

**A VIDA SE INICIA COM A CONCEPÇÃO: UMA ANÁLISE DA ADI 3510 E DA
ADPF 54 À LUZ DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA**

**“LIFE BEGINS WITH THE CONCEPTION: AN ANALYSIS OF THE ADI 3510 AND
OF THE ADPF 54 ON THE LIGHT OF THE PACT OF SAN JOSE IN COSTA RICA”**

Lucivânia Guimarães Salles¹

Marco A. R. Cunha e Cruz²

RESUMO: O objetivo deste trabalho é demonstrar que a ADI 3510 e a ADPF 54 desconsideraram importante tratado de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, internalizado em 1992 pelo Decreto n.672/92, que estabelece um marco normativo para o início da vida no seu art. 4. 1: a concepção. Adotou-se o método dedutivo, tópicargumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental, e a sucessão de três etapas. Na primeira, contextualiza-se os citados julgados do STF, destacando-se a fundamentação teórica e normativa dos votos dos ministros. Na segunda, analisa-se os avanços da biotecnologia e a consolidação social das novas práticas médicas e suas consequências. Na terceira, examina-se cientificamente as decisões, o processo de internalização dos tratados de direitos humanos, sua natureza de norma cogente no ordenamento jurídico, para concluir sobre a postura contraditória da STF nos aludidos julgamentos.

Palavras-Chave: Direitos humanos; Início da vida; Supremo Tribunal Federal; Pacto de San José da Costa Rica

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate that the ADI 3510 and the ADPF 54 ignored an important Human Rights Treaty, the Pact of San Jose, Costa Rica, 1969, internalized in 1992 by Decree no. 672/92, which establishes a normative framework for the beginning of life in its art. 4.1: the conception. It was adopted the deductive method, topic-argumentative, supported in bibliographic and documentary researches, and the succession of three steps. The first part, contextualizes the trials cited by the STF (Federal Supreme Court), highlighting the theoretical and normative basis of the votes of the ministers. The next topic analyzes the advances in biotechnology and social consolidation of new medical practices and their consequences. In the third point, it scientifically examines the decisions, the process of internalization of Human Rights treaties, the nature of authoritative provision in law, to conclude about the contradictory posture of the STF in the aforementioned judgments.

Keywords: Human Rights; Beginning of life; Federal Supreme Court; Pact of San Jose, Costa Rica

¹ Mestranda em Direitos Humanos- UNIT. Especialista em Direito Civil-Constitucional pela UNIT. Professora Universitária UNIT. Defensora Pública do Estado de Sergipe.

² Doutor em Direito Constitucional | Universidad de Sevilla (ES), Professor PPGD | Mestrado em Direitos Humanos |Unit-SE.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, a única forma de concepção humana conhecida era a resultante da relação sexual entre o homem e a mulher, denominada meio natural. No entanto, o avanço da ciência apresentou a possibilidade de outras formas de concepção, ocasionando a destituição do vínculo entre reprodução e ato sexual, possibilitando a concepção humana por meios artificiais, através da reprodução humana medicamente assistida pelas técnicas da inseminação artificial e fertilização *in vitro*.

Com a fertilização *in vitro* a ciência possibilitou a concepção extracorpórea que associada à técnica da criogenia ocasionou o congelamento de embriões humanos em laboratório, reacendendo o debate acerca do momento em que se inicia a vida, que ganhou novo tónus quando se cogitou destinar o excedente de embriões, não utilizados na reprodução, para a pesquisa em medicina regenerativa.

No Brasil, a importância deste tema tomou grandes proporções com a edição da Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança, que estabeleceu a destinação de embriões supranumerários para pesquisas com células-tronco embrionárias, prática que poderá gerar a destruição do referido embrião. Durante o processo legislativo, já se entabulou um debate caloroso, acerca de sua inconstitucionalidade, sob o fundamento que a vida se inicia desde a concepção, vertente defendida pelos grupos anti-abortos.

Está problematização, também, já foi objeto de dois julgamentos no Supremo Tribunal Federal (STF) na Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3510 (Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 29/05/2008, DJ 27/05/2010) que teve como objeto a Lei 11.105/2005, e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N.º 54 (Rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 12/04/2012, DJ 30/04/2013) que teve como *questio iuris* a possibilidade de interrupção terapêutica do feto anencéfalo. Em ambos os julgados se discutiu acerca do início da vida, e, embora com resultados dispares, em nenhum se estabeleceu como marco o momento da concepção.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que os julgados do STF desconsideraram importante tratado de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica de 1969, internalizado em 1992 pelo Decreto n.672/92, que estabelece um marco normativo para o início da vida no seu art. 4. 1: a concepção. O STF no julgamento do RE n.º 466.343 (Rel. Min. César Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/2008, Dje-104 04/06/2009, Publicação 05/06/2009) defere superioridade normativa ao referido Pacto, considerando-o infraconstitucional, mas supralegal. Não se pode olvidar que os votos vencidos, capitaneados

pelo Ministro Celso de Mello, advogaram pela tese da materialidade constitucional do referido tratado internacional. Na ADPF 54, que foi julgada posteriormente ao citado RE 466.343, apenas o voto do Ministro Ricardo Lewandowski teve como norte o referido marco normativo.

O debate acerca do momento do início da vida é ponto de controvérsia em várias searas, a exemplo da biologia, antropologia, medicina, mas este texto fará, exclusivamente, um recorte jurídico, com análise da legislação e dos citados julgados do STF. Embora no momento atual já tenha sido julgado o polêmico caso da fertilização *in vitro* na Costa Rica pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), será utilizada como paradigma a Resolução 23/81 que decidiu o caso 2141 (Estado Unidos), pois expressava opinião vigente da CIDH no momento dos julgados no STF.

O texto buscará orientação teórica para estabelecer um diálogo com a Teoria dos Direitos Humanos de Flávia Piovesan (2012), Cançado Trindade (2006), a Teoria do Direito de Hans Kelsen (1998) e Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2011). Adotou-se o método dedutivo, tópico-argumentativo, apoiado em levantamento bibliográfico e documental, e a sucessão de três etapas. Na primeira, contextualiza-se os citados julgados do STF, destacando-se a fundamentação teórica e normativa dos votos dos ministros. Na segunda, analisa-se os avanços da biotecnologia e a consolidação social das novas práticas médicas e suas consequências. Na terceira, examina-se cientificamente as decisões, o processo de internalização dos tratados de direitos humanos, sua natureza de norma cogente no ordenamento jurídico e a postura contraditória do STF nos aludidos julgamentos.

