Globethics Repository



Escravismo biológico ou jurídico? [Biological or legal slavery?]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Araujo da Silveira, Anarita
Publisher	Centro Universitário São Camilo
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-11 09:20:58
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/214633

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

Escravismo biológico ou jurídico? O caso da pesquisa com células-tronco embrionárias

Biological or legal slavery? The case of research with embryonic stem-cells

¿Esclavitud biológica o legal? El caso de la investigación con las células troncales embrionarias

Anarita Araujo da Silveira*

RESUMO: O presente artigo aborda a situação brasileira acerca da utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos fertilizados *in vitro,* para fins de pesquisa e terapia, a partir da autorização dada pela Lei de Biossegurança n. 11.105, promulgada em 24 de março de 2005. Em 30 de maio do mesmo ano esta lei foi contestada quanto a sua constitucionalidade através da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, entretanto, teve sua constitucionalidade confirmada pelo julgamento da Corte Constitucional Brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF) em 29 de maio de 2008. O objetivo deste artigo é mostrar o movimento de coisificação do embrião humano nos tribunais salientando a contradição desta postura com a cultura da vida assumida pelo texto constitucional brasileiro de 1988. Metodologicamente adotou-se uma postura dedutiva-hermenêutica, como conclusão, em razão de partir-se do referencial de que a vida humana é sacra e absoluta e de que toda a forma de vida humana, em especial as mais vulneráveis, são merecedoras de respeito e proteção, independentemente do resultado do julgamento desta ação, manteve-se a convicção de que a referida lei é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Embrião. Direitos humanos. Pesquisa-células-tronco embrionárias.

ABSTRACT: The present article approaches the Brazilian situation concerning the use of stem-cells derived from *in vitro* fertilized human embryos for research and therapy purposes, from the authorization given by Biosecurity Law 11.105, promulgated in March 24, 2005. In May 30 the same year this law was contested regarding its constitutionality through the Direct Action of Unconstitutionality 3510, but had its constitutionality confirmed by the judgment of the Brazilian Supreme Court (STF – Supremo Tribunal Federal) in May 28, 2008. The aim of this article is to show the movement of reification of the human embryo in the courts pointing out the contradiction of this opinion with the culture of life assumed by the Brazilian Constitution of 1988. From a deductive-hermeneutical methodology, we reached our conclusion using the ground principle according to which human life is sacred and absolute and of that all human life forms, especially the most vulnerable, deserve respect and protection, something which allows us to say that notwithstanding the result of the judgment of this Action, the said Law certainly is unconstitutional.

KEYWORDS: Embryo. Human rights. Research-embryonic stem-cells.

RESUMEN: Este artículo acerca a la situación brasileña referente al uso de las células troncales derivadas de embriones humanos fertilizados *in vitro* para propósitos de investigación y terapia, desde la autorización dada por la Ley de Bioseguridad 11.105, promulgada el 24 de marzo de 2005. El 30 de mayo del mismo año la ley fue disputada respecto a su constitucionalidad con la acción directa de inconstitucionalidad 3510, pero tubo su constitucionalidad confirmada por el juzgamientodel Supremo Tribunal Federal brasileño (STF) el 28 de mayo de 2008. Este artículo intenta demostrar el movimiento de reificación del embrión humano en las cortes, indicando la contradicción de esta opinión con la cultura de la vida que propone la constitución brasileña de 1988. Desde una metodología deductiva-hermenéutica, alcanzamos nuestra conclusión utilizando el principio esencial según el cual la vida humana es sagrada y absoluta y que todas las formas de vida humana, especialmente las más vulnerables, merecen respecto y protección, algo que permite que digamos que a pesar del resultado del juzgamiento de esta acción, la dicha ley es ciertamente inconstitucional.

PALABRAS LLAVE: Embrión. Derechos humanos. Investigación-células troncales embrionarias.

*Advogada. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-RS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz-RS. Especialista em Bioética pelo Centro Universitário São Camilo-SP. Bolsista PROSUP/CAPES. Professora do Centro Universitário Franciscano-RS. E-mail: araujodasilveira@gmail.com

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

"O mais triste de
um passarinho engaiolado
é que ele se sente bem"
(Poema "Vidinha"
de Mario Quintana)[1].

INTRODUÇÃO

Desde o seu começo, a partir da década de 1970, a bioética atingiu relevante pauta mundial, trazendo uma nova roupagem aos problemas éticos relativos à vida e manifestando, gradativamente, fortes e estreitos vínculos com o Direito. Esta proximidade levou a teorizações acerca da necessidade de inaugurar-se um novo ramo do Direito, o Biodireito.

