

O ativismo judicial na pesquisa com seres humanos

Judicial activism in the research with humans

RECKZIEGEL, Janaína *

Resumo: O presente artigo pretende discutir o ativismo judicial frente à decisão judicial prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, em relação às pesquisas científicas com seres humanos, especificamente a respeito das células-tronco a partir de uma análise histórica e constitucional. A Constituição deve garantir o pluralismo político, que segundo Habermas deve ser por mecanismos democráticos, trazendo a possibilidade da participação popular representativa para legitimar o poder e decisões por eles emanadas, e não uma escolha ética individualista, na crença de ser a melhor resposta, acabando por enfraquecer a cidadania e a própria democracia, desvirtuando o processo e a vontade do Poder Legislativo, ao qual é eleito para demandar sobre questões políticas e representar a vontade popular. Diante da omissão legislativa quanto ao tema, socorreu-se ao Judiciário para que decidisse sobre o conflito.

Abstract: This article discusses judicial activism against the ruling handed down by the Supreme Court, on scientific research with human beings, specifically on stem cells from a historical and constitutional analysis. The Constitution should guarantee the political pluralism that Habermas should be for democratic mechanisms, bringing the possibility of popular participation representative to legitimize the power and decisions issued by them, not an individualistic ethical choice, in the belief that the best response, eventually weaken the citizenship and democracy itself, the process distorting the will of the legislature, which is elected to sue on policy issues and represent the popular will. Given the legislative omission on the subject, helped to the judiciary to decide on the conflict.

* Professora e pesquisadora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; doutoranda em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, RJ; Mestre em Direito Público; especialista em Mercado de trabalho e exercício do magistério em preparação para a Magistratura e em Educação e docência no ensino superior; graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; advogada e Professora universitária; Av. Getúlio Vargas, 542, S, Ed. Olympus, apto. 401, Chapecó - SC, CEP: 89.814-000. E-mail: janainar@desbrava.com.br

Frente ao exposto, procurar-se-á uma resposta constitucionalmente adequada que busque efetivar direitos evitando decisões arbitrárias e discricionárias, que acabam por afastar o conteúdo constitucional da própria decisão, ao qual se pretende proteger.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Pesquisas científicas. Células-tronco. Supremo Tribunal Federal. Resposta constitucionalmente adequada.

Based on these will seek a constitutionally adequate response that seeks to enforce rights to avoid arbitrary and discretionary decisions, which ultimately remove the constitutional content of the decision itself, which is intended to protect.

Keywords: Judicial activism. Scientific research. Stem cells. Supreme Court. Constitutionally adequate response.

Introdução

Conforme vai evoluindo a sociedade, conseqüentemente vão ocorrendo mudanças sociais, em vários aspectos como: ideologias, valores, crenças, culturas, estudos científicos, como por exemplo, as experiências médicas com seres humanos, reprodução assistida, manipulação genética, intervenções científicas em embriões humanos, entre outros, os quais trazem complexos desafios para os seres humanos que não são fáceis de serem resolvidos e que necessitam de soluções.

A prática, registrada desde longa data em resposta à imperiosa necessidade de se buscar mecanismos aptos a promover a proteção da saúde humana, ocorre por intermédio da pesquisa de novas substâncias medicamentosas ou terapias direcionadas a enfermidades cotidianas, consubstanciando-se a importantes avanços na área médica.

Não obstante a propositura de uma regulamentação incipiente, pautada nas Declarações Internacionais ou mesmo em Resoluções internas, nota-se que persiste uma lacuna quando se trata de limites ético-jurídicos objetivos, aptos a efetivamente legitimar as experimentações científicas com seres humanos, tema que permanece, portanto, à margem de um tratamento legislativo específico, o que hoje não se encontra em razão da ausência legislativa estar adentrando no Judiciário por meio do ativismo judicial, o que vem a demonstrar a importância teórico-social da discussão.

Procurar-se-á trazer à baila para reflexão a questão do papel da jurisdição constitucional na tomada de decisões políticas e sociais complexas e as suas conseqüências dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, em especial utilizando como parâmetros de debate as teorias de Jürgen Habermas e de Lenio Streck à decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a utilização das células-tronco embrionárias geradas por meio de técnicas de reprodução assistida *in vitro*.

Esta decisão era de tal importância que poderia até mesmo mudar o destino da humanidade, mas o povo apenas assistiu de forma passiva, sem a oportunidade de poder manifestar-se ou participar mediante de uma consulta popular.

A abordagem resta, nesses termos, dividida em quatro capítulos: em um primeiro momento, faz-se o resgate histórico da realização dos ensaios clínicos com seres humanos, a partir da disciplina regulatória que lhe foi conferida em âmbito internacional e pátrio, tópico a que por ora já se reporta, de forma concisa, é claro, porque indispensável à introdução do tema de pesquisa. Procede-se, ainda,

ao exame das tensões sociais, surgidas pela sociedade moderna frente à Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), buscando os motivos pelos quais não foi suficiente para acautelar a tensão social que criou. Em seguida, analisa-se a crise do direito positivista e o deslocamento na busca de soluções às tensões sociais como a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal frente à utilização das células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, passando este a obter um papel mais ativista surgindo algumas distorções diante da aplicação de princípios constitucionais.

Posteriormente, passa-se à análise da teoria procedimentalista de Jürgen Habermas, para buscar o afastamento da discricionariedade do Poder Judiciário na solução de conflitos sociais, utilizando-se da democracia participativa, e confrontando-a com a decisão do Supremo Tribunal Federal, especificamente nas pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, para verificar se houve uma jurisdição constitucional aberta e democrática.

Ao final, buscar-se-á estudar a Crítica Hermenêutica do Direito ou a Nova Crítica do Direito, construída pelo Dr. Lenio Streck, para fazer um contraponto com a solução estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal diante das pesquisas com células-tronco embrionárias, para verificar se a resposta dada como solução alcançou a resposta correta frente à Constituição Federal.