1 DA FUNDAMENTAÇÃO DA ADI 3510 E DA ADPF 54

Uma das relevantes problematizações jurídicas acerca dos avanços da biotecnologia se circunscreve em torno da definição do *status* do embrião pré-implantatário. Há de se frisar que o direito não cria fatos naturais, mas deve oferecer solução jurídica adequada quando por eles instado. Tem o direito entre seus escopos a regulação dos fatos, com a finalidade de resolver os conflitos, gerar segurança à sociedade e garantir a pacificação social. Uma das importantes respostas jurídicas dadas recentemente se constituiu em definir a natureza jurídica do embrião formado artificialmente.

Em 1990, o Parlamento Britânico aprovou, com pioneirismo, após 10 anos de intensos debates, a *Human Fertilisation and Embriology Act*. Tal legislação ainda hoje consegue ser uma das mais permissivas nesta matéria. Seu texto final, ao permitir a manipulação de embriões até 14 dias após a fertilização, criou uma nova classificação: pré-

embrião sob o fundamento que, apenas, após o 14º dia de fertilização se inicia o desenvolvimento embrionário. Antes só existe uma “massa celular indiferenciada” (CESARINO, 2007).

No Brasil, não existe uma legislação específica que regule a reprodução humana assistida. Contudo, a Lei 11.105/2005, Lei de Biossegurança (L-Bio), fugindo a seu foco central, introduziu dispositivo que veio estabelecer a possibilidade do uso de embriões excedentários para fins de pesquisa em medicina regenerativa. É a chamada pesquisa com células-tronco, a qual pode ser definida como “a célula com capacidade de auto renovação limitada/prolongada, capaz de produzir pelo menos um tipo de célula altamente diferenciada” (PEREIRA, 2002, p.65). Cumpre registrar a redação do art. 5º, da L-Bio:

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) 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 pesquisas e serviços de saúde que realizem pesquisas 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 n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Torna-se relevante destacar, que a L-Bio, cujo objeto se refere aos transgênicos, introduziu citado dispositivo, sem que se estabelecesse um amplo e profundo debate social, jurídico e científico como ocorreu no Parlamento Inglês. É bem verdade que durante a tramitação do referido projeto foram ouvidos cientistas renomados com posicionamentos antagônicos. As galerias das casas legislativas foram ocupadas por grupos prós e contra a aprovação do projeto de lei, tornando-se palco de um grande espetáculo midiático. Entre aqueles que apoiavam, em sua maioria estavam pessoas portadoras de doenças degenerativas e seus familiares que eram induzidos a depositar a esperança de encontrar a “cura de suas moléstias ” nas pesquisas com células-tronco embrionárias, e assim venceu a ética utilitarista (CESARINO, 2007).

O que se pretende com a pesquisa com células-tronco embrionárias e quais suas implicações é um tema polêmico e indefinido, visto que, até o momento não se tem notícias acerca de avanços nas pesquisas neste campo. A doutrina não é pacífica, os próprios cientistas não chegaram a uma concreta certeza da eficácia da referida pesquisa que pode culminar com a destruição do embrião. Conforme LUNA (2007, p. 444): “Sugere-se o uso dessas células pluripotentes na medicina regenerativa, o que implicaria destruição dos embriões e

necessidade de muita pesquisa para controlar a diferenciação celular.” Utilizar-se-ia para tanto os embriões abandonados pelos pais crioconservados em laboratório.

Desde 28 de março de 2005, data da publicação no órgão oficial da L-Bio, possibilitou-se a destinação de embriões supranumerários para a pesquisa com células-tronco embrionária. Mas a polêmica que se originara durante a tramitação não foi solucionada, passando-se a uma segunda fase com o ajuizamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 350 (ADI 3510) que suscitou a inconstitucionalidade do art. 5º da L-Bio e teve por principais fundamentos: (i) o fato de que a vida humana se inicia a partir da fecundação, assim, no embrião *in vitro* já existe vida; (ii) questiona as pesquisas com células-tronco embrionárias frente aos avanços muito mais promissores das pesquisas com células-tronco adultas. A tramitação do processo da ADI 350 foi objeto de grande exploração midiática, com induzimento da opinião pública a depositar esperanças nas curas milagrosas que proporcionariam as células-tronco embrionárias. Em que pese ter sido indeferida a participação de algumas entidades como *amicus curie*, abriu-se à oportunidade para oitiva de cientistas e representantes de entidades prós e contra a pesquisa.

O julgamento da ADI n.º 3510 (Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 29/05/2008, DJ 27/05/2010) que teve como objeto a L-Bio, incitou debates calorosos e baseou-se nos seguintes paradigmas normativos: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 5º, *caput* (inviolabilidade do direito a vida), art. 5º, IX (o direito à livre expressão da atividade científica); art. 6º (direito à saúde); art. 196 (dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde); art. 218 (dever do estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica); bem como o art. 227 (paternidade responsável), da Constituição Federal de 1988 (CF-88).

Ao final, por maioria, concluíram os Ministros pela improcedência do pedido e declaração de constitucionalidade do art. 5º da L-Bio. Há de se ressaltar que a fundamentação, da maioria dos votos, na referida ADI, principalmente do relator, não ficou circunscrita aos limites das ciências sociais aplicadas, adentrou na seara da biologia, antropologia, medicina regenerativa, entre outras.

