e, mais, que “Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”, por outro lado, outra norma autoriza a utilização e, assim, o descarte de embriões humanos (obviamente) já concebidos.

Trata-se de uma antinomia jurídica que deve ser solucionada pelo Poder Judiciário ou pelo próprio Poder Legislativo. Como dizia saudosamente BOBBIO “A coerência não é condição de *validade*, mas é sempre condição para a *justiça* do ordenamento”[29]. Hoje o que se constata é que, diante da nova posição da Corte máxima do País, existem no ordenamento jurídico nacional duas normas válidas, o Pacto de São José da Costa Rica e a Lei nº 11.105/05, mas incompatíveis entre si.

Para se garantir a “justiça” do ordenamento é dever do Judiciário solucionar esta antinomia. O Direito não admite que a hierarquia e eficácia supralegais do Pacto de São José da Costa Rica seja válida apenas para alguns casos, mas para outros não. Já diria o saudoso mestre italiano, “É evidente que quando duas normas contraditórias são ambas válidas, e pode haver indiferentemente a aplicação de uma ou de outra, conforme o livre-arbítrio daqueles que são chamados a aplicá-las, são violadas duas exigências fundamentais em que se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)”[30].

Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica, se é norma superior à legislação infraconstitucional no tocante à prisão civil do depositário infiel também há de ser superior à Lei nº 11.105/05. E, desse modo, a antinomia jurídica que se apresenta é “aparente” e não “real”, já que pode ser suficientemente resolvida pelos critérios próprios da hierarquia, cronologia e especialidade, não exigindo uma norma derogatória (*Nichtsollen*) ou a utilização de uma interpretação corretivo-equitativa, como ocorre com as últimas[31].

Sendo o Pacto de São José da Costa Rica norma **supralegal**, segundo assim o reconhece especificamente o STF, prevalecerá então o critério hierárquico sobre os critérios cronológicos e da especialidade, pois a Lei nº 11.105/05, apesar de posterior e especial, é hierarquicamente inferior.

Outro ponto que se deve considerar são os fundamentos invocados pela Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 466.343 e 349.703 para sustentar, agora, a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos com a legislação infraconstitucional. O voto do Ministro Celso de Mello, que anteriormente a esses precedentes votava pela paridade entre as normas, deixa claro os motivos pelos quais se deve hoje privilegiar as normas internacionais de direitos humanos. Sua decisão é sintomática da evolução jurisprudencial operada na nossa Corte Constitucional e é, em todos os seus argumentos, aplicável ao caso da violação do direito à vida dos embriões humanos. Assevera o Ministro Celso de Mello, em novo entendimento[32]:

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, **representa** o órgão estatal **incumbido** de concretizar as liberdades públicas **proclamadas** pela declaração constitucional de direitos e **reconhecidas** pelos atos e convenções internacionais **fundados** no direito das gentes. **Assiste**, desse modo, ao Magistrado, **o dever de atuar** como instrumento da Constituição – e **garante** de sua supremacia – **na defesa incondicional e na garantia real** das liberdades fundamentais da pessoa humana, **conferindo**, ainda, **efetividade** aos direitos **fundados** em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão **socialmente** mais importante e **politicamente** mais sensível **que se impõe** aos magistrados, em geral, e a esta Suprema Corte, em particular.

É dever dos órgãos do Poder Público - e **notadamente** dos juízes e Tribunais - **respeitar e promover** a efetivação dos direitos **garantidos** pelas Constituições dos Estados nacionais e **assegurados** pelas declarações internacionais, **em ordem a permitir** a prática de um constitucionalismo democrático **aberto** ao processo **de crescente internacionalização** dos direitos básicos da pessoa humana.

O respeito e a observância das liberdades públicas impõem-se ao Estado **como obrigação indeclinável**, que se justifica **pela necessária submissão** do Poder Público **aos direitos fundamentais** da pessoa humana. (...)

Não se pode desconhecer, Senhora Presidente, **que se delineia**, hoje, **uma nova perspectiva** no plano do direito internacional. É que, ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, **os tratados e convenções**, presentemente, **não mais consideram a pessoa humana** como um sujeito **estranho** ao domínio de atuação dos Estados no plano externo.

O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo **passou** a concentrar-se, **também**, na dimensão subjetiva da pessoa humana, **cuja essencial dignidade** veio a ser reconhecida, em **sucessivas** declarações e pactos internacionais, **como valor fundante** do ordenamento jurídico **sobre o qual repousa** o edifício institucional dos Estados nacionais. (...)

Posta a questão nesses termos, a **controvérsia jurídica** remeter-se-á ao exame do conflito **entre** as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, **ao diálogo** entre essas mesmas fontes), **de modo** a se permitir que, **tratando-se** de convenções internacionais de direitos humanos, **estas guardem primazia hierárquica em face** da legislação comum do Estado brasileiro, **sempre que se registre situação de antinomia** entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais. (...)