1 Breves contornos éticos e jurídicos norteadores das pesquisas científicas com seres humanos

A modernidade representou o reconhecimento do indivíduo como ser autônomo, dotado de dignidade, suplantando a noção a qual outrora o reduzia a mero objeto a partir da própria concepção de direitos humanos que começava a se estabelecer, conferindo-lhe respaldo social e jurídico. A superação dos chamados "determinismos naturais" ou mesmo das explicações de cunho divino, típicas da fase medieval, cederam espaço à racionalidade e à ciência, oportunizando, com o transcorrer dos tempos, um progresso significativo também na área médica por meio da descoberta de técnicas curativas ou medicamentos importantes para a saúde humana. O crescente poder de intervenção e controle sobre a dinâmica, quer natural, quer social, que se perfez pela consciência de liberdade e autonomia assumidas nesse novo cenário cultural, acabou por despertar no ser humano, a *contrario sensu*, uma perigosa medida de suas potencialidades, externando-se no emprego de métodos imprudentes e lesivos no exercício da medicina, em especial quanto aos experimentos científicos correlatos.¹

Recorrendo-se aos registros históricos, tem-se inúmeros casos congêneres, a citar o ocorrido no ano de 1721, na Inglaterra, quando o cirurgião inglês Charles Maitland inoculou varíola no organismo de seis prisioneiros sob a promessa de concessão de liberdade ao fim do procedimento experimental. Na Alemanha, por sua vez, entre os últimos anos do século XIX e a primeira metade do século XX, ensaios clínicos não consentidos pelos pacientes foram realizados com a exposição a doenças venéreas incuráveis, à febre tifoide ou mesmo ao frio intenso, além de transplante de células cancerígenas, com o intuito de analisar o grau de resistência e a evolução sintomática para suposto aperfeiçoamento no trato das enfermidades.²

A Segunda Guerra Mundial, entretanto, surge como referencial exemplificativo em face da prática reiterada, com o conseqüente uso em larga escala de seres humanos, já que incontáveis as situações fáticas em que prisioneiros foram involuntariamente submetidos a técnicas degradantes de

¹ Junges (2006, p. 73-74).

² Araújo (2003, p. 57-63).

esterilização e congelamento ou envolvendo gases tóxicos, substâncias venenosas e agentes infecciosos, principalmente nos campos de concentração nazistas de Ravensbrück, monitorado pelo Dr. Herta Oberheuser; e Auschwitz, pelos médicos Joseph Mengele e Eduard Wirths, destacando-se a finalidade militar das experimentações.³

Tem-se, no século XX, o período histórico que se notabiliza pela proliferação de legislações nacionais e tratados internacionais nas áreas civis, políticas, econômicas e culturais, entre outras,⁴ que buscaram positivar e ressaltar a necessidade do respeito aos direitos individuais. Contudo, foi também o século em que, paradoxalmente, a humanidade sofreu as mais horrendas violações.⁵

Em resposta aos abusos relatados, na época defendidos pelos pesquisadores em nome do Estado e do progresso científico, chegando-se a argumentar no sentido da persistência e similitude desses experimentos ao longo dos séculos antecedentes à guerra, bem como da ausência, até então, de uma normativa regulamentadora, instalou-se, ao final do conflito em êxito, o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, visando a julgar tais condutas, consideradas crimes contra a humanidade, e os agentes responsáveis,⁶ culminando na elaboração do *Código de Nuremberg*, documento que merece destaque por representar o primeiro marco de cunho ético⁷ voltado à limitação das condutas em pesquisas com seres humanos a partir de 10 princípios legitimadores fundados nos critérios de beneficência, autonomia, consentimento livre e informado, além da minoração dos riscos, indispensabilidade do emprego dos métodos em indivíduos e a devida regulação científica.⁸

Em que pese sua representatividade inaugural, a codificação acabou por não exercer, *a priori*, efetiva influência prática, inclusive no âmbito jurídico, já que desprovida de força legal em razão de não ter sido incorporada, de imediato, às legislações internas, persistindo os casos de arbitrariedades nos estudos clínicos desenvolvidos nos mais diversos países. Não se pode desconsiderar, no entanto, a inspiração dada à Declaração de Helsinque, cujo primeiro texto, aprovado no ano de 1964, na Finlândia, recebera nova versão em 2000, agora na cidade de Edimburgo, mediante votação na 52ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial.⁹

Tem-se a inferir, portanto, que a proposta ética de Nuremberg somente vem a ser implementada na relação médico-paciente a partir da década de 1960. De fato, as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisa Biomédica envolvendo seres humanos são postuladas apenas em 1982, em um esforço conjunto do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (Cioms) e da Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo objeto de constantes revisões, a exemplo das realizadas em 1993 e 2000, com ênfase, respectivamente, na aprovação do protocolo de pesquisa por comissão ética e inserção do consentimento de menores, quando possível, e no uso de placebo, dentre outros aspectos, como a extensão dos benefícios obtidos não somente a todos os partícipes, mas ao agrupamento social em que se realizou determinada pesquisa.¹⁰

Ao analisar as especificidades desse complexo quadro em que o progresso científico impescinde de uma moderação ética, propiciando a coexistência harmônica e pacífica entre a aplicação de novas tecnologias e o equilíbrio humano e ambiental, nota-se que os ensaios legislativos, embora incipientes,

³ Bogod (2004, p. 1155).

⁴ Barreto (2003, p. 343).

⁵ Hobsbawm (2006, p. 56-60).

⁶ O referido Tribunal efetuou o julgamento de 23 médicos; 16 foram declarados culpados e 7 condenados à morte. Gafo (1994, p. 207-231).

⁷ Nas palavras de Aristóteles, a ética, como uma área da filosofia, é “a ciência da conduta humana”. Aristóteles (2007, p. 34). Nesse sentido, adota-se aqui também entendimento de mesma linha, em que a ética se traduz na “busca de justificativas para verificar a adequação ou não das ações humanas”. Vasques (2000, p. 15-34).

⁸ Vieira e Hossne (1998, p. 37).

⁹ Araújo (2003, p. 57-63).