O voto do relator, Min. Ayres Brito, em que pese ter demonstrado brilhantismo, cultura e a veia poética que lhe é peculiar, adentrou em searas que fogem ao âmbito jurídico, como por exemplo, a polêmica questão acerca do momento que se inicia a vida humana do ponto de vista biológico. É bem verdade, que, também, baseou-se em fundamentação jurídica com principal foco na CF-88, tomando como base dispositivos que garantem a vida, a saúde,

a pesquisa científica, o livre planejamento familiar e os princípios da dignidade da pessoa humana e paternidade responsável. Deu destaque, também, ao espírito de sociedade fraternal preconizado pela Constituição, quando trouxe a lume a análise de casos de pessoas portadoras de deficiência, dando notoriedade a casos de filhos de pessoas famosas, delegando à L-Bio um status de “tábua de salvação” por propiciar a pesquisa para obtenção da cura de doenças degenerativas. Qualificou a referida Lei como um “perfeito” e “bem concatenado bloco normativo” ao sustentar a tese de que a vida humana só existe após a nidação, dando tratamento diferenciado ao embrião *in vitro* e *in vivo*, deferindo a estes um contexto afetivo e social. Foi além, tratou embrião, feto e recém-nascido como figuras distintas. Dissociou-os da ideia de continuidade natural, ratificando a teoria natalista e negando reconhecimento ao estatuto jurídico do embrião extracorpóreo.

Por sua vez, em seu voto, a Min. Ellen Gracie acolheu as razões do relator. Fez referência às discussões levantadas no debate do Parlamento Britânico na tramitação da *Human Fertilisation and Embriology Act*. Ali se chegou a estabelecer as fronteiras do humano, acolhendo-se a tese da cientista Warnock, que defendeu que antes do 14º dia não se pode usar a terminologia “embrião” porque só existe uma massa de células indiferenciadas. Somente após este marco é que se pode falar em embrião, pois é o momento que se forma a linha primitiva da vida, surgindo o embrião individualizado. Antes deste período, tem-se, apenas, o pré-embrião. A Ministra observa que a L-Bio restringe os embriões que podem ser utilizados, os inviáveis e os congelados há mais de 03(três) anos. Ressaltou, também, que não se pode produzir embriões humanos diretamente para serem empregados em pesquisas, estabelecendo uma categorização de embriões *in vitro*, alçando uma parcela ao merecimento de proteção jurídica. Um dos pilares da sua fundamentação pela constitucionalidade da L-Bio foi o princípio utilitarista.

A Min. Carmem Lúcia, também, acompanhou de forma integral o voto do relator reconhecendo a constitucionalidade da L-Bio, esclarecendo que não há violação à vida, que ao contrário, dignificam a vida humana. Os Ministros Joaquim Barbosa e Marco Aurélio acompanharam integralmente o voto do Min. relator. O Min. Barbosa fez uma análise da legislação objeto da ação, estabelecendo um paralelo com o direito comparado demonstrando que a L-Bio guarda relação de semelhança com a legislação da Espanha, Bélgica e Suíça. Ressaltou, ainda, que a proibição das pesquisas com células-tronco embrionárias, conforme estabelecido na lei, “significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que podem advir. O Min. Marco Aurélio, por sua vez, defendeu que sob o ângulo biológico o início da vida decorre da fecundação somada à viabilidade.

Os Ministros Cesar Peluso e Gilmar Mendes, em que pese terem votado pela improcedência da ação, convergiram no entendimento de que as pesquisas naquela modalidade não ofendem o direito à vida, mas chamaram a atenção para a necessidade de uma rigorosa fiscalização, do ponto de vista ético, por um órgão central, no caso a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep), proposta que após acalorado debate foi rejeitada.

Dentre os votos divergentes ao do relator, computou-se o do Min. Menezes Direito que expressou preocupação com a preservação do embrião, explicitando que já existe a possibilidade de extração de célula do embrião na fase de blastocisto, para um diagnóstico pré-implantatório sem que haja a sua destruição; questionou o poder delegado pela L-Bio às clínicas de reprodução humana assistida para atestarem a viabilidade do embrião, pois pode conduzir à eugenia. Ressaltou, também, que as promessas de cura atribuídas à terapia com células-tronco embrionárias não tem garantia de concretização. Assim, julgou o pedido parcialmente procedente e determinou a interpretação conforme a Constituição do dispositivo legal impugnado. Sua principal *ratio* é que as pesquisas com células-tronco podem ser mantidas, desde que não causem prejuízo ao embrião, pois para o Min. Direito, “as células-tronco embrionárias são vida humana e qualquer destinação delas à finalidade diversa que a reprodução humana viola o direito à vida”.

Os ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, prolataram voto na mesma esteira do Min. Direito. Julgaram parcialmente procedente o pedido, votando pela permissibilidade das pesquisas com células-tronco embrionárias desde que observadas algumas restrições. O Min. Eros Grau, velando pela preservação do embrião, estabeleceu três restrições: criação de um comitê central no Ministério da Saúde para controlar as pesquisas; limitação a 4 (quatro) do número de óvulos fertilizados por ciclo e que a obtenção de células-troncos embrionárias sejam realizadas em embriões inviáveis, ou sem danificar os viáveis.

Observa-se que todos os votos se posicionaram favoráveis a pesquisa, com a diferença que alguns ministros estabeleceram condicionantes primando pela preservação do embrião *in vitro*, por reconhecer vida. No entanto, não houve citação de qualquer marco da legislação infraconstitucional, com exceção do Código Civil, que se reporte ao início da vida. Em momento algum fora citado o Pacto de São José da Costa Rica de 1969 (PSJCR-69), que já tinha sido internalizado pelo Decreto 678/1992 e que traz disposição determinando que a vida humana deverá ser protegida desde a concepção.

O supra citado tratado internacional, posteriormente, foi erigido a categoria de norma materialmente constitucional pela EC n. 45/2004. Tal tema será tratado de modo específico,

neste trabalho, sob à luz da Jurisprudência do próprio STF já que traz uma solução de ordem jurídica à questão.

Nada obstante, por oportuno, é importante fazer algumas ponderações acerca do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54) (Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 12/04/2012, DJ 30/04/2013). Baseou-se nos seguintes paradigmas normativos: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 5º, II, (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); art. 6º, *caput*, e art. 196 (direito à saúde) da CF-88. Como objeto foram suscitados os arts. 124; 126, *caput*; e 128, I e II do Código Penal.