Através do espaço bioético, privilegiado pela diversidade cultural, percebe-se, com muita clareza, o abismo existente entre a abstração legal e a vida cotidiana, mas, atualmente, no universo mundial e nacional, abrem-se oportunidades de diálogo e debate. Percebe-se que as realidades e complexidades bioéticas não são privilégio de apenas alguns países, ainda que cada país apresente características e dificuldades muito individuais. Na perspectiva de contribuir para o diálogo bioético e criarem-se discursos racionais relativos a questões presentes mundialmente, trabalha-se um caso que integrou a memória jurídica brasileira: o julgamento da Adin – Ação Direta da Inconstitucionalidade – n. 3510 que suscitou a inconstitucionalidade da Lei de biossegurança[2] n. 11.105/2005.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A LEI DE BIOSSEGURANÇA N. 11.105/2005

No dia 30 de maio de 2005, o Procurador-Geral da República ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin n. 3510 – alegando ser inconstitucional o artigo 5° da Lei n. 11.105/2005, que permite a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas e terapias desde que cumpridas determinadas exigências.

A Adin n. 3510, cujo relator é o Ministro Carlos Brito, trata de assunto de fundamental relevância no cenário bioético. A ação foi julgada em duas sessões, nos dias 28 de maio e 29 de maio de 2008; foi um julgamento histórico no Supremo Tribunal Federal – STF onde por seis votos a cinco, os ministros do Supremo declararam constitucional a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) tal como foi aprovada pelo Congresso Nacional. Ou seja, confirmou-se a possibilidade, 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.

Na ação proposta, o Procurador-Geral procurou demonstrar que o artigo 5° da Lei n. 11.105/05 é incompatível com o que está disposto no *caput* do artigo 5° da Constituição Federal Brasileira de 1988[3] – CF/88 – e no artigo 1° inciso III também da CF/88.

Dispõe o artigo 5° da Lei n. 11.105/05:

> 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 n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Dispõem o artigo 5° *caput* e artigo 1° inciso III, ambos da CF/88:

> 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:
>
> 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.

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

Para a maioria dos ministros, as pesquisas não violam o direito à vida, obtendo-se o resultado de seis votos favoráveis a constitucionalidade e cinco contrários. Constou na decisão que a ação de inconstitucionalidade foi "indeferida pela maioria, parcialmente vencidos, em diferentes extensões os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes". As diferentes extensões referem-se a algumas restrições[a] impostas, como, por exemplo, que as pesquisas fossem aprovadas por um comitê de ética central e que a retirada das células-tronco não destruísse o embrião. Mas a maioria dos ministros

Antes do julgamento final, o Supremo Tribunal Federal – STF – realizou duas audiências públicas[b] de modo a ouvir especialistas no assunto, o que significou um marco na história do controle de constitucionalidade no Brasil, pois foi a primeira sessão pública aberta para oitiva de especialistas da história do STF. Ao todo, foram ouvidos vinte e dois especialistas sobre o tema do início da vida antes da decisão sobre a constitucionalidade –ou não- do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

Com a decisão final proferida, aparentemente, o debate jurídico foi encerrado, pois não há mais instrumentos, dentro da estrutura processual brasileira, para serem utilizados com vistas a retirar desta lei sua eficácia legal, agora, ela não apenas integra o ordenamento jurídico brasileiro como também goza do status de ter sido declarada constitucional pela Corte. O debate, todavia continua no cenário bioético, a filosofia e a ética contribuem enquanto espaços abertos de reflexão, crítica e questionamento. O fim do julgamento não significa que se deva parar de buscar justificativas racionais e morais para a prática das pesquisas científicas, se de um lado, a CF/88 assegura a liberdade científica e a pesquisa também é verdade que a ética surge enquanto mediadora dos anseios da ciência e protetora da vida, afinal, nem tudo que se pode fazer, deve ser feito.

A liberdade de criação científica integra a categoria dos direitos fundamentais pela CF/88 e, em sendo assim, é a regra que deve comandar toda atuação na área das ciências. Conforme o artigo 218 da Constituição Federal, "o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas". Para Bobbio[4] "o direito à liberdade científica consiste não no direito a professar qualquer verdade científica ou a não professar nenhuma, mas essencialmente no direito a não sofrer empecilhos no processo da investigação científica (p. 83)." Mas isto não significa que a liberdade de pesquisa seja de índole absoluta, como todo direito fundamental. A liberdade de pesquisa é pressuposto da atividade científica, mas deve ser desenvolvida com respeito à cultura da vida consagrada constitucionalmente. É dizer: a Constituição Federal prega a liberdade para o conhecimento, mas é preciso pesquisar sem esbarrar nas barreiras legais. O próprio texto constitucional prescreve expressamente a inviolabilidade do direito à vida, da integridade física e moral, da privacidade, do necessário respeito e promoção da dignidade humana, como também, implicitamente, o princípio da precaução.