¹⁰ Vieira e Hossne (1998, p. 38).

resultam do surgimento da Bioética¹¹ que se perfectibiliza em verdadeira “tomada de posição da sociedade” diante dos referidos desafios, contribuindo de forma preponderante também nas discussões voltadas ao equacionamento ético dos casos concretos que importam na vida em geral, bem como na particularidade da preservação da saúde de cada indivíduo.¹²

Em sede nacional, o processo regulatório típico dessa nova conjuntura começa a caracterizar-se com a vigência da Resolução 01/88, do Conselho Nacional de Saúde, que vem a ser substituída pela Resolução CNS 196/96, ampliando-se os parâmetros ético-limitadores das práticas experimentais para além da área da saúde, mediante o redirecionamento das pesquisas com seres humanos, consideradas aquelas que “[...] individual ou coletivamente, envolvam o ser humano de forma direta ou indireta, em sua totalidade ou partes dele, incluindo o manejo de informações ou materiais”.¹³

Ainda no que concerne à Resolução 196/96, ressalta-se que ao estabelecer os requisitos norteadores da realização de estudos clínicos no país, fundamenta-os, entre outros pontos, nos quatro referenciais basilares da Bioética: autonomia, caracterizada pelo consentimento livre e esclarecido e proteção aos vulneráveis; beneficência, compreendida como a ponderação entre benefícios e riscos a partir da maximização dos primeiros e minoração dos últimos; não maleficência, evitando-se danos previsíveis; e justiça, que se perfaz por meio da consideração igualitária entre os interesses envolvidos, com vantagem significativa para os sujeitos da pesquisa e mínimo ônus aos vulneráveis, garantindo o fito sócio-humanitário.¹⁴

Contudo, as demandas sociais e as complexidades dos problemas aumentaram demasiadamente, alcançando um grau de detalhamento e especialização que o legislador não conseguiu prever, e tampouco acompanhar e fornecer uma resposta imediata e adequada. Além disso, a positivação do direito, a qual tem por princípio fundar-se em si mesma, independente de qualquer tipo de valoração ética, afasta-se da discussão sobre as bases racionais que possam dar sustentação às normas positivadas, transformando o direito em uma ciência que corre o risco de girar em torno de um vazio, perdendo completamente o sentido de sua ação.¹⁵

Observa-se que o Poder Legislativo, teve como missão encontrar soluções para os problemas apresentados, por meio da criação de leis, observando que esse sistema formalista do direito ingressou na época contemporânea com a contribuição doutrinária do jurista Hans Kelsen, em sua obra, *Teoria Pura do Direito*, em que procurou demonstrar a necessidade de purificação do método jurídico, sob o argumento de que as normas positivadas eram obrigatórias, não porque tinham fundamento moral ou religioso, mas pelo motivo de que eram legitimadas por uma norma jurídica superior (*Grundnorm*) que tinha “um fim em si mesma”, pois legitimava a si mesma e todas as demais,¹⁶ criando “o sujeito de direitos”, que seria reconhecido pelo sistema jurídico como portador de direitos e deveres ficando obrigado ao cumprimento de mandamentos legais.¹⁷

Com a perda do sentido ético do direito¹⁸ ocorreram vários problemas sociais, entre eles pode-se citar a dignidade da pessoa humana, que ficou para segundo plano no processo de legalização deste “sujeito de direitos”. Dessa forma, John Gilisen afirma que passou a ser permitido ao indivíduo fazer

¹¹ O termo Bioética (Bio=Ethik) fora empregado, pela primeira vez, no ano de 1927 em artigo de Fritz Jahr publicado no periódico alemão Kosmos, oportunidade em que é tratada como “o reconhecimento de obrigações éticas não apenas com relação ao ser humano, mas para com todos os seres vivos.” Goldim (2009, p. 55).

¹² Junges (2006, p. 11).

¹³ Araújo (2003, 57-63).

¹⁴ Brasil (1996, p. 50-51).

¹⁵ Zagrebelsky (2005, p. 30).

¹⁶ Kelsen (1976, p. 267).

¹⁷ Habermas (2003, p. 68).

¹⁸ Larenz (2005, p. 48).

tudo o que a lei não proibisse, sendo que o Estado desonerou-se da obrigação de proteger valores não disciplinados pelo ordenamento jurídico.¹⁹

Com a evolução social e científica, observa-se que a positivação do direito (fundar-se em si mesmo), não dependendo de valores éticos, mas afastando-os, corre-se o risco de criar uma ciência “fria” não preocupada com os valores e a moral adotada por uma sociedade, como o caso da Alemanha nazista.²⁰

A Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), que é citada de forma exemplificativa, passou a permitir em seu artigo 5º a utilização de células-tronco advindas de embriões humanos reproduzidas “*in vitro*”, e descartadas após o processo de reprodução assistida,²¹ atendidas as seguintes condições: que os embriões sejam inviáveis; estejam congelados a três ou mais anos; consentimento dos genitores, entre outras, mas a presente lei não conseguiu ser suficientemente eficiente para resolver os conflitos sociais envolvidos pelo tema, porque se preocupou apenas com o conhecimento técnico e científico, sem buscar a fundamentação ética que envolve o tema.²²

Diante da falta de um fundamento consistente por parte do legislador da Lei de Biossegurança, o conflito social “bateu na porta” do Poder Judiciário, mas especificamente do Supremo Tribunal Federal para que decidisse o conflito: (im)possibilidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa no âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal, na qualidade de “guardião” da Constituição Federal, entre suas atribuições, encontra-se a verificar a (in)constitucionalidade da legislação infraconstitucional, emanadas pelo Poder Legislativo, podendo este limitar-se a efetuar uma interpretação restritiva dos direitos constitucionalmente postos em questão, adotando uma postura jurisdicional, e, com isso, não responder a determinados pontos de tensão social, ou, então, optar por uma interpretação expansiva, dando uma resposta para o problema que os órgãos democraticamente eleitos (Poder Legislativo) não conseguiram,²³ mas nesse sentido o Poder Judiciário poderá incorrer em decisões discricionárias se não utilizar fundamentos e bases teóricas consistentes para responder cada situação concreta.

2 Discricionariedade das decisões judiciais

O Poder Legislativo encontra-se enfraquecido em razão da complexidade dos problemas sociais, pois não está conseguindo soluções políticas capazes de se sustentarem, frente a uma ausência de fundamentação racional que garanta sua aceitação, recolocando os conflitos para o Poder Judiciário, que acaba por ultrapassar sua atuação jurisdicional, na busca de soluções a respeito dos temas que lhe são apresentados.

¹⁹ Gilissen (2003, p. 413).

²⁰ Zagrebelsky (2005, p. 30).

²¹ 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 contemplarem 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 realizarem 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 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

²² Minahim (2005, p. 45).

²³ Queiroz (2008, p. 174).

O marco histórico dessa situação adveio com a Constituição Federal em 1988, quando o Poder Constituinte Originário, para conseguir assegurar a tutela constitucional e garantir os direitos fundamentais, instrumentalizou o Poder Judiciário com ações²⁴ para ter controle sobre as políticas públicas.