O Relator, Min. Marco Aurélio, votou pela permissibilidade do aborto do feto anencéfalo, argumentando que não se pode falar em aborto, no caso em exame, mas em interrupção terapêutica da gravidez. Em relação ao direito à vida, ratificou o posicionamento defendido na ADI 3510 no sentido de que só existe vida após a fecundação somada a viabilidade de sobrevivência, argumento biológico. Negou, pois, ao anencéfalo o direito à vida, pois natimorto cerebral não tem expectativa de sobrevivência, argumento jurídico.

Em linhas gerais, acompanharam o voto do relator, pela atipicidade, os Ministros Ayres Britto, Rosa Weber, Carmem Lúcia, Joaquim Barbosa e Celso de Mello, por julgarem que não há viabilidade de vida, que se trata de um natimorto cerebral, adotando-se a linha defendida pela medicina. Firmou-se o entendimento que o sistema jurídico não define o início da vida, e, no caso em exame, o feto não tem potencialidade de sobrevivência. Fora acolhida a tese do advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde- CNTS, proponente da Ação, o atual Min. do STF, Luiz Roberto Barroso.

Entenderam existir vida no feto anencéfalo os Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e César Peluso. No entanto, os dois primeiros sustentaram a tese da antijuridicidade. O Min. Lewandowski fundamentou que os dispositivos do CP atacados têm o fito de proteger a vida do nascituro, só excepcionando nos casos do “aborto sentimental” e “aborto terapêutico”, pois neste último, a vida da gestante está em risco. Que o legislador, em 1940, já tinha acesso ao conhecimento científico de diagnósticos de mal formação fetal e não optou por introduzir esta hipótese entre os casos de interrupção da gravidez isentos de punição, e, além disso, até a atualidade o Poder Legislativo houve por manter intacta a Lei Penal. O Min. Lewandowski argumenta que a nossa legislação defende a vida, cita como corolário desta defesa os art. 5º, *caput*, CF-88, e, também, o art. 4.1, PSJCR-69. E pauta, no cerne de sua fundamentação, que a interpretação conforme a Constituição depara-se com barreiras intransponíveis: não se pode fazer uma hermenêutica contra expressão literal da lei,

bem como, não se pode contrariar ou substituir a vontade do legislador. O STF não poderia criar mais uma causa de exclusão de ilicitude, pois estaria a usurpar competência privativa do Congresso Nacional atuando como “legislador positivo”.

O julgamento foi finalizado com o voto do Ministro César Peluso que ratificou a posição adotada na ADI 3510. Reflete que a situação fática e jurídica do caso analisado na ADPF 54 e na referida ADI 3510 são distintas visto que no embrião excedente não existe vida porque não estando implantado no útero materno está “ausente o fenômeno do processo vital que a caracteriza”. Já os fetos anencéfalos são dotados de capacidade de movimentos autógenos. Filiando-se a teoria concepcionista, expressou o entendimento que o nascituro é pessoa, portanto o feto anencéfalo é sujeito de direitos.

2 O AVANÇO DA BIOTECNOLOGIA ESTABELECENDO NOVAS FORMAS DE CONCEPÇÃO HUMANA

Datam do século XVIII os primeiros relatos de experiências científicas envolvendo líquido seminal e óvulos humanos, através da Inseminação Artificial (IA), ou seja, concepção artificial através da manipulação dos gametas. Os primeiros experimentos com êxito ocorreram em 1799 e são de autoria de John Hunter. Em 1833, na França, Giraud realizou pela primeira vez, com êxito, a inseminação artificial em um casal. No ano seguinte, nos Estados Unidos, ocorreu a primeira IA heteróloga, com sêmen de terceiro, em uma mulher cujo marido sofria de infertilidade (LOUREIRO, 2009).

O grande passo da revolução tecnológica na área da medicina ocorreu em 1977, com a primeira concepção extracorpórea realizada através da técnica da Fertilização *in vitro* (FIV) que ficou popularizada como “bebê de proveta”. Em decorrência dos estudos e experimentos protagonizados por Robert Edward e Patrick Steptoe, nasceu em 05 de julho de 1978, na Inglaterra, Louise Joy Brow, o primeiro bebê concebido em laboratório (LOUREIRO, 2009).

No Brasil, a primeira experiência efetiva com a FIV ocorreu no ano de 1984. Pode-se dizer, que este acontecimento introduziu os cientistas, que operavam em solo brasileiro, na modernidade que representa a revolução biotecnológica. Um fato interessante fora a busca de publicidade pelos cientistas que lideravam as pesquisas neste campo. Procuraram midiaticizar o domínio da técnica pesquisada, aproximando-se, de fato, do conceito de sociedade do espetáculo de Debord (DEBORD, 2003, item 2).

Na Inglaterra, a história do primeiro bebê de proveta foi vendida e publicada em cotidiano *London Daily News*, antes mesmo da publicação em revistas especializadas. No Brasil, uma rede de televisão, em 1984, financiou a vinda de um especialista australiano para

liderar uma equipe de médicos brasileiros na nova especialidade e transmitir ao vivo os procedimentos técnicos da fertilização *in vitro* (CORREA, 1997).

Apesar desta exploração espetacular, é de se enfatizar que a evolução da biotecnologia veio medicalizar a sociedade e reescrever os conceitos de paternidade e maternidade. Criaram-se, de fato, novas possibilidades como a maternidade de substituição, paternidade sócio afetiva, estabelecendo-se novos eixos na reprodução humana.

As técnicas de reprodução assistida podem ser consideradas como uma das formas de medicalização social que conduzem ao controle da sexualidade. A busca pela cura da infertilidade ultrapassou fronteiras alcançando e concretizando desejos, sonhos que levam a uma realização individual e social: ter filhos. Os indivíduos vivem num constante estado de vigilância em busca da saúde, que na perspectiva de Foucault tornou-se conhecida como biopolítica ou bio-história (CORREA, 1997).

A biotecnologia, pois, criou novos paradigmas na concepção humana, que desde os primórdios da humanidade, se originava nas relações sexuais entre o homem e a mulher. As técnicas mais difundidas e utilizadas se constituem em inseminação artificial (IA) e a fertilização *in vitro* (FIV).