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico constitucionalmente consagrado (CF, art. 4^a, II) - da "prevalência dos *direitos humanos*" **permitirá**, a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição jurisprudencial **quanto** ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos **no plano doméstico e infraconstitucional** do ordenamento positivo do Estado brasileiro.

Com essa **nova** percepção **do caráter subordinante** dos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **dar-se-á** conseqüência e **atribuir-se-á** efetividade ao sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana, **reconhecendo-se**, com essa evolução do pensamento jurisprudencial desta Suprema Corte, o **indiscutível primado** que devem ostentar, **sobre** o direito interno brasileiro, *as* convenções internacionais de direitos humanos, **ajustando-se**, desse modo, a **visão** deste Tribunal **às concepções** que hoje prevalecem, no cenário internacional - **consideradas** as realidades deste emergentes -, **em torno** da necessidade de amparo e defesa da integridade dos direitos da pessoa humana. (...)

Na realidade, a interpretação judicial, **ao conferir** sentido de contemporaneidade à Constituição, **nesta vislumbra** um documento vivo a ser **permanentemente** atualizado, **em ordem a viabilizar a adaptação** do "corpus" constitucional às **novas** situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais **surgidas** em um dado momento histórico, **para que**, mediante esse processo de "*aggiornamento*", o estatuto fundamental **não se desqualifique** em sua autoridade normativa, **não permaneça** vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ou em outras palavras, a interpretação **emanada** dos juízes e Tribunais **será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir**, em seu processo de concretização, **o espírito do tempo, aquilo** que os alemães denominam "*Zeitgeist*".

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **ao reconhecer** "*que a evolução jurisprudencial sempre foi uma marca de qualquer jurisdição de perfil constitucional*", **para enfatizar**, a partir dessa constatação, que "*A afirmação da mutação constitucional não implica o reconhecimento, por parte da Corte, de erro ou equívoco interpretativo do texto constitucional em julgados pretéritos.*

Ela reconhece e reafirma, ao contrário, a necessidade da contínua e paulatina adaptação dos sentidos possíveis da letra da Constituição aos câmbios observados numa sociedade que, como a atual, está marcada pela complexidade e pelo pluralismo" (grifei).

Tudo o que embasou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a inaplicabilidade da legislação que prevê a prisão civil do depositário infiel ajusta-se perfeitamente ao caso da utilização e descarte de embriões humanos, autorizada pela Lei nº 11.105/05. É mesmo papel precípua do Judiciário atuar “na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte”. É perfeita a observação do Ministro Celso de Mello de que a dignidade da pessoa humana é valor fundante dos Estados nacionais e, por isso, as normas internacionais de direitos humanos devem ostentar um “indiscutível primado” sobre o direito interno brasileiro.

Não é como se negar a presença da antinomia entre o Pacto de São José da Costa Rica, que exige amparo jurídico ao direito à vida **desde a concepção**, e o artigo 5º da Lei nº 11.105/05, que autoriza a pesquisa com embriões humanos (conseqüentemente o seu descarte). Nem mesmo os mais hábeis sofistas saberiam fazê-lo.

Por conseguinte, utilizando-se das mesmas conclusões do Min. Celso de Mello, “a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais”.

7. Conclusões

Diante desse panorama **estritamente jurídico**, não há como prevalecerem opiniões, por mais das vezes utilitaristas, que invocam a proteção da saúde e da qualidade de vida de pacientes e pessoas que eventualmente no futuro possam se favorecer com as “promessas” da ciência fundadas nas pesquisas com embriões humanos. Além de ser juridicamente impossível sustentar hoje tal tese, pois o Judiciário deve se pautar pelo Direito e não pelas notícias de jornais e revistas científicas, seria o mesmo que se justificar os fins pelos meios.

O efeito paralisante que diz o Supremo Tribunal Federal terem as normas internacionais de direitos humanos em relação ao direito interno, infraconstitucional, não é imediato. É certo que a Lei nº 11.105/05 é válida porque está juridicamente em vigor, não tendo sido declarada ainda a sua inconstitucionalidade ou inaplicabilidade. Também é certo que o julgamento efetivado pelo STF não gera a sua automática “inconstitucionalidade superveniente”. Tal figura não existe no ordenamento jurídico nacional. No entanto, exatamente por meio dos mesmos fundamentos que deram base à

nova orientação jurisprudencial do STF no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos, dentre eles, especificamente, o Pacto de São José da Costa Rica, a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/05 deve ser posta à prova através de nova Ação Direta de Inconstitucionalidade.

8. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico, 10 ed., Brasília: UnB, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos, São Paulo: Saraiva, 1991.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. 5. ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. 6. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

HESSE, Konrad, Die Normative Kraft der Verfassung, in Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 222, Tübingen: Mohr, 1959.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Transplantação: um olhar constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

MEIRELLES, Jussara M. Leal. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello, Curso de Direito Internacional Público, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979

PERSAUD, T.V.N.; MOORE, Keith L. Embriologia Básica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

PIOVESAN, Flávia, Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, São Paulo: Max Limonad, 2000.

SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética I – Fundamentos e ética biomédica, 2ª ed., São Paulo: Loyola, 1996.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

[1] O método científico adotado pelas ciências da física, química, biologia e medicina – e posteriormente até pelas ciências sociais e jurídicas – é o método cartesiano-newtoniano, o qual se baseia na redução do objeto de estudo até sua menor parte e na relação entre causa e efeito.

[2] Todo corte metodológico é arbitrário, porque decorre de uma escolha do pesquisador a respeito da forma pela qual o objeto de estudo será analisado.

[3] SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética I – Fundamentos e ética biomédica**, 2ª ed., São Paulo: Loyola, 1996, p. 342.

[4] Sobre as fases da formação do embrião humano, vide PERSAUD, T.V.N.; MOORE, Keith L. **Embriologia Básica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, pp. 02 e seguintes.

[5] Cfr. SCGRECCIA, op. cit., p. 347.

[6]

[7] LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Transplantação: um olhar constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 54.

[8] Sobre as teorias existentes a respeito do assunto vide MEIRELLES, Jussara M. Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, pp. 112 e seguintes.

[9] A Constituição é prodiga especialmente em matéria tributária – por exemplo, com a regulação dos tributos estaduais no art. 155, que possui seis parágrafos e um total de 25 incisos e 26 alíneas, até o momento. É também desnecessariamente descritiva em outras questões, como, exemplificativamente, a previsão de que “O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro” ou e que “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” (parágrafos 1º e 2º, respectivamente, do artigo 242).

[10] HESSE, Konrad, **Die Normative Kraft der Verfassung**, in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Heft 222, Tübingen: Mohr, 1959, p. 22.

[11] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País **a inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...)

II - **preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;**
(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias **que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;**

[12] Op. cit., p. 3-4.

[13] Como já se referiu anteriormente, a partir da Constituição Federal já era possível construir um critério para se definir o alcance do amparo jurídico ao embrião humano.

[14] “Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte **de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados**, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de 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” (grifo não original).

[15] A expressão “embriões inviáveis” não possui definição jurídica ou científica. As clínicas de reprodução utilizam vulgarmente a expressão para se referirem aos embriões cuja probabilidade de gerar uma gestação é considerada muito baixa. Em reportagem do jornal Folha de São Paulo, disse Patrícia Pranke, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que essas clínicas fixaram graus de probabilidade de “viabilidade” dos embriões. “Pranke afirmou que embriões de tipo D são aqueles com alto grau de fragmentação. Raramente são implantados no útero, pois têm pouca chance de gerar gestação. ‘Quando frescos, só 6% desses embriões fixam-se no útero. Se congelados, as chances caem a 0,8%’. Segundo a cientista, embriões C e D apresentam alta incidência de malformação fetal” (edição de 21.04.2007, também acessível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u16330.shtml>, conforme consulta em 02.07.2009).

[16] Não serão levantadas aqui críticas aos posicionamentos adotados pelos Ministros, até mesmo porque ainda não houve a publicação do acórdão (apenas alguns votos foram divulgados) e porque se trata de questão merecedora de estudo monográfico próprio.

- [17] Conforme relatado no voto da Ministra Cármen Lúcia.
- [18] CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.
- [19] PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 75-76.
- [20] Op. cit., p. 18.
- [21] Cfr. Apelações Cíveis nº 7.872 (1943), de relatoria do Min. Philadelpho Azevedo, e nº 9.587 (1951), de relatoria do Min. Orozimbo Nonato.
- [22] MELLO, Celso D. de Albuquerque Mello, **Curso de Direito Internacional Público**, 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979, p. 70.
- [23] Op. cit., p. 83-84.
- [24] Página 12 do voto; fl. 8663 dos autos – grifo não original.
- [25] Páginas 3-5 do voto; fls. 8726-8728 dos autos – grifo não original.
- [26] Páginas 10-11 do voto; fls. 1144-1145 dos autos – grifos originais.
- [27] Páginas 13, 18, 20 e 26-27; fls. 1147, 1152, 1154 e 1160-1161 dos autos – grifos originais.
- [28] BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, 10 ed., Brasília: UnB, 1999, pp. 110 e seguintes.
- [29] Op. cit., p. 113.
- [30] Op. cit., p. 113.
- [31] Sobre a classificação das antinomias e sobre necessidade de norma derogatória e/ou interpretação corretivo-equitativa vide, especialmente, DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 5. ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, e seu **Norma constitucional e seus efeitos**. 6. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. Vide também BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres de. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- [32] Páginas 7, 8, 11, 19, 39, 40, 42 e 43 do voto; fls. 1217, 1218, 1221, 1229, 1249, 1250, 1252 e 1253 dos autos – grifos originais.