O fato é que o Poder Judiciário não se encontra preparado para isso, tomando decisões, muitas vezes, imprevisíveis; confronta-se com o Executivo ou o Legislativo, corrigindo ou ajustando suas ações ou omissões, para atingir os fins previstos na Constituição Federal.²⁵

Observa-se que o real papel da jurisdição constitucional vai além de controlar a proteção dos seres humanos contra os abusos estatais, procura-se oportunizar uma maior eficácia aos direitos fundamentais, por meio da interpretação e integração, as quais cabem aos magistrados efetuar na lei, conforme os ditames constitucionais.²⁶

Habermas, entre outros procedimentalistas, censurou tal prática, pois afirma que ao Judiciário não cabe esse tipo de interferência, pela razão de que questões polêmicas e complexas com conteúdos morais e éticos deveriam ser resolvidas por debate nacional, verificando a opinião pública a respeito, caso contrário, impossibilitaria²⁷ a participação democrática da população, não podendo se manifestar.²⁸

Dr. Lenio Streck²⁹ critica a objeção apresentada pelos procedimentalistas e defende a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais, inclusive de políticas públicas.

Afirma que não se pretende defender a substituição da discricionariedade daqueles que foram legitimamente eleitos para tomarem decisões políticas, pela discricionariedade dos magistrados. Ao contrário, afirma que nenhum intérprete está autorizado a realizar interpretações discricionárias, pois se as decisões judiciais que se baseiam na interpretação das leis pudessem ser feitas de forma discricionária, não haveria a necessidade da existência de leis.³⁰

A tomada de decisões discricionárias acaba por violar os princípios basilares do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, pois elas se baseiam em valores subjetivos e não democráticos. Portanto, ao magistrado, cabe ater-se aos limites que o texto legal estabelece e não ao que entenda ser a melhor forma de solução, conferindo sentido arbitrário e decisionista às normas.³¹

A Constituição deve garantir o pluralismo político (pó meio dos mecanismos democráticos), trazendo a possibilidade da participação popular representativa para legitimar o poder e decisões dele emanadas.³²

Após a exposição, passa-se à análise da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação às pesquisas realizadas com células-tronco embrionárias, verificando se a decisão respeitou os princípios do Estado Democrático de Direito ou se acabou adentrando a esfera da discricionariedade.

Como a situação era complexa, precisou-se da explicação de vários especialistas se manifestando sobre o início da vida humana, e também ofertando informações e opiniões (que se divergiam) para facilitar o entendimento dos Ministros no julgamento.³³

Manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, dividindo-se e apontando posicionamentos contraditórios em seus votos, mas o veredicto final foi no sentido de permitir o uso de células-tronco embrionárias nas pesquisas científicas, baseando-se em valores morais e éticos.

²⁴ Ações como: Ação Popular, Mandado de Injunção, Ação Civil Pública, Controle de Constitucionalidade, etc.

²⁵ Bajer (2000, p. 240-258).

²⁶ Sarlet (2005, p. 351).

²⁷ Neste sentido também: Gesta Leal (2006).

²⁸ Habermas (2003, p. 233).

²⁹ Streck (2006, p. 128).

³⁰ Streck (2006, p. 128).

³¹ Dworkin (2003, p. 203).

³² Barroso (2006, p. 260).

³³ Emerick (2007).

O Supremo Tribunal Federal assumiu um caráter político-constitucional na liberação das células-tronco embrionárias para a pesquisa, que ficou representada pela escolha ética que cada um de seus membros fez dentro da crença de ser a melhor resposta para a situação em análise, demonstrando uma das mazelas do sistema positivista, ou seja, a multiplicidade de resposta.³⁴

Na visão do Estado Democrático de Direito percebe-se uma ilegitimidade do Supremo Tribunal Federal para tomar essa decisão política, pois assumiu na sua decisão a responsabilidade de deliberações políticas ou éticas que afetam a sociedade como um todo, mas a controvérsia está no sentido de que não foram eleitos pelo povo para atuar nesse papel, cabendo como função constitucional objetiva dos tribunais a solução de litígios em questões jurídicas e não políticas, mas isso não quer dizer que tenham que se limitar à mera aplicação das normas, mas sim, essencialmente à sua interpretação.³⁵

Os magistrados também são chamados a interpretar e a esclarecer o direito, mas não a legislar, e neste sentido Capelletti afirma que “o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois se assim agisse deixaria simplesmente se ser juiz.”³⁶

Diante do explanado, percebe-se que o caso em concreto deveria ter sido objeto de uma consulta popular “referendo”³⁷ sobre a Lei da Biossegurança, para conseguir de forma democrática e na perspectiva do Estado Democrático de Direito, legitimar as possíveis diretrizes para a situação apontada.

3 A teoria procedimentalista de Habermas e a legitimação do direito pelo Supremo Tribunal Federal frente às pesquisas com embriões humanos

A construção de sistemas jurídicos por meio de procedimentos democráticos participativos e a busca do controle e condicionamento do poder pelo Estado é que Habermas defende, por deslocar o foco da legitimidade do sistema jurídico para o próprio processo desde a elaboração até as decisões finais.³⁸

Habermas³⁹ propõe um modelo de Estado Democrático de Direito que tem como base procedimentos democráticos de opinião e vontade, os quais exigem uma identidade política baseada em uma nação de cidadãos, visando a proteger um processo de criação democrático do direito, garantindo que a cidadania disponha de meios necessários e suficientes para entender seus problemas e buscar a forma de solucioná-los.

Frente a esta visão habermasiana, a atuação dos Tribunais Constitucionais na tomada de decisões complexas como a que se apresenta sobre as células-tronco embrionárias que são ao mesmo tempo de cunho eminentemente político-constitucional, acaba por enfraquecer a cidadania, a democracia e também o pluralismo político, e conseqüentemente estariam desprovidas da indispensável racionalidade argumentativa que se refere Habermas.⁴⁰

Outros doutrinadores como Luhmann⁴¹ afirmam que em questões polêmicas não se deve ter a interferência política do Poder Judiciário, devendo serem submetidas a debate nacional, pois demandam

³⁴ Streck (2006, p. 194).

³⁵ Queiroz (2008, p. 291).

³⁶ Cappelletti (1993, p. 74).

³⁷ Referendo é convocado depois da edição da norma, devendo o povo ratificá-la ou não.

³⁸ Habermas (2004, p. 284-292).

³⁹ Habermas (2004, p. 297).

⁴⁰ Souza Cruz (2006, p. 139).