A IA é a técnica científica mais antiga que se processa através da manipulação do líquido seminal e se realiza no ambiente intrauterino, ou seja, consiste na introdução do espermatozoides na cavidade uterina ou no canal cervical por atuação médica que usa como instrumento uma cânula, escolhendo-se, preferencialmente, o período de maturação do óvulo para facilitar sua fecundação. Constitui-se numa técnica com um menor grau de complexidade e com custos menos elevados, no entanto, tem um índice de probabilidade de gravidez em torno de 15% (quinze por cento), pois imita a concepção natural (LOUREIRO, 2009).

Pode, ainda, ser homóloga quando o líquido seminal utilizado para a fecundação é do marido ou companheiro; ou heteróloga, quando o espermatozoides manipulado para a fecundação é de terceiro, doador anônimo de banco de sêmen. Esta última espécie vem assegurar o direito de planejamento familiar do homem infértil, gerando uma das modalidades de paternidade sócio-afetiva previstas no Código Civil de 2002.

A técnica de reprodução humana denominada de FIV se desenvolve mediante processo onde há o uso de hormônios para fazer a mulher, em determinado ciclo reprodutivo, produzir óvulos em multiplicidade. Estes óvulos são retirados e manipulados em laboratório, onde ocorrerá a fusão do gameta masculino com o feminino gerando-se a concepção humana. Posteriormente, haverá o implante do embrião formado neste procedimento, no útero materno.

Por este motivo, esta técnica ficou conhecida popularmente como “bebê de proveta”. A FIV também poderá ser homóloga ou heteróloga (MOSER, 2005).

A incerteza do sucesso da implantação conduz a produção de vários embriões, no entanto, para a preservação da saúde da mãe e do próprio feto, nem todos podem ser implantados. No Brasil, a Resolução n. 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina recomenda o número de embriões que devem ser implantados em um único procedimento, estabelecendo como critério a idade:

6. O número máximo de ovócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos faz-se as seguintes recomendações: a) mulheres com até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres entre 40 e 50 anos: até 4 embriões; d) nas situações de doações de óvulos e embriões. Considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.

7. Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso das técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

Cumpra-se salientar que, após a fecundação, os embriões são submetidos a uma pré-seleção para se definir quais reúnem condições necessárias para serem implantados, surgindo a figura do embrião excedente. Do exposto, decorrem algumas problemáticas, pois a FIV inaugura uma série de debates acerca da natureza do embrião gerado: se existe vida neste embrião ou, no caso, trata-se, simplesmente de amontoado de células humanas.

É fato incontestável que o destino dos embriões excedentários se constitui em questão que transpõe as fronteiras do Direito, pois, também, assume contornos sociais, éticos e morais. Alguns laboratórios, para evitar o descarte sumário, preservam os embriões crioconservados, que tecnicamente tem um potencial em torno de 55% de probabilidade de sobrevivência, para num momento futuro, decidir seu destino, que poderá, por exemplo, ser utilizado de forma digna para um novo implante pelo casal ou destinados à adoção (PESSINI-BARCHIPONTAINE, 1996, p. 220 *apud* MEIRELES, 2000, p. 21).

Neste tom, apesar de se posicionar em duas oportunidades, na ADI 3510, que decidiu pela constitucionalidade da L-Bio, e na ADPF 54, que permitiu a interrupção da gravidez de feto acéfalo, não se encerrou os debates acerca da natureza jurídica do pré-embrião. No entanto, na esteira das citadas decisões do STF, foi editada a Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 2013/2013, que estabelecendo normas de caráter deontológico, disciplinou a possibilidade de descarte dos embriões humanos. A saber: “V-CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES [...] 4- Os embriões criopreservados com mais de 5 (cinco) anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de

células-troncos, conforme previsto na Lei de Biossegurança.” Esta previsão permite, pois, que os laboratórios possam descartar os embriões humanos como se fossem lixo hospitalar.

A possibilidade de descarte de embriões humanos, seguindo os ditames do direito civil, torna-os *res nullius* (coisa sem dono). Desta forma, o único risco não se resume a morte destes seres humanos em formação, mas perder-se-á totalmente o controle da sua destinação conforme já recomenda a citada Resolução do CFM.

Há de se frisar que a referida Resolução não encontra respaldo no ordenamento jurídico, visto que, não houve definição, nas duas ações constitucionais, da figura do embrião extracorpóreo e sua natureza jurídica. Assim, esta será a proposta deste trabalho que no tópico a seguir: fará uma análise estritamente jurídica desta *vexata quaestio*, deixando de trazer a discussão à matéria sob a ótica de áreas afins, como a biologia, moral, ética.

3 A NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO HUMANO À LUZ DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA: UMA CRÍTICA AO POSICIONAMENTO DO STF

Este trabalho parte do pressuposto de que já existe vida humana no embrião extracorpóreo. Poder-se-á encontrar na CF-88 e na legislação infraconstitucional fundamentos suficientes para sustentar este argumento. No âmbito constitucional, o *caput* do art. 5º, erigido ao *status* de *cláusula pétrea*, protege a vida humana em todos os seus estágios e, encontra-se respaldo, também, na dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no art. 1º, III. No tangente à legislação infraconstitucional, pode-se encontrar vários diplomas legais dos quais, de forma indireta, emana-se esta proteção, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/90, no entanto, será dada ênfase ao PSJCR-69.

Impende ressaltar que o STF, nos julgamentos das referidas ADI 3510 e ADPF54, não reconhece vida no embrião extracorpóreo e a grande maioria dos ministros, em seus votos, fundamentaram o momento do início da vida em critério biológico. A Ministra Rosa Weber, por exemplo, trouxe à baila dados do relatório Warnock, documento em que se criou a figura do pré-embrião como elemento de persuasão ao Parlamento Inglês para aprovação da legislação que permitia a pesquisa embrionária. No entanto, na data do julgamento, vários membros da comissão já haviam reconhecido publicamente a manipulação dos termos biológicos para possibilitar a permissão das pesquisas embrionárias. A única embriologista da comissão, autora da tese da fase pré-embrionária, já havia admitido publicamente que fora ela que introduziu o termo pré-embrião por influência de pressão da comunidade científica, o que foi reforçado por outro membro da comissão, D. Davies disse que “estava manipulando as palavras para polarizar uma discussão ética” (D. Davies, Embryo research: Nature 320(1986)

208 *apud* MORATALLA, Nathalia López e GARCÍA-PRIETO, José Antonio, 2004). Assim fica evidente que o marco teórico biológico utilizado já tinha sido refutado por seus próprios autores, o que esvazia o principal argumento metajurídico que serviu de alicerce para os dois julgados.

