

A AUTORIZAÇÃO LEGAL DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO DE EMBRIÕES HUMANOS*

THE RESEARCHES LEGAL AUTHORIZATION FROM THE HUMAN EMBRYONIC STEM CELLS

**Francisco Gérson Marques de Lima
Ana Cristina de Paula Cavalcante Parahyba**

RESUMO

O presente estudo parte da análise de um caso concreto levado à Justiça Brasileira - a Arguição Direta de Inconstitucionalidade da autorização legal das pesquisas com células-tronco de embriões humanos (CTeh), cujo móvel centrou-se na questão da colisão de direitos fundamentais que envolvem a matéria. Nenhum direito fundamental é dotado de força absoluta, de modo que um não pode sobrepujar o outro. E é diante de situações reais que surge a necessidade de se mediar uma solução pacífica a fim de que a colisão de direitos fundamentais não afronte a ordem constitucional. A discussão acerca da pesquisa com células-tronco de embrião humano obteve uma enorme repercussão em todos os setores da sociedade brasileira, pois versou sobre temas que envolvem questões éticas, morais, filosóficas e religiosas, além das questões jurídicas que têm nos direitos fundamentais da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, a base legal de toda a celeuma. No caso das pesquisas com CTeh, evidencia-se a aplicação implícita do princípio da proporcionalidade em face do exame concreto de constitucionalidade da lei, solucionando-se nesse diapasão a colisão de direitos fundamentais originados do litígio. O princípio da proporcionalidade surge então como importante instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais considerando-se que com base nele torna-se possível efetivar o controle de constitucionalidade da lei e dos atos decorrentes do exercício das funções típicas do Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO À VIDA; DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; DIREITOS FUNDAMENTAIS; COLISÃO; PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

ABSTRACT

This study has its origin in a concrete case taken to Brazilian Justice - the Direct Challenge of Unconstitutionality of legal authorization of researches with stem cells from human embryos (SCh), which object was focused in the issue of the basic rights collision that involve the subject. No basic right is endowed with absolute power, in a

* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

way that one cannot overcome the other. And it is from facing real situations that arises the need to mediating a peaceful solution so that the collision of basic rights doesn't confront the constitutional order. The discussion about the research with stem cells from human embryo had a huge repercussion in all the sectors of Brazilian society, because it was about themes that involve ethical, moral, philosophical and religious matters, beyond the legal issues that have their legal base of all the discussion in the basic rights of the inviolability of the right to live and human dignity. In the case of researches with SChe, it becomes clear the implicit application of the principle of proportionality through the concrete examination of law's constitutionality, solving the collision of basic rights borned from the litigation. After all, the principle of proportionality arises as an important tool for protection of basic rights considering that it based on itself becomes possible to accomplish the law control of constitutionality and of acts resulting from the exercise of the typical functions of the Rule of Law.

KEYWORDS: INVIOABILITY OF HUMAN LIFE; HUMAN DIGNITY; FUNDAMENTAL RIGHTS; COLLISION; PROPORCIONACIONALITY PRINCIPLE

INTRODUÇÃO

O debate nacional em face da argüida inconstitucionalidade da lei que autorizou a pesquisa científica com embriões humanos para fins do uso de células-tronco, mobilizou, não só as instituições legais, mas todos os segmentos da sociedade, posto que a questão não se restringiu tão-somente à seara jurídica, ensejando questionamentos de ordem moral, ética e filosófica, suscitando valores até bem pouco tempo inquestionáveis para a humanidade.

O objeto da prestação jurisdicional discutida em face da autorização legal das pesquisas com células-tronco de embriões humanos foi a proteção constitucional da vida.

A decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI -3510) da lei que autorizou as pesquisas com células-tronco de embriões humanos (CTeh), em que pese a sua força preponderante de julgado irrecorrível, proporcionou um sentimento misto, de vitória e derrota, na sociedade brasileira, ainda tão arraigada a valores passionais e religiosos. Enquanto para alguns trouxe a verdadeira esperança de cura para doenças hoje consideradas invencíveis, para outros causou uma afronta ao direito à vida do embrião humano, entendido por esta última corrente, como o futuro ser humano.