⁴¹ Luhmann (1980, p. 51-113).

uma escolha política pelo fato de que elas, na sua maioria, contêm questões morais e éticas, caso contrário, afastar-se-ia a possibilidade de opinião pública.⁴²

Uma sociedade justa deve proporcionar direitos neutros aos seus cidadãos, em que estes possam buscar suas próprias concepções de bem comum.⁴³

Rawls⁴⁴ afirma que os tribunais são “o fórum da razão pública”, pois os magistrados possuem duas tarefas: usar a ordem jurídico-constitucional para solucionar os conflitos e produzir um discurso para legitimar sentimentos sobre a legislação.

A função dos tribunais, nessa perspectiva, seria somente para solução de questões jurídicas e não de natureza política, pois extrapola o âmbito de sua atuação. Para a resolução dos litígios, utiliza-se como norte o que já está previamente estabelecido pelo legislador político democrático, ou seja, a coerência entre os significados lingüísticos textuais dos preceitos jurídicos e a correção da decisão no caso concreto,⁴⁵ mas essa atuação consiste em elaborar conforme a ordem jurídica vigente uma interpretação e não uma mera aplicação ou a execução do que está previsto na lei.

A grande distinção do magistrado e do legislador é exatamente esta: o magistrado tem a obrigação de utilizar as premissas jurídicas para fundamentar suas decisões de forma coerente, enquanto o legislador toma suas decisões de forma política sem necessariamente ter preocupações com a coerência.

Passa-se à verificação dentro dos parâmetros adotados pelo filósofo alemão Habermas e sua teoria procedimentalista, se houve de forma legítima a efetivação de uma jurisdição constitucional aberta e democrática na questão sobre a pesquisa científica com células-tronco embrionárias pelo Supremo Tribunal Federal.

Primeiramente, cabe ressaltar que o referido caso das células-tronco embrionárias não pode ser resolvido apenas com argumentos técnico-jurídicos, pois demandam posicionamentos argumentativos, éticos e morais, típicos de decisões políticas pelo caráter valorativo.

Segundo Habermas, não cabe ao Supremo Tribunal Federal adotar uma solução técnica para resolver o conflito, pois é de caráter político, devendo buscar formas de garantir aos cidadãos a busca pela solução.

Frente à decisão política adotada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal que acabou por afastar a oportunidade de manifestação da opinião pública sobre o assunto, que segundo Habermas, acaba enfraquecendo a cidadania e a própria democracia, desvirtuando o processo e a vontade do Poder Legislativo, ao qual é eleito para demandar sobre essas decisões políticas.

4 A construção da resposta correta

Dr. Lenio Streck⁴⁶ contesta a teoria procedimentalista de Habermas, pois afirma que ela procuram colocar no procedimento o modo ideal de operar a democracia, por meio de uma universalização aplicativa, trazendo à baila que elas não respondem as questões relacionadas,⁴⁷ como: a falta de vagas nas escolas; o fornecimento de remédios para os doentes crônicos; a falta

⁴² Nesse sentido: Gesta Leal (2006) e Bonavides (2003, p. 326).

⁴³ Rawles (2008, p. 16).

⁴⁴ Rawles (1993, p. 231).

⁴⁵ Queiroz (2008, p. 295).

⁴⁶ Streck (2006, p. 73).

⁴⁷ Streck (2006, p. 73).

de vagas em hospitais, que acabam sendo enfrentadas em ações no judiciário: ações civis públicas, mandados de segurança, entre outras.

Essa superação de modelos já realizados (procedimentalistas), da teoria de Habermas, é fundamental nas democracias em que os principais problemas de exclusão social e de direitos fundamentais já foram resolvidos, pressupondo sociedades com um grau elevado de emancipação social com autonomia de seus indivíduos.⁴⁸

Diante da indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, Streck afirma que perante uma sociedade como a brasileira, que é carente de realização dos direitos, verifica-se a importância da discussão acerca da possibilidade de se alcançar condições de interpretação para se chegar a uma resposta constitucionalmente adequada, denominada pelo autor de “resposta correta”.⁴⁹

Verificando-se que o direito vem assumindo, cada vez mais, o papel de transformador da sociedade, compreendendo-se dessa forma a posição adotada pelo autor, e também verificando que a Constituição dentro do Estado Democrático de Direito assumiu importante função na estrutura político-social: condicionar a legislação, a ação dos agentes públicos, a jurisprudência e as relações sociais.

A grande discussão hermenêutica que se encontra aqui é o desenvolvimento de mecanismos que busquem efetivar direitos, e no mesmo viés evitar decisões arbitrárias, buscando uma resposta correta para o caso em concreto.

Lenio Streck posiciona-se por meio da aplicação das teorias materiais-substanciais sobre o papel da Constituição, por entender que elas reforçam a Lei Fundamental como norma ou uma força normativa, ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais como valores a serem concretizados.⁵⁰

Aqui também se traz à baila o problema da legitimidade do Poder Judiciário, em presença da inércia injustificável dos outros poderes na efetivação dos direitos fundamentais, e por isso a teoria procedimentalista de Habermas, que limita o Judiciário a se preocupar com a preservação dos procedimentos democráticos formadores da vontade política; não pode prevalecer no Brasil, país este que é extremamente carente na efetivação dos seus direitos constitucionais, pois grande parte da população brasileira seria afastada das proteções previstas na Constituição, e em tratando-se de Brasil, são extremamente necessárias diante das diversas dificuldades, entre elas, as econômicas vividas pelos brasileiros.

A proteção positiva dos direitos fundamentais é obrigação da jurisdição constitucional, defendida por Sarlet,⁵¹ pois cabe ao judiciário, conceder aos direitos fundamentais a maior eficácia possível dentro do sistema jurídico, por meio da aplicação, interpretação e integração destas.

Na busca da redução das desigualdades, o próprio texto constitucional⁵² abarca a necessidade da posição interventiva da jurisdição constitucional para procurar reduzir as desigualdades, mas sem ativismos judiciais, o que se percebe em seus objetivos: erradicação da pobreza e da marginalização, redução de desigualdades sociais e regionais, vedação de qualquer lesão ou ameaça a direito que seja excluída da apreciação do Poder Judiciário,⁵³ ou então, dentro dos remédios constitucionais como: o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção⁵⁴ e a própria ação direta de

⁴⁸ Streck (2006, p. 80).

⁴⁹ Streck (2006, p. 9).