A limitação desta liberdade da criação científica encontra-se nos outros princípios constitucionais, como se disse, a liberdade de investigação científica não é ilimitada e, se o fosse, afetaria outros bens juridicamente protegidos: a vida, por exemplo. Estes limites devem ser fundamentados adequadamente, respeitando os conceitos morais e religiosos, não se trata de fobia ou preconceito para com os avanços tecnológicos, mas de um avanço prudente em relação à técnica. Deve-se questionar os interesses mercadológicos da urgência demonstrada em pesquisar a partir de células-tronco embrionárias. Nas audiências públicas, oportunidade em que se pode escutar técnicos e especialistas no assunto, pode-se perceber claramente que a ciência não possui certezas em alguns pontos, como por exemplo, quanto ao real esgotamento das possibilidades de obter resultados de sucesso como a utilização de células-tronco adultas e não embrionárias. Também não se mostra uníssona quanto à possibilidade das células-tronco embrionárias, exatamente por serem pluripotentes, multiplicarem-se rapidamente e poderem transformar-se em qualquer outro tecido, virem a tornarem-se fontes geradoras de

a. Votaram pela improcedência da ação os ministros Carlos Ayres Britto (relator), Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Igualmente favoráveis às pesquisas, porém com restrições, em diferentes níveis, votaram os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Consultar noticia em: http://www.jusbrasil.com.br/noticias/17393/direto-do-plenario-stf-conclui-julgamento-e-mantem-pesquisas-com-celulas-tronco-embrionarias.

b. A possibilidade de realizar-se audiência pública está prevista no § 1º do art. 9º da Lei n. 9.868/1999 a qual dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

tumores, isto é, células cancerígenas. Ainda, a ciência não tem explorado o fato da possibilidade das células-tronco embrionárias igualmente poderem ser retiradas do cordão umbilical ou do líquido amniótico.

Ademais, lendo-se mais atentamente o art. 5º da lei de biossegurança, percebem-se algumas questões lacônicas e questionáveis. No parágrafo primeiro do art. 5º, por exemplo, é dito que: "é necessário o consentimento dos genitores" para a pesquisa com células-tronco embrionárias. Assim, se os embriões têm genitores, reconhece-se que os embriões são pessoas e não coisas, pois possuem ascendentes: pai e mãe. Da mesma forma, abre-se campo, igualmente, para complicadas questões práticas: se os embriões não tiverem os seus genitores a descoberto (como ocorre nos casos de doação de gametas), ou mesmo se estes tiverem desaparecido, dissolvido o vínculo conjugal ou simplesmente abandonado os embriões, o artigo não prevê solução para a questão do consentimento.

Outro ponto ainda é quanto ao conceito de inviabilidade, a lei não estabelece as características desta inviabilidade ou o tempo que a causaria, tão pouco informa, para que tipo de prática ele seria inviável. Existem notícias de fecundações *in vitro* realizadas com embriões congelados a vários anos e que foram eficazes, este é exatamente o caso de Maria Roseli, que produziu nove embriões na última fecundação *in vitro* a que se submeteu, em 1999 e, em fevereiro de 2007, decidiu descongelar seus embriões para tentar nova fecundação. Para Maria Roseli o congelamento não acarretou na inviabilidade de ser mãe, diz ela: "Meu filho venceu oito anos de congelamento e a prematuridade. Imagine se eu tivesse desistido dele e doado o embrião para a pesquisa?"[c].

O direito à vida estará sempre presente na discussão bioética, pois é o mais fundamental de todos os direitos, assim, se o início da vida deve ser definido pelos profissionais das biociências, aos juristas cabe apenas a sua aplicação legal da proteção do nascituro, principalmente quando falta comprovação científica de dados e metodologias.

AS DUAS FACES DA LEI DE BIOSSEGURANÇA, JURISPRUDENCIALIZAÇÃO E CRISE DA CULTURA CONSTITUCIONAL

Acompanha-se, gradativamente, a politização do Poder Judiciário e a jurisprudencialização e tribunalização da política. A tensão entre a Política e o Direito ganhou evidência, não apenas durante o processo de julgamento da Adin n. 3.510, que contestou a constitucionalidade da Lei n. 11.105/2005, a nova lei de biossegurança, mas também durante o processo de tramitação legislativa dessa mesma lei.

Independentemente do debate acerca dos limites jurídicos e do significado cultural constitucional do respeito à vida e à dignidade humana que seria obviamente travado, o Parlamento, ao dar seguimento ao trâmite burocrático, simplesmente decidiu contrariar a Lei Complementar n. 95[d]. Esta lei impede que uma lei possa legislar sobre mais de um assunto ao mesmo tempo. O alerta foi feito por vários parlamentares, os quais também advertiram sobre o risco de inconstitucionalidade do projeto, eis que igualmente feria o artigo 225 da Constituição Federal por usurpar os poderes constituídos dos órgãos de fiscalização do Estado. Entretanto, o artigo 5º, que trata da questão das células-tronco embrionárias, suprimido pela Câmara na primeira votação, em 2004, foi reinserido na versão final do projeto. Como disse Vigna[5], assessor sênior para Políticas de Segurança Alimentar:

> "(…) A estratégia dos parlamentares pró-transgênicos de fazer da questão das células-tronco um cavalo de Tróia para a aprovação dos organizamos geneticamente modificados, funcionou de forma exemplar. (...) A imprensa voltou o seu focou para a questão das células-tronco. Explorou e aprofundou as divergências religiosas. Apresentou a questão de forma superficial contribuindo mais para a desinformação do que para a formação de um espírito crítico. Os transgênicos, tema que move importantes interesses econômicos, foram completamente esquecidos. A questão dos organismos

c. Depoimento dado por Maria Roseli disponível em: http://culturadavida.blogspot.com/2008/05/2705-audincia-pblica-fraude-dos-embries.html

d. A Lei Complementar n. 95/98, parcialmente alterada pela Lei Complementar n. 107/2001, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. No seu artigo 7º, inciso I estabelece que: "Art. 7º: O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados, os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;". Texto de lei disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

geneticamente modificados (OGMs), depois das 03 Medidas Provisórias editadas pelo presidente Lula, autorizando o plantio e a comercialização das sementes transgênicas de soja da multinacional Monsanto, foi dada como resolvido, pelos órgãos de comunicação. O assunto estava vencido. A bancada ruralista buscou alianças junto a associações de deficientes físicos e cientistas, cujos interesses se associam aos das multinacionais no sentido de desenvolver pesquisas no campo da genética molecular. À articulação política dos ruralistas, somou-se o discurso de autoridade de uma ciência arrivista e o apelo emocional das famílias e dos portadores de diversas síndromes neurológicas".

Eis as duas faces da referida Lei n. 11.105/2005, o artigo 5º da Lei de Biossegurança é um corpo estranho inserido às pressas em uma lei feita para tratar dos organismos geneticamente modificados (OGM). Misturar embriões humanos com soja transgênica foi estratégia do contexto político e econômico, significando a vitória sobre o setor social. O Judiciário apressadamente passou a explorar a questão da vida embrionária sem perceber que estava a descuidar da vida dos cidadãos já nascidos. O cultivo comercial e a comercialização de transgênicos sem a adequada avaliação de riscos estavam proibidos no Brasil por decisão judicial desde 1998. E, na prática, a decisão judicial foi desrespeitada nos últimos anos, pela edição de duas Medidas Provisórias do presidente Lula, autorizando, respectivamente, a comercialização da soja cultivada ilegalmente na safra 2002/2003 e o plantio da safra 2003/2004. Mesmo violando a decisão judicial, foram publicadas, aprovadas no Congresso, tornando-se vigentes. Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 32, em setembro de 2001, alterou-se substancialmente a redação do art. 62 da Constituição Federal de 1988. A partir dessa data, estabeleceu-se que as medidas provisórias não poderiam ser reeditadas e vigorariam por sessenta dias, prorrogáveis por mais 60, ou seja, limitou-se e restringiu-se a atuação do Chefe do Poder Executivo em matéria legislativa, e que, não obstante o critério de necessidade e urgência expresso em lei, vinha sendo amplamente exercido por quase treze anos. Após este prazo, se o Congresso Nacional não a aprovasse, convertendo-a em lei, a medida provisória perderia sua eficácia.

Não se dispunha de um clima favorável no Congresso e tão pouco plena receptividade social; ao lado da forte pressão internacional e dos cientistas e agricultores, havia muita insegurança e receio da população quanto ao consumo. O princípio da precaução[e6], insculpido no artigo 225 da Constituição Federal, teimava em aparecer na mente dos cidadãos. Assim, como já se disse, foi providencial a inserção do artigo 5º, que trata da questão das células-tronco embrionárias, suprimido pela Câmara na primeira votação, em 2004. Todo o trâmite legislativo da Lei n. 11.105/2005, bem como o julgamento da Adin n. 3.510, que suscitou sua inconstitucionalidade, delineiam o retrato da prevalência do político e do econômico sobre o jurídico e o social. Desse modo, a densificação da jurisprudencialização possui duas faces e duas perspectivas: a positiva, no sentido da atualização e adequação histórica das normas, e a negativa, diante do risco de retrocesso social e de eterno retorno aos vícios positivistas pela não suspensão dos preconceitos.

Quanto à suspensão dos preconceitos, fica claro que se trata de um ensinamento da Filosofia, da Hermenêutica Filosófica de Gadamer[7], a qual o jurista é chamado a conhecer. Por meio da Hermenêutica Filosófica, o jurista intérprete conscientiza-se de que seu modo de ver o mundo é o seu modo de ser no mundo, ou seja, sua compreensão acerca do conteúdo de uma norma/texto legal sempre decorrerá de sua pré-compreensão/preconceito relativo ao assunto da norma, ou seja, não se fica (jamais) diante do texto normativo despido de pré-compreensões e preconceitos, isso seria manter-se alheio à sua história pessoal e automaticamente silenciaria a norma e os significados concretos que a essa mesma norma assumiria. O desafio, portanto, não é bloquear os preconceitos (o que é inevitável), mas manter-se em constante atenção, questionando-se sempre acerca da autenticidade ou inautenticidade dos mesmos preconceitos, pois, integrados ao modo de ser e olhar do intérprete, podem ser fruto de hábitos viciados e destoantes do contexto e valores presentes. Para

e. O princípio da precaução foi trabalhado pela autora em Araújo, Silveira. Este princípio foi proposto na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92) no sentido de proteger o homem e o meio ambiente contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados, é dizer: na ausência de certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano. Trata-se de precaução e não de prevenção, pois como se desconhece o risco, impossível tomar medidas a fim de evitá-los. Esse princípio encontra expressão concreta nos sete incisos do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal.