Com relação ao fundamento jurídico, também merece ser refutado. Isso porque o ordenamento jurídico já previa a época dos julgados, e da própria edição da L-Bio, um instrumento normativo cogente que disciplinava o assunto: o art. 4.1, do PSJCR-69 (Dec. 678/92), que reconhece o direito à vida desde a concepção. Em que pese a ADPF 54 ter sido julgada posteriormente ao RE n.º 466.343 (Rel. Min. César Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 03/12/2008, Dje-104 04/06/2009, Publicação 05/06/2009), acórdão em que a tese vencedora foi a natureza de supralegalidade do PSJCR-69, o único que fundamentou seu voto nesta Convenção de Direitos Humanos, reconhecendo direito à vida do feto anencéfalo, foi o Ministro Ricardo Lewandowski.

Para incitar a discussão acerca da importância jurídica decisiva desta Convenção na delimitação do tema, não se pode distar de comentar sobre a natureza jurídica dos tratados internacionais. Tais tratados se constituem na principal fonte primária do Direito Internacional e estabelecem segurança jurídica por se basearem no princípio da *pacta sunt servanda* e adotarem a forma escrita. A convenção de Viena de 1969, que foi aprovada pelo Congresso Brasileiro em 2009, internalizada com reserva dos artigos 25 e 26 pelo Decreto n.º 7030, de 14 de dezembro de 2009, respalda o direito dos tratados e estabelece uma padronização nos procedimentos de celebração, e, também, do seu art. 2º, 1, a, extrai-se o conceito de tratado, a saber: “Acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

A natureza jurídica dos tratados internacionais suscita teorias de que as normas decorrentes deste pacto terão caráter supraconstitucional, como preconizado por Hans Kelsen (1998, p. 515 e seguintes). Esta é a fundamentação da teoria monista, seguida por alguns constitucionalistas, a exemplo de Alexandre Pagliarini e Dimitri Dimoulis (2012, p.38), que defendem que a tendência dos governos que ratificaram a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados é acatar o caráter de superioridade do Direito Internacional Público, ou seja, reconhecer o caráter de supraconstitucionalidade dos Tratados Internacionais.

No entanto, no Brasil, a doutrina majoritária (SARLET, 2007; MAZZUOLI, 2007; MORAES, 2004; REALE, 2000) já se posicionava, antes mesmo da decisão do STF no RE-

466.343, de forma contrária a corrente da supraconstitucionalidade, adotando a teoria dualista. A regra geral disposta no art. 102, III, b da CF-88 é a de equivalência entre tratados internacionais e leis federais. Com as seguintes exceções: os tratados internacionais de direito tributário, tratados sobre transportes internacionais, tratados de extradição e tratados para integração na América Latina tem caráter de supralegalidade; já os Tratados internacionais de Direitos Humanos equivalem a normas constitucionais, no exposto teor do art. 5, § 3º (acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004): “os tratados 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”.

Questão controversa se mostrou, entretanto, quanto à hierarquia de norma constitucional dos Tratados de Direitos Humanos que foram aprovados antes da Emenda Constitucional 45/2004. Parte da doutrina, como Flávia Piovesan (2012) e Cançado Trindade (2006), defendem o posicionamento que os Tratados de Direitos Humanos (TDH) aprovados antes da referida emenda são normas materialmente constitucionais por força da cláusula aberta estabelecida no § 2º do art. 5 da CF: “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.”

Flávia Piovesan (2012, p.129) aduz que os quatro argumentos desse entendimento podem ser condensados na (a) a interpretação sistemática da CF-88, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, pois o último não revogou o primeiro; (b) a lógica e racionalidade material que não de orientar a hermenêutica dos direitos humanos; (c) a necessidade de prescindir de interpretações jurídicas que elevem anacronismos; e (d) a teoria geral da recepção do Direito brasileiro. Sustenta-se que essa interpretação é absolutamente conforme a Constituição. Isto é, se a interpretação do §3º do art. 5º aponta a uma abertura envolvendo várias possibilidades interpretativas, acredita-se que a interpretação mais consonante e harmoniosa com a racionalidade e teleologia constitucional é a que confere ao § 3º do art. 5º, fruto da atividade do Poder Constituinte Reformador, o efeito de permitir a “constitucionalização formal” dos tratados de proteção de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Até a edição da Emenda Constitucional 45/2004, o STF se posicionou por décadas no sentido de colocar as normas de direito internacional internalizadas no mesmo patamar hierárquico da legislação infraconstitucional, assim a jurisprudência nacional consagrava a teoria da paridade, desde 1977 quando o RE 80.004/SE fora julgado pelo STF e determinou

que a Convenção de Genebra não se sobreporia as leis do país (BORGES; ROMEU; ROCHA, 2012).

Entretanto, mesmo com a edição da citada emenda, o atual entendimento do STF não segue a esteira da constitucionalidade dos TDH. No julgamento do RE466.343, venceu, por maioria apertada de seis votos a quatro, a tese que atribui hierarquia infraconstitucional, mas supralegal dos TDH ratificados nas citadas condições. Em que pese tenha havido uma mudança no que pertine ao nível hierárquico dos referidos tratados, que passam a paralisar a eficácia normativa da legislação infraconstitucional quando conflitantes com eles e que, também, não mais estão suscetíveis à revogação por lei posterior e nem sujeitos à cláusula de especialidade; ainda, permanecem em posição inferior à Constituição Federal. Este fato gera algumas consequências negativas, a exemplo de não poder se acionar os mecanismos de controle de constitucionalidade para fiscalizar a eficácia da lei em relação a estas espécies de tratado (MAUÉS, 2013).