⁵⁰ Streck (2006, p. 14).

⁵¹ Sarlet (2005, p. 351).

⁵² Art. 3º, III – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais: Brasil (2005, p. 3).

⁵³ Art. 5º, LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Brasil (2005).

⁵⁴ Art. 3º, LXXI – Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Brasil (2005).

constitucionalidade por omissão,⁵⁵ em casos de falta de uma norma que regulamente a efetivação dos direitos preestabelecidos na Constituição Federal.

Frente à atuação da política, a Constituição Federal reporta-se da seguinte forma: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, CF/1988), e também se referindo aos objetivos do país que se encontram na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da garantia do desenvolvimento nacional e da promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito como: raça, origem, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, CF/1988), mostrando-se que nossa ordem jurídica fundamental se contrapõe a tese procedimentalista de Habermas, pois estabelece as condições de mudança social pelo direito.

Nota-se, que para o Brasil, é necessário outro tipo de desenvolvimento, um desenvolvimento adequado às suas próprias necessidades, com atuação interventiva da jurisdição constitucional, ou seja, de uma teoria da Constituição que responda às suas necessidades.

Aqui, se busca os ensinamentos do filósofo Heidegger,⁵⁶ para abarcar a discussão sobre a possibilidade de se alcançar condições de interpretação capazes de garantir a resposta adequada constitucionalmente; o qual afirma que a hermenêutica deve descobrir no próprio ser humano a ideia de compreensão.

Lenio Streck⁵⁷ salienta que não há grau zero na compreensão, pois é impraticável estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de uma imparcialidade proporcionada por um princípio. É que cada interlocutor sempre virá de um lugar de compreensão, ou seja, terá uma pré-compreensão sobre o objeto de estudo. Por isso, na formulação do juízo de validade do caso concreto, já estará presente a dimensão estruturante, preeconcebida ou pré-compreendida, pois diante dos procedimentos sempre chegamos com elementos e valores anteriores a eles e que são impossíveis de ser eliminados.

Percebe-se, dessa forma, a inviabilidade dos discursos prévios de justificação dos processualistas, pois a resposta correta,⁵⁸ somente poderá advir de uma situação concreta, esta sim, servirá de parâmetro a resposta adequada à Constituição.

Portanto, diante dessa visão, a norma será sempre o resultado da interpretação do texto, pois este não é somente um enunciado linguístico, mas o sentido que será dado ao caso concreto. É chamada por Streck⁵⁹ de síntese hermenêutica “[...] que tem na diferença ontológica a sua condição de possibilidade,” não podendo ser entendido como ativismo judicial ou jurisprudência dos valores, pois a base da chamada Crítica Hermenêutica do Direito,⁶⁰ construída por Streck,⁶¹ é a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica. Nesse viés, ocorre mudança de paradigma em que a linguagem deixa de ser um terceiro fator que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade, uma vez que o processo interpretativo passa a ser produtivo.

Verifica-se por meio disso que na hermenêutica filosófica, interpretar o texto passa a ser sua aplicação, pois ele sempre se referirá a algum fato concreto, mas como diz Streck,⁶² para que isso ocorra deve haver certo grau de dirigismo constitucional e a exigência da intervenção jurisdicional constitucional, em que tal sistemática terá como objetivo vedar respostas diferentes, fechando a interpretação.

⁵⁵ Art. 103, §2º – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Brasil (2005, p. 85).

⁵⁶ Heidegger (2006, p. 304).

⁵⁷ Streck (2006, p. 63).

⁵⁸ Streck (2006, p. 104).

⁵⁹ Streck (2006, p. 118).

⁶⁰ Ou Nova Crítica do Direito.

⁶¹ Nova Crítica do Direito, p. 139.

⁶² Nova Crítica do Direito, p. 141.

Para evitar a discricionariedade judicial, os princípios acabaram por superar a abstração da regra, sendo utilizados para encontrar as respostas corretas para cada caso em concreto, pois o direito exposto como um sistema de regras (positivismo), que busca prever situações abstratas, acabou excluindo de sua abrangência os casos fáticos, deixando-os sem respostas, por não ter previsão legal.

Haveria discricionariedade se os magistrados interpretassem as normas subjetivamente aos casos concretos. Streck,⁶³ afirma que há um acontecer que aproxima a regra do princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor, assim, a regra está subsumida no princípio. Nos casos simples, a regra apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Contudo, diante de casos nos quais a objetivação é insuficiente, causada pela interpretação da regra, surge a necessidade do uso dos princípios. O princípio é o elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Assim, é impossível interpretar uma regra sem considerar o seu princípio instituidor.⁶⁴

Gadamer⁶⁵ leciona que é a explicitação do compreendido que terá o papel de mostrar o lado epistemológico da hermenêutica e não a sua simples aplicação que deixará de lado as arbitrariedades.

Lenio Streck afirma que interpretar é compreender e compreender é aplicar, e não se interpreta para compreender, mas compreende-se para interpretar, formando-se um círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte e a parte somente adquire sentido pelo todo).⁶⁶

A resposta adequada constitucionalmente é possível a partir da hermenêutica filosófica, pois a aplicação já se encontra na fundamentação, não permitindo a cisão entre a aplicação e a fundamentação, não se verificando entre as características da hermenêutica a de múltiplas respostas, como no positivismo, mas necessitará distinguir casos fáceis e difíceis, pela diferença ontológica e pelo círculo hermenêutico.

É por meio da decisão do caso em concreto que se obterá a resposta correta constitucionalmente; a objetividade interpretativa ocorrerá mediante os princípios que fecham a interpretação, sendo que esta resposta deverá ser justificada racional e adequadamente.

Ressalta-se que a interpretação é a explicitação do compreendido nos casos em concreto, e, portanto, repete-se aqui que não interpretamos para compreender, mas, compreendemos para interpretar.

Lenio Streck adverte que essa explicitação deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, da doutrina e da jurisprudência, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica, que ao fim e ao cabo legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.⁶⁷

Por intermédio de um aprofundado estudo constitucional se obterá a resposta correta para cada caso em concreto, em que os princípios irão sustentar e complementar as regras insuficientes, pois para cada regra existe um princípio constitucional, obtendo-se coerência e integridade do direito, e acabando por consequentemente afastar a subjetividade dos magistrados nas suas decisões.