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

Streck[8],este exercício implica promover rupturas paradigmáticas com a ultrapassagem do modelo positivista formalista exegético-dedutivista a partir de leituras do texto constitucional, mais críticas e sofisticadas, coerentes com o papel histórico-social do Constitucinalismo. Para o autor, o novo, representado pelo Estado Democrático de Direito, ainda não se tornou visível suficientemente e, esse tornar-se visível, é tarefa da Hermenêutica, cabendo-lhe abrir uma clareira no positivismo metafísico que predomina o imaginário dos juristas.

Quanto ao princípio da vedação do retrocesso social, Sarlet[9], ao realizar uma abordagem contextualizada da proibição do retrocesso, chegou à conclusão de que é possível considerá-la como implícita à Carta de 1988. Segundo esse autor, a norma decorre implicitamente não só da noção de Estado Democrático de Direito, mas também do princípio da dignidade da pessoa humana, dos princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica e da proteção da confiança. De fato, este princípio surge na Europa e pressupõe um Estado Social já realizado. Ou seja, parte da ideia de que o dever positivo de concretizar os direitos fundamentais, imposto pela Constituição, já tenha sido cumprido, decorrendo daí, obviamente, uma garantia de preservação das conquistas atingidas. No Brasil, como a realidade do Estado Democrático de Direito brasileiro não constitui o chamado *plus normativo*[f10] em relação ao Estado Social, o qual tão pouco foi cumprido na sua integralidade, a compreensão desse princípio deve atender às especificidades brasileiras centrando-se no dever estatal de realizar os direitos fundamentais sociais prestacionais.

Mas este princípio é extremamente valioso para o contexto de jurisprudencialização da Constituição na medida em que representa uma vontade de mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Pode-se afirmar, desse modo, que a justificativa de progresso social e científico, com base nas pesquisas com células-tronco embrionárias, encontra limites, não apenas no princípio da precaução, mas também na cláusula de não retrocesso social, é dizer, que o conceito da dignidade humana deve ser lido e compreendido a partir dessa cultura constitucional construída historicamente e não a partir da cultura da técnica mercadológica e consumista.

Nesse sentido, é importante voltar-se o olhar para a redação do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, segundo o qual "Constituem objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) garantir o desenvolvimento nacional". Mesmo com certo paradoxo e vagacidade, este artigo refere-se ao objetivo de progresso que deve guiar o Estado em sua atuação, mas, não há, contudo, referência a que tipo de progresso e, sem dúvida, pode-se incorporar o progresso jurídico, científico, tecnológico, humano e social, notadamente no enfoque de concretização dos direitos fundamentais. Por conseguinte, na medida em que existe um mandamento dirigido ao Estado determinando um dever de ocasionar o progresso, por via reflexa, é perfeitamente cabível dizer-se que também existe um dever de não ocasionar um retrocesso. Trata-se de uma constatação lógica, já que quem causa um retrocesso, por óbvio, está a deixar de realizar um progresso sobre o mesmo tema. Logo, o princípio da proibição do retrocesso possui previsão constitucional específica e deve ser assim aplicado.

O desafio da jurisprudencialização é quanto aos sentidos que o jurista-intérprete pode denotar. Com a decisão proferida na Adin, decidiu-se que o embrião faz parte da espécie humana, mas que pode ser tratado como coisa, pois não merece ter sua dignidade reconhecida. Pois bem, este é o sentido jurisprudencial que os tribunais estão criando para a dignidade humana e para os direitos humanos, mas o que em efeito se fez em termos de reflexão ética e filosófica? A primeira crítica a ser feita é: como este Estado Democrático de Direito brasileiro, teoricamente, incentivador e promotor da participação democrática, está gestando o debate popular e político e a própria participação da comunidade? Veja-se que entre a data de promulgação da Lei n. 11.105 à data do julgamento da Adin n. 3.510 passaram-se quase três anos e, nesse tempo, pouco ou nada se falou de concreto, havendo apenas efeito midiático; e a respeito dos transgênicos,

f. A expressão do Estado Democrático de Direito como um plus normativo em relação ao Estado Social é de Morais e encontra-se em Streck LL, Morais JL. *Ciência política e teoria do Estado*, p. 97-108, nota de rodapé 210, p.147. É empregada no sentido de enaltecer o caráter transformador da realidade assumido por aquele em relação ao Estado Social de Direito. O democrático qualifica o Estado, irradiando os valores da democracia e imprimindo o compromisso de utilização da lei não mais apenas como ordem geral e abstrata, mas como elemento transformador do status quo a partir da participação pública. Além do compromisso de concretizar uma vida digna ao homem por meio da efetivação dos direitos humanos, materializando os direitos formalmente declarados, promete a participação democrática.