In casu, o posicionamento prevalente no STF, do Min. Gilmar Mendes, ressaltou que a CF-88 traz 04 cláusulas que demonstram a abertura constitucional às normas de Direito Internacional Público. A primeira é o art. 4º que estabelece a disposição do Estado Brasileiro para uma integração internacional. A segunda cláusula está inserida no § 2º do art. 5º que estabelece a ampliação do rol dos direitos fundamentais, as terceiras e quartas cláusulas são as estabelecidas, respectivamente, nos §§ 3º e 4º do art. 5º. Assim, defende que a jurisprudência do STF, diante da prevalência dos Direitos Fundamentais e Humanos, não poderá continuar creditando aos tratados internacionais o *status* de lei ordinária. Entendeu-se que a melhor solução é reconhecer que os TDH aprovados antes da EC 45/2004 não podem afrontar a supremacia da Constituição, mas merecem um lugar especial para assegurar uma postura mais adequada as realidades supranacionais de tutela ao ser humano. Por isso foi-lhe atribuído o *status* de supralegalidade.

O Min. Celso de Mello, neste julgamento, reavaliou posicionamentos anteriores em que conferiu aos tratados internacionais paridade com as leis ordinárias, e se posicionou pela tese de constitucionalidade dos TDH aprovados antes da EC 45/2004, fundamentando que têm estes, natureza de norma materialmente constitucional. Advoga que o eixo de atuação do direito internacional público passou a ter como principal norte a dignidade da pessoa humana, e, desta forma, reconheceu a hierarquia de norma constitucional ao PSJCR-69. Assim, a partir deste julgado passou a sustentar a tese da hierarquia constitucional dos tratados que versem sobre direitos humanos, mesmo os recepcionados anteriormente a referida Emenda

Constitucional, como é o caso PSCR-69 compondo a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

A composição do STF foi alterada desde 2008 e a sua jurisprudência pode ou não sofrer um decisivo *overruling*. Não obstante, o que há de se notar é que já na ADI 3510 ou na ADPF 54 não foi levado em consideração, pela maioria do STF, um aspecto importante que se impõe o enfrentamento que é a tutela à vida humana estabelecida pelo PSJCR-69: “Artigo 4º . Direito à vida. 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.” Como este tratado já tinha sido internalizado, seja como norma materialmente constitucional, seja como supralegal, não restam dúvidas, que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece como marco inicial da vida humana o momento da concepção.

É relevante trazer a este trabalho entendimento firmado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos que é o órgão com legitimidade orgânica para a interpretação do PSJCR-69, dando as devidas soluções aos casos controversos, além de dirimir conflitos existentes. No momento do julgamento das ADI 3510 e da ADPF54, mantinha-se a posição de forma majoritária acerca da interpretação de que o início da vida se dá desde a concepção. Tal posicionamento foi firmado na resolução 23/81 que decidiu o caso 2141 (Estado Unidos). Foi neste examinado um aborto autorizado pela Corte Suprema do Estado de Massachusetts, no *Commonwealth vs. Dr. Kenneth Edelin* (caso de Baby Boy).

Em que pese os grupos que defendem o aborto expressarem que a Resolução n. 23/81 autoriza o aborto, o entendimento firmado em seu relatório quando examinou o caso “Baby boy” foi no sentido de que não se autoriza o aborto. Apesar da absolvição dos Estados Unidos da América, os membros da comissão não puderam impor-lhe o cumprimento do PSCR-69 no sentido da preservação da vida desde a concepção, porque aquele país não era signatário do referido pacto. Não se poderia, portanto, prevalecer as normas internacionais, dando lugar as normas internas de certos Estados americanos que permitem o aborto. É relevante, para este trabalho, trazer uma síntese dos votos divergentes dos membros da Comissão no citado caso 2141 (Resolução n.23/81, de 06 de março de 1981, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

O voto divergente de Dr. Marco Gerardo Morroy Cabra foi no sentido de que o artigo I, da Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, não distingue qual o momento que se inicia a vida. Por este motivo, sustenta que a melhor interpretação é a que deve-se proteger a vida desde a concepção, não se justificando o aborto. Argumenta que a IX

Conferência Panamericana de Bogotá não se filiou a teoria natalista e afirma, que, a Comissão entende que no caso de conflito entre lei interna e internacional, adota-se a teoria Kelseniana da supranacionalidade, ou seja, deve-se prevalecer a norma internacional. Aduz, ainda, como argumento metajurídico, que a maioria dos cientistas fixa a fecundação como o início da vida. A interrupção intencional da gravidez constitui-se, pois, num atentado à vida que se funda num direito anterior ao reconhecimento do Estado. Por fim, entendeu que as decisões judiciais dos Estados Unidos da América ao autorizar o aborto violou o art. 40 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no entanto, não é caso de analisar violação ao PSCR-69 porque aquele país não o ratificou.

Não divergente, Luis Demetrio Tinoco Castro opina que a vida se inicia desde a concepção. Por esta razão, o feto já é pessoa e merece proteção jurídica. Baseia-se, também, na opinião de cientistas citando inclusive que com dois meses o feto já apresenta forma humana. Argumenta que a Declaração Americana dos Direitos Humanos estabelece que a vida se inicia com a concepção e termina com a morte; o nascimento é apenas a fase final do processo de gestação. Levanta a problemática da força obrigatória dos Pactos Internacionais, reconhecendo sua obrigatoriedade reconhece lesão ao art. I da Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, que reconhece “ todo ser humano tem direito vida”, pelos Estados Unidos.

No Brasil, inobstante ser signatário do PSCR-69, o julgamento da ADI 3510 delegou o *status* de objeto de direito ao embrião extracorpóreo, sob o principal fundamento de que não há vida antes da nidadação. Desprezou-se, desta forma, norma imperativa cogente, o aludido art. 4.1 do PSJCR-69. No entanto, há que se frisar que naquele momento o STF ainda esposava o entendimento que os TDH se equiparavam a lei ordinária. Posteriormente, ao julgar a ADPF 54, retirou-se o direito à vida do embrião nidado, o feto anencéfalo, julgamento que foi posterior ao RE 466.343, e que contrariou norma supralegal (ou materialmente constitucional).