Os limites da atividade dos magistrados não dependerão de suas virtudes pessoais, nessa construção teórica, mas simplesmente na observância e aplicação de valores materiais e princípios previstos na Constituição Federal, chegando-se à resposta correta constitucionalmente para o caso em concreto.

E como se demonstrou anteriormente: fazer valer a Constituição será o papel da jurisdição constitucional, buscando os valores trazidos por ela, mesmo contra as maiorias.

⁶³ Streck (2006, p. 145).

⁶⁴ Streck (2006, p. 145).

⁶⁵ Gadamer (2005, p. 361).

⁶⁶ Streck (2006, p. 183).

⁶⁷ Streck (2006, p. 221).

Após o exposto, baseando-se em fundamentos sustentadores da Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, construída pelo Dr. Lenio Streck, que tem como base filosófica hermenêutica a própria hermenêutica filosófica, verificar-se-á a decisão (solução) apresentada pelo Supremo Tribunal Federal,⁶⁸ frente às pesquisas científicas com o uso de células-tronco embrionárias, buscando verificar dentro da teoria desenvolvida pelo Dr. Lenio Streck se a corte chegou à resposta correta constitucionalmente.

Primeiramente, o Supremo Tribunal Federal tinha legitimidade para buscar a solução ao caso, frente à omissão dos demais poderes sobre o referido assunto, tendo que intervir para garantir os direitos fundamentais, porque o debate envolvia direitos como: proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, assumindo o estudo para aplicação, interpretação e integração, de forma a conceder às normas de direitos fundamentais envolvidas a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico brasileiro, buscando utilizar argumentos racionais e adequados aos princípios constitucionais para poder obter a resposta correta.

O grande centro da discussão encontrava-se porque de um lado se tinha a tutela pelo direito fundamental à vida, com definição do momento inicial de sua proteção, baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana que estaria sendo violado pela permissão das pesquisas científicas com as células-tronco embrionárias autorizadas legalmente; e de outra banda, existia o argumento de que esses embriões (congelados) não poderiam ser considerados como seres humanos, e sim como um "amontoado de células" que se não estivesse em um útero materno não conseguiria se desenvolver para no futuro, aí sim, gerar um ser humano, podendo ser, portanto, o objeto de estudo para auxiliar nas pesquisas e tratamentos médicos no combate de várias doenças como as degenerativas.

Cabe salientar aqui, que quando os casais se dirigem para uma clínica de reprodução humana assistida, fato este que pode ter ocorrido por vários motivos, por exemplo, a infertilidade; passam por um tratamento hormonal (mulher) para se conseguir retirar vários óvulos maduros para fins de fertilização *in vitro*, e posteriormente a implantação do óvulo fecundado (célula-tronco embrionária) no útero materno, que, com o passar dos dias e de sua evolução, poderá gerar um embrião em fase gestacional e por último nascer uma ou mais crianças, conforme a quantidade de óvulos fecundados e implantados. Os demais óvulos fecundados e não utilizados no procedimento ficam armazenados e congelados por volta de cinco anos; após isso, são descartados, ou seja, "literalmente jogados no lixo". Estes que seriam descartados, os cientistas utilizariam-nos para os fins de pesquisa, procurando a solução ou tratamentos para diversas doenças.

Ocorre aqui a inviabilidade da confrontação de princípios, pois ambas as teorias procuram preservar o direito à vida, mas de formas diferentes; a primeira quer ampliar o direito à vida estendendo a proteção também para os embriões, enquanto que a segunda defende o direito à vida e tratamento de pessoas portadoras de doenças degenerativas, afirmando ser apenas um amontoado de células congeladas e posteriormente descartadas.

O confronto desses valores reforça a ideia de que cada caso concreto deve ser resolvido individualmente observando suas peculiaridades, sem criação de uma resposta abstrata para ser aplicada em outras, ou todas as situações sobre o mesmo assunto. É nesse viés que se chama de resposta correta, pois será a solução mais adequada segundo os preceitos constitucionais para cada caso específico.

Como a grande discussão gerava em torno da definição do início da vida, pois a Constituição Federal não a definiu, o Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública anteriormente ao

⁶⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3.510) que atacou a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/2005, por afronta ao art. 1º, III da Carta Magna.

juízo, em que participaram vários especialistas a fim de conseguir dados e explicações suficientes para que pudessem tomar a decisão.⁶⁹

Após isso, os 11 Ministros da Suprema Corte votaram, obtendo 6 votos a favor do estudo com as células-tronco embrionárias, contra 5 desfavoráveis, tornando, dessa maneira, improcedente a ADI proposta pelo Procurador da República contra o art. 5º da Lei Federal n. 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permitia a utilização delas para fins de pesquisa e terapia, quando não usadas no procedimento de reprodução humana assistida.⁷⁰

O Ministro Carlos Britto, em seu voto, relatou que a Constituição Federal quando fala de dignidade da pessoa humana está se reportando aos direitos e garantias do indivíduo-pessoa (pessoas físicas) que nasce com vida,⁷¹ e portador, como diz o Código Civil Brasileiro no art. 2º de personalidade civil. Concluiu o Ministro afirmando que a Constituição Federal não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.⁷²

Cabe salientar, frente à posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, que não se pode usar os princípios para possibilitar diferentes possibilidades de interpretações, como o ministro se reporta ao da dignidade da pessoa humana; tais princípios objetivam impedir a proliferação de respostas diferentes, fechando a interpretação.

O Ministro utilizou-se de um princípio constitucional para ampliar a interpretação sobre a aplicação da norma constitucional, defendendo a dignidade humana, com ampliação de significados, em contradição argumentativa. Posicionamento este que não se compatibiliza com a Crítica Hermenêutica do Direito, pois esta tem o papel de fechar o processo de interpretação das normas, evitando assim decisões discricionárias.

Nota-se que, ou a dignidade humana (princípio) e o direito à vida (regra) começam com o nascimento, como afirma o Ministro, e, por consequência dessa interpretação, não se poderia punir situações como o aborto; ou então, admite-se que a vida e a dignidade da pessoa humana existem desde a concepção, segundo o que afirma o Código Civil Brasileiro, tendo, dessa forma, a justificativa constitucional para a criminalização do aborto e a proteção dos embriões.

Considera-se, por meio da Crítica Hermenêutica do Direito ou da Nova Crítica do Direito, teoria criada pelo Dr. Lenio Streck, que a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo a utilização de células-tronco embrionárias humanas produzidas por fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia e não utilizadas no devido procedimento, não é a resposta correta e tampouco constitucionalmente adequada para o caso em concreto, pois abriu a aplicação do princípio constitucional da dignidade humana, para ser aplicado no direito fundamental à vida, criando várias respostas e consequentemente oportunidade para a discricionariedade.