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

o diálogo não existiu. Nem mesmo a audiência pública, realizada no dia 20 de abril de 2007, a qual conforme já se assinalou, ocorreu pela primeira vez na Suprema Corte, representou um espaço de debate realmente democrático, popular e participativo, pois compareceram apenas especialistas[g], e o objetivo era exatamente este, ou seja, reunir informações científicas para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade. A população, mais uma vez, foi colocada em posição passiva, assistindo à transmissão ou, pior, sem informações corretas ou conhecimento preciso de que a lei versava também sobre a questão dos transgênicos. Todavia, um contraponto à presente crítica deve ser feito: a população, durante a audiência pública e durante o julgamento da Adin, posicionou-se maciçamente próxima do local, com cartazes e manifestações pró-vida, motivada pelo sensacionalismo e pela emotividade[h]. Se o Estado não propiciou uma participação democrática e digna coerente com a ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito, a sociedade brasileira também não se organizou para refletir eticamente e filosoficamente e, tampouco, soube requerer e fazer valer seu direito de participação.

Além de a sociedade não ter se apercebido de que a questão posta era dupla – transgenia e pesquisa com células-tronco embrionárias –, também não se questionou sobre questão anterior, isto é, a produção de embriões excedentes por meio das técnicas de reprodução assistida. Antes de se pensar sobre o que fazer com os embriões (e veja bem que inevitavelmente algo deverá ser feito), é preciso questionar e refletir por que existem embriões congelados e estocados em bancos e o que os torna inviáveis; do contrário, está-se olvidando de uma problemática que precede a decisão de autorizar ou não pesquisas e torna-se inevitável uma decisão voltada para o utilitarismo mercadológico, é dizer, a coisificação do humano. Se a cultura constitucional brasileira (e também mundial) está começando uma nova história, a partir da aceitação de que existem determinados momentos em que a vida pode ser coisificada, é preciso certificar-se de que se trata de uma construção democrática, do contrário, a legitimidade da jurisdição constitucional deve permanecer em questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos são, ao mesmo tempo, conquistas e promessas da modernidade e, se de um lado oferecem uma larga lista de definições mais ou menos precisas e associadas a um contexto, exatamente por isso permitem a elaboração de teorias que as justifiquem. A abertura para o novo, para a ciência e para a técnica interferirá diretamente nos conceitos historicamente construídos de direitos humanos, dignidade humana, vida, liberdade e autonomia. Neste sentido, as decisões que o STF trazem consequências, pois, por meio delas, precisam-se conceitos que conduzirão o contorno de uma teoria constitucional dos direitos humanos da modernidade. O grande problema do positivismo jurídico surge da sua pretensão em negar todo o questionamento filosófico e a Constituição Federal traz consigo os contornos morais e racionais do pensar bioético. Veja-se o princípio da dignidade da pessoa humana, desde os tempos do Contrato Social, sabe-se que cabe ao Estado reconhecê-la, protegê-la e promovê-la, assim como tantas outras coisas, entretanto, é importante rememorar que a sua existência não fica atrelada à eficiência da ação estatal, ela existe sempre, pois cuida do valor próprio da natureza do ser humano como tal.

g. Para reunir mais informações e definir quando começa a vida, o ministro Carlos Ayres Britto, relator da Adin, realizou a primeira audiência pública da história do tribunal. "Julgar matéria tão difícil é um exercício de humildade. Por isso vamos ouvir os especialistas que nos trazem um aporte valiosíssimo", afirmou a presidenta do STF, ministra Ellen Gracie, na abertura da audiência, que durou cerca de oito horas, e ainda elogiou a iniciativa do relator. O STF recebeu 26 cientistas de diversas áreas – Medicina, Genética, Bioética, Neurociência, Antropologia, entre outros – que defenderam pontos de vista diferentes. Segundo a assessoria do tribunal, 17 foram convidados pelo ministro relator e nove pela Procuradoria. Porém palestram 22 dos presentes: 12 favoráveis às pesquisas e 10 contrários ao uso de células-tronco de embriões humanos. Notícia disponível em: <http://sentidos.uol.com.br/canais/materia.asp?codpag=12071&codtipo=3&subcat=58&canal=cidadania>

h. Conforme divulgado no Jornal Folha de SP on line, na véspera do julgamento da Adin n. 3.510, em Brasílila, vivia-se um clima de forte pressão. Cerca de 30 pessoas portadoras de doenças graves fizeram uma manifestação em frente ao prédio do STF pela liberação das pesquisas com células-tronco. Elas soltaram 600 balões de gás e depositaram ao pé da estátua da Justiça gérberas laranja, para simbolizar a expectativa de julgamento isento. Até o início do julgamento, também seria protocolado no STF um abaixo-assinado, com 40 mil assinaturas, pela liberação das pesquisas, colhidas pelas entidades e familiares de portadores de doenças. Cientistas contrários ao uso de embriões disseram que iriam entregar um documento aos ministros. E, por fim, o STF anunciou que iria reservar espaço no plenário para 20 cadeiras de rodas durante o julgamento. As pressões sobre o ministro Britto começaram em abril de 2007, depois da audiência pública sobre o tema. Desde então, o seu gabinete recebe cerca de dez e-mails por semana, encaminhados tanto por fiéis católicos, contrários às pesquisas, quanto por portadores de doenças. Verificar a reportagem na íntegra em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u377604.shtml>