Este trabalho se filia a corrente que atribui natureza de norma materialmente constitucional ao PSCR-69. Desde a internalização do referido tratado no ano de 1992, por força do §2º do art. 5º da CF-88, já havia norma jurídica cogente, elaborado na forma de Tratado Internacional de Direitos Humanos, que integrava “o bloco de constitucionalidade”. Se tomada esta postura, poder-se-ia suscitar que o STF desconsiderou razões definitivas (regra constitucional) sobre determinado tema: a vida se inicia com a concepção.

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy (2011), ao comentar sobre os três modelos de normas de direitos fundamentais, é favorável pelo modelo híbrido (misto, combinado) de regras e princípios. Adverte que ao se vislumbrar uma disposição de direito fundamental que fixa alguma determinação em relação às exigências de princípios colidentes, por intermédio dela não é estipulado somente um princípio, mas também uma regra. E se a regra não pode ser aplicada imune a sopesamentos, ela é uma regra incompleta e a decisão constitucional pressupõe subsídio ao nível dos princípios, com todas as incertezas que deles emanam.

Neste sentido, alerta que como há mesma hierarquia constitucional entre regra e princípio, no ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. “Quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios” (ALEXY, 2011, p. 140). Alexy (2011, p.141) aduz não ser inafastável esta primazia, mas que esta precedência há de ser aplicada “a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado”.

Trazendo estas ilações para os julgados do STF, a regra estipulada no art. 4.1, PSJCR-69 deveria prevalecer, pois como integra o bloco de constitucionalidade, faz parte das razões definitivas estipuladas pelo constituinte. Neste sentido, a interpretação dada ao art. 5, da L-Bio (ADI 3510), e aos artigos 124; 126, *caput*; e 128, I e II do Código Penal (ADPF 54); é contrária a uma regra constitucional, e por via de consequência, falece de validade jurídica por afrontar uma norma hierarquicamente superior (*lex superiori derogat lex inferior*).

É de ser recordar que no julgamento da ADPF 54, somente o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu o início da vida no momento da concepção com base no citado marco normativo. Mesmo se tomada a teorização da supralegalidade e infraconstitucionalidade do PSJCR-69, postura do aludido RE 466.343, outra solução não caberia ao caso porque o art. 4.1, da citada Convenção de Direitos Humanos é hierarquicamente superior aos artigos 124; 126, *caput*; e 128, I e II do Código Penal (*lex superiori derogat lex inferior*).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, pode-se auferir que no Brasil o PSCR-69 é norma de Direito Internacional, na linha de Flávia Piovesan (2012) e Augusto Cançado Trindade (2006) que ao ser internalizado passou a compor o bloco de constitucionalidade, pois se constitui em tratado de direitos humanos que encontra supedâneo no §2º do art. 5º da CF-88. O STF nos

julgamentos da ADI 3510 e da ADPF54 abandonou o norte legal estabelecido por uma norma de caráter cogente preferindo adotar marcos biológicos para se fixar o momento em que se inicia à vida, agindo como legislador positivo contra regra de materialmente constitucional.

Adotada a teorização de Robert Alexy (2011) sobre o modelo combinado de regras e princípios de normas de direitos fundamentais, a regra estipulada no art. 4.1, PSJCR-69 deveria prevalecer, pois como integrante do bloco de constitucionalidade, faz parte das razões definitivas estipuladas pelo constituinte. Neste sentido, a interpretação dada ao art. 5, da L-Bio (ADI 3510), e aos artigos 124; 126, *caput*; e 128, I e II do Código Penal (ADPF 54); é contrária a uma regra constitucional, e por via de consequência, falece de validade jurídica por afrontar uma norma hierarquicamente superior (*lex superiori derogat lex inferior*).

É de ser recordar que no julgamento da ADPF 54, somente o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu o início da vida no momento da concepção com base no citado marco normativo. Mas se tomada a teorização da supralegalidade e infraconstitucionalidade do PSJCR-69, postura do RE 466.343, outra solução não caberia ao caso porque o art. 4.1, da citada Convenção de Direitos Humanos é hierarquicamente superior aos artigos 124; 126, *caput*; e 128, I e II do Código Penal (*lex superiori derogat lex inferior*).

Por fim, não restam dúvidas que sob o recorte jurídico a vida humana deverá ser protegida desde a concepção, desta forma, os fetos anencéfalos e embriões humanos extracorpóreos estão tutelados juridicamente.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, A. W.; ROMEU, L. C.; ROCHA, A. P. Análise da jurisprudência do STF sobre a forma de incorporação dos documentos de direito internacional: alteração com o advento da EC 45/2004. **Brazilian Journal of Law**, ano 2, vol.3. p.55-76, jul.-dez. 2012

CANÇADO TRINDADE, A. A. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Resolução n.23/81, de 06 de março de 1981**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/estadosunidos2141b.htm>>. Acesso em: 03 fev. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução N.º 2013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.

CORRÊA, M. C. D. V. As novas tecnologias reprodutivas: uma revolução a ser assimilada. **PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 7(1), 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v7n1/04.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

CESARINO, L. N. Nas fronteiras do “humano”: os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões. **Mana**, Rio de Janeiro, vol. 13, n.º 2, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-931320070000200003>. Acesso em: 25 mar. 2013.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/soceespetaculo.html#1>>. Acesso em: 12 set. 2013.

FERRAZ, C. V. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião *in vitro***. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOUREIRO, C. R. M. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LUNA, Nara. A personalização do embrião humano: da transcendência na biologia. **Mana**, Rio de Janeiro, vol. 13, n.º 2, out. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132007000200005>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

MAUÉS, A. M. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. **SUR**, v.10, n.18, p. 215-235, jun. 2013.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, J. M. L. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

MORAES, A. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORATALLA, N. L.; GARCÍA-PRIETO, J. A. Clonación humana: ¿un progreso sin ética?, 2004. Disponível em: <<http://www.conocereisdeverdad.org/webseite/index.php?id=3739>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

MOSER, A. **Biotecnologia e bioética. Para onde vamos?** 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

PAGLIARINI, A. C.; DIMOULIS, D. **Direito Constitucional Internacional dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, L. V. **Clonagem: fatos & mitos**. São Paulo: Moderna, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, I. W. Direitos Fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (Coord.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.331-360.