Percebe-se, quanto aos limites da interpretação dos princípios constitucionais, um grande desrespeito, pois o julgamento focou em valores individuais de cada um dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal, relatados em seus votos, do que a aplicação da Constituição Federal para resolução do caso em concreto, obtendo-se infelizmente, na presente decisão, a presença da discricionariedade.

⁶⁹ Mayana Zatz; Pós-Doutora em Biologia Genética pela USP; presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano. ZATZ (apud MONTENEGRO, 2008).

⁷⁰ Informativo n. 508, STF.

⁷¹ Art. 1º, III – “dignidade da pessoa humana”.

Art. 34, VII, b – “direitos da pessoa humana”.

Art. 85, III – “livre exercício dos direitos individuais”.

Art. 60, §4º, IV – “direitos e garantias individuais”.

⁷² ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008 (ADI-3510).

Conclusão

Condicionante dos fenômenos jurídicos, e entre eles o aspecto normativo, a dinâmica sociocultural, pautada sobretudo no avanço biotecnológico e em suas repercussões na esfera médica, faz suscitar questões controversas como a realização de pesquisas envolvendo seres humanos, não somente corolário da medicina moderna, como fundamento da própria dignidade humana. Nesse mesmo panorama, a ordem jurídica brasileira conta com a Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e a Lei n. 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que tão somente postulam elementos norteadores do procedimento de pesquisa, dedicando-se à denotação ética, sem estabelecer, no entanto, parâmetros de uma limitação objetiva.

Com a evolução da sociedade, também houve uma complexidade de seus problemas, alcançando um grau de especialização que o Poder Legislativo não conseguiu prever, acompanhar ou responder definitivamente ao caso em concreto, ao qual gera uma crise no direito positivo. Ocorrendo a busca para a solução no Poder Judiciário, passando o mesmo a assumir, dessa forma, um papel mais ativista nesses conflitos, como ocorreu com a permissão para a utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas no procedimento de reprodução humana assistida (Lei n. 11.105/2005 – Lei da Biossegurança), em que a norma não foi suficiente para solucionar a tensão social criada, pois se baseou somente no conhecimento técnico-científico sem uma fundamentação ética que pudesse embasá-la, provocando a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Habermas sustenta que o problema supracitado revela uma escolha mais ética e política do que uma análise técnico-jurídica em suas teses, trazendo para os Ministros do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de decidirem determinada situação à qual não foram eleitos democraticamente para efetivá-la, causando por consequência o enfraquecimento do Poder Legislativo.

Nota-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi realizada sem a participação da população, por meio de seus representantes, ou por consulta popular, violando o princípio defendido por Habermas, o qual afirma que a jurisdição constitucional deve ser realizada de forma aberta e democrática.

Em posicionamento contrário à teoria de Habermas, encontra-se a Teoria Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolvida pelo Dr. Lenio Streck, na qual se percebe que o Supremo Tribunal Federal tem legitimidade para responder ao caso, na garantia da efetivação dos direitos fundamentais (direito à vida e ao princípio da dignidade humana) trazidos à baila para conseguir uma maior eficácia possível mediante de argumentos racionais e adequados aos princípios constitucionais: a resposta correta frente à Constituição Federal.

Percebeu-se que o Supremo Tribunal Federal não respeitou as bases teóricas desenvolvidas por Streck, pois procurou dar uma interpretação aberta à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para o direito fundamental à vida, abrangendo o princípio nas leis infraconstitucionais e consequentemente obtendo respostas discricionárias.

O problema da instabilidade e contrariedade de decisões judiciais e dos múltiplos entendimentos gira em torno da incompreensão adequada sobre a interpretação dos princípios constitucionais, que devem fechar a interpretação das regras contidas na Constituição Federal e não ampliá-la, conforme cita-se no caso exposto anteriormente, pois acabam afastando o conteúdo constitucional da decisão, do qual pretende proteger-se.

Referências

ARAÚJO, Laís Záu Serpa de. Aspectos éticos da pesquisa científica. *Pesquisa odontológica brasileira*, São Paulo, v. 17, p. 57-63, 2003.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

BAJER, Paula. Sobre a Importância do Poder Judiciário na configuração do Sistema de Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, n. 30, jan. mar. 2000.

BARRETO, Vicente. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

BOGOD, David. The Nazi Hypothermia Experiments: Forbidden Data. *Anaesthesia*, v. 59, n. 12, p. 1155, dez. 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria da democracia participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Ministério da Saúde. Resolução 196/96 do Conselho Nacional de Saúde /MS sobre Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisa envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da União*, p. 50-51, 16 out. 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMERICK, Maria Celeste. A cobertura midiática sobre a aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: DEGRAVE, Win; MONTENEGRO, Karla Bernardo Matoso; EMERICK, Maria Celeste (Org.). *Novas tecnologias na genética humana: avanços e impactos para a saúde*. Rio de Janeiro: GESTEC-Nit, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

GAFO, J. La experimentación humana. In: *Ética y legislación en enfermería*. Madrid: Universita, 1994.

GESTA LEAL, Rogério. As Potencialidades Lesivas à Democracia de uma Jurisdição Constitucional Interventiva. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia*, n, 4, Porto Alegre: IHJ, 2006.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

_____, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos – O breve século XX*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

JUNGES, José Roque. Bioética e os paradigmas da justiça e do cuidado. In: _____. *Bioética hermenêutica e casuística*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

_____, José Roque. *Bioética hermenêutica e casuística*. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Brasília, DF: Unb, 1980.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MÖLLER, Letícia Ludwig. *Esperança e responsabilidade: os rumos da Bioética e do Direito diante do progresso da ciência*. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (Org.). *Bioética e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTENEGRO, Karla Bernardo Matoso. *Início da vida no STF*. Disponível em: <<http://www.ghente.org>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

QUEIROS, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais: (Teoria Geral)*. Porto: Faculdade de Direito da Faculdade de Porto, 2008.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

VASQUES, Adolfo Sanches. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

VIEIRA, Sonia; HOSSNE, Willian Saad. *Pesquisa Médica: A Ética e a Metodologia*. São Paulo: Pioneira, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Torino: Trotta, 2005.