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

O neologismo bioética demarcou um espaço, e o símbolo de uma reflexão ética e filosófica sobre questões relacionadas à vida humana atualmente atinge um matiz tecnológico, isto é, o diálogo com a técnica. A consequência é que os juízes do STF estão enfrentando questões que não são de cunho científico ou religioso, mas filosófico. Decidir se as pesquisas com células-troncos embrionárias devem ou não continuar não pode ser fundamentado por meio da ciência ou da Teologia, pois atinge questões de fundos eminentemente conceituais. Está em pauta muito mais do que o dilema a respeito de quando começa a vida, mas quanto ao que se deve entender por vida e o que deve ser respeitado como vida, ou seja, de fato a discussão é eminentemente filosófica e recai sobre os fundamentos dos conceitos. Por meio da Filosofia, é possível apurar e questionar os sentidos que a legislação e a jurisprudencialização está imprimindo à vida, aos direitos humanos e à dignidade numa realidade de avanço da ciência e da técnica.

O tema das pesquisas com células-tronco embrionárias apresenta um elevado grau de dificuldade ao ambiente jurídico positivista, pois historicamente não possui uma abertura ético-jurídica – e, portanto investigativa – mas sim, uma visão prática de conceituar o juridicamente certo e o juridicamente errado. Nesses termos, estar-se-á sempre diante de dilemas, e o dilema por si já induz a percepção de existência de uma única resposta correta. No caso das pesquisas com células-tronco, apresenta-se: de um lado, o direito à saúde e à vida; de outro, o direito à livre produção científica.

A tendência é que cheguem à Corte Constitucional cada vez mais temas e dilemas de bioética, e a conclusão, óbvia, é que se está diante de um visível agigantamento do Poder Judiciário. O Congresso brasileiro está cada vez mais apequenado, os ministros do STF ocupam espaços do Legislativo e assumem seu papel político julgando, à maneira americana – cultura privilegiadora do precedente judicial, *Comon Law* –, casos polêmicos que repercutem no cotidiano. De fato, o papel político da Justiça e o embate entre os poderes são fenômenos das democracias e expressão da inter-relação dos poderes, o único cuidado é quanto à preservação da chamada legitimação da jurisdição constitucional no processo de jurisprudencialização da Constituição. Os juízes não são representantes diretos da população na democracia brasileira e é essencial que atuem no amparo dos princípios fundamentais do texto constitucional e dos princípios ético-morais. Nesse sentido, a razão, a argumentação e a reconstrução racional de conceitos são ingredientes necessários para que o jurista-intérprete suspenda preconceitos arraigados em ideologias, crenças particulares e pressões populares, políticas, científicas, midiáticas e, até mesmo, internacionais. Talvez a estratégia de audiência pública, adotadas pelo STF durante o trâmite da Adin n. 3.510, represente o caminho rumo a implementação da chamada democracia participativa, todavia, para tanto, precisam ser mais participativas e representativas dos vários setores sociais e inclusive das outras áreas do conhecimento, de modo a constituir alternativas possíveis de rearticulação de espaços públicos e favorecer a formação de opinião em sociedade hoje tão dominadas por sistemas de informação midiáticos.

Quanto ao fato do embrião ser vida não repousam duvidas, o dilema é quanto a que direitos deve-se conferir a ele e automaticamente que poderes de decisão podem-se conferir a quem os possui. Na medida em que pela legislação brasileira está autorizada a pesquisa com células-tronco embrionárias e, portanto, autorizada a coisificação da vida, abre-se ao direito e aos juristas o papel de categorizar o embrião, estabelecer um estatuto permissivo de uso delimitando também, por óbvio, os limites do uso. Em certa medida é afirmar e aceitar a mercantilização do corpo, afinal, células embrionárias constituem material genético humano. Neste sentido, outro ponto a ser refletido é quanto a coerência de tratamento a ser dado pelo direito nas situações de aborto, transplantes e eutanásia, eis que envolvem diretamente a pessoa humana e a disposição sobre seu corpo.

Na medida em que se considera o embrião pessoa ou coisa, as consequências jurídicas são diversas. O sentido jurídico romano de *dominium* não significa a faculdade de gozar e dispor de modo absoluto, mas o poder governar com fim ao bem comum, historicamente, pelo direito romano, o proprietário de um escravo não podia maltratá-lo ou vendê-lo. Se a destruição de uma vida escrava não construía o bem comum, a destruição de uma vida embrionária ajudaria? A declaração da constitucionalidade da lei n. 11.105/05 confirmou a permissão de prática de pesquisas científicas com embriões e como as intervenções o levam à destruição, sem dúvida, significa que está submisso a condições piores de um escravo, pois o direito de nascer e viver não lhe é concedido. Ser um ser humano, mesmo

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

em fase embrionária, significa ter a salvo direitos enquanto que, ser coisa, significa poder ser tratado como escravo.