1 AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS HUMANAS

A matéria relativa às pesquisas com as células-tronco embrionárias humanas (CTeh) restou disciplinada no Brasil em face da Lei nº 11.105, de 24.03.2005 (Lei de Biossegurança), que em seu artigo 5º, incisos I e II e parágrafos 1º, 2º e 3º, autorizou a pesquisa e terapia com embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, descartados em clínicas de fertilidade *in vitro*, dependendo em qualquer caso do consentimento dos genitores.

O legislador estabeleceu ainda no mencionado dispositivo legal que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com CTeh devem submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, proibindo a comercialização do material biológico, configurando, no caso de inobservância da lei, tipo penal.

A constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005 foi recentemente objeto de julgamento de uma Ação de Declaração de Inconstitucionalidade (ADI-3510) pelo Supremo Tribunal Federal proposta pelo Ministério Público Federal.

A tese então defendida pelo Órgão Ministerial Federal foi de que a “vida começa ‘durante e a partir da’ fecundação, de modo que o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.”[1]

Numa das mais difíceis, porém, histórica, decisão, da mais Alta Corte de Justiça Brasileira, finalmente, em 29 de maio do ano em curso, seis dos seus onze Ministros votaram pela constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, ou seja, a favor das pesquisas. Os outros cinco Ministros sugeriram mudanças na lei.

O Supremo Tribunal Federal, usando da melhor exegese, sem adentrar nas questões filosóficas e religiosas acerca do início da vida, limitou-se a interpretar as leis e a Constituição ao decidir pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança. Cabe aqui, a título de exemplo do pensamento da maioria dos Ministros daquela Corte Maior, a transcrição de alguns trechos do voto proferido pela Ministra Ellen Gracie:

[...] Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. [...] Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte [...] O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos. [...] A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida[2].

A importância das pesquisas com CTeh se evidenciou no contexto científico biomédico internacional com o primeiro relato do isolamento de células-tronco embrionárias humanas (CTeh), publicado em 1998, pela equipe do Prof. James. A. Thomson, da Universidade de Wisconsin, nos Estados Unidos.

O estudo dessas células se revela extremamente importante para a ciência médica, conforme bem avaliado em artigo científico pelo próprio Thomson:

As células-tronco embrionárias humanas (CTeh) capturam a imaginação porque são imortais e exibem um potencial de desenvolvimento quase ilimitado. Passados vários meses em desenvolvimento em placas de cultura, essas células tão indescritíveis conservam a capacidade de formar outras células, musculares, nervosas, sanguíneas, e potencialmente todo e qualquer tipo de célula que constitui o corpo. Seu potencial de proliferação e desenvolvimento promete o fornecimento praticamente ilimitado de tipos celulares específicos para transplantes em enfermidades que abrangem as doenças cardíacas o mal de Parkinson, a leucemia e assim por diante[3].

As CTeh têm capacidade de se reproduzirem indefinidamente em laboratório se transformando em outras células que não apenas de seu próprio tecido, mas também de outros tecidos do corpo humano de modo que, depois de dominada tecnologicamente, essa possibilidade pode ser usada para consertar tecidos danificados e tratar doenças até hoje consideradas incuráveis.

Para Suzanne Holland, professora da área médica e ética americana, apesar dessa importância, e talvez por isso mesmo, as pesquisas com CTeh têm se mostrado um dos mais controversos desenvolvimentos médicos das últimas décadas, sendo vários os motivos de controvérsia, desde profundas interrogações acerca da natureza da vida humana, relativas aos limites das intervenções nas células e nos tecidos humanos, ao significado de nossa existência coletiva[4].

Passados dez anos de suas pesquisas iniciais, o assunto ainda motiva uma discussão a nível mundial que está longe de ser pacificada: a alegativa de conduta antiética e antijurídica de se destruir possíveis vidas humanas, utilizando-as como simples instrumentos de estudo.

O benefício que as células-tronco podem trazer para a humanidade é pacífico para todos os segmentos que enfrentam as polêmicas geradas pelas pesquisas com CTeh, tanto que a coleta das células-tronco no cordão umbilical ou em tecidos adultos, cujas pesquisas já demonstraram sua versatilidade em se transformarem em células de outro tecido, não promove nenhuma controvérsia quanto às possibilidades de pesquisa.

A celeuma