Esta postura segue uma linha utilitarista, pois se autoriza que se faça o que nem mesmo o senhor podia fazer com seu escravo. O respeito à vida do embrião deve ser a base fundante das pesquisas, o ponto de partida, pois esta é a cultura constitucional, permitir o contrário é autorizar a mutação dos princípios da história constitucional cedendo aos valores do mercado e da técnica, neste sentido, visível o momento de vulnerabilidade social diante da opressão e controle social. Na realidade, o tratamento dado ao embrião reflete a escravidão do homem enquanto escravo dos seus desejos que, esquecido da virtuosidade no exercício ético do agir humano, gradativamente caminha para o uso utilitário e mercadológico do corpo.

No campo da moral e da ética, o Direito, endeusado por seu diferencial de dispor de um poder sancionador e coator, mostra-se débil e, muitas vezes, ineficaz. Não há outra saída para o Direito senão a de retomar o elo com a Filosofia e a Ética, de modo a buscar espaço de diálogo com a construção de fundamentos racionais a partir dos valores culturais autênticos, estando sempre atento ao perigo de ceder a convicções superficiais de uma pós-modernidade imersa em uma falta de referenciais. Mais do que nunca, este é o papel que o Direito assume na Pós-modernidade e deve retratar-se com o estabelecimento de escolhas racionais e moralmente coerentes. Nesse cenário, delineiam-se os caminhos da cultura pós-moderna dos direitos humanos.

Gradativamente assiste-se à redefinição conceitual do que sejam direitos humanos, vida e dignidade humana, e essas redefinições deverão ser sempre confrontadas com a herança da cultura constitucional brasileira historicamente construída. Uma Constituição representa a densificação cultural de um povo e não de 11 ministros. O risco sempre presente é de um ativismo midiático manipulador dos valores sociais, mas também de um ativismo judicial exacerbado, deslocado do social e direcionado a interesses particulares, políticos ou de grupos específicos, nacionais ou internacionais. A era tecnológica, em um cenário globalizante, vende como cultura a técnica pela técnica e, nesse reino, os questionamentos assumem um patamar superficial ausente de reflexões culturais e filosóficas. Assim, diante da Adin n. 3510 retoma-se o tema da cultura constitucional da vida e do seu delineamento na pós-modernidade no STF. O assunto em debate é mais profundo do que a mídia retrata, pois deve-se refletir o que significa a mutação constitucional da cultura da vida que foi acordada e retratada como vontade nacional em 1988. Se não for mais possível crer que a Constituição ainda constitui, talvez mais indicado seja construir uma nova Constituição Federal.

Mario Quintana, o poeta brasileiro conhecido como poeta passarinho, autor da epígrafe de abertura deste texto, dizia que não era possível saber exatamente o sentido e significado de uma poesia, dizia ele: "Se alguém te perguntar o que quiseste dizer com um poema, pergunta-lhe o que Deus quis dizer com este mundo...", todo caso, não se poderia deixar de finalizar este texto exatamente com a epígrafe escolhida para abri-lo: "O mais triste de um passarinho engaiolado é que ele se sente bem". Se não se pode saber o que os poetas querem dizer com seus poemas pode-se livremente interpretar, assim, escolhe-se dar aos seus versos o sentido do tema em discussão: o passarinho do poema "Vidinha" está presente no cenário de crescente perda de sensibilidade social para com a vida frágil e humana a qual, exatamente por isso, deveria ser tratada com respeito. Falta à pós-modernidade, pessoas com a "alma" de passarinho de Quintana – "Meu Quintana, os teus cantares. Não são, Quintana, cantares: São, Quintana, quintanares"[1].

REFERÊNCIAS

1. Bandeira M. Poema Quintanaes. In: Carvalhal T. Coletânea 80 anos de poesia. Porto Alegre: Globo; 1986.
2. Brasil. Lei de Biossegurança 11105/2005. Brasília; 2005.
3. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: [s.n.]; 1988.
4. Bobbio N. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus; 1992.
5. Vigna E. A lei da biossegurança e os caminhos da sociedade civil. Disponível em: http://www.inesc.org.br/conteudo/publicacoes/textos
6. Araujo LEB, Silveira AA. O princípio da precaução em defesa da dignidade humana face às manipulações genéticas. In: Leal RG, organizador. Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC; 2002.

BIOETHIKOS - Centro Universitário São Camilo - 2009;3(1):100-109

7. Gadamer HG. Verdade e método I. 5ª ed. Petrópolis: Vozes; 2003.
8. Streck LL. Hermeneutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado; 2004.
9. Sarlet IW. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Rev Diálogo Jurídico. 2001;1(4).
10. Streck LL, Morais JLB. Ciência política e teoria do Estado. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2006.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

Brum E. A guerra dos embriões. Rev Época 2004 Mar;304:68-72.
Häberle P. Teoria de la constitución como ciência de la cultura. Madri: Tecnos; 2000.
Morais JBL, Agra WM. A jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional. Rev Inst Hermenêutica Jurid. 2004;1(2);217-42.

Recebido em: 2 de março de 2009.
Aprovado em: 30 de março de 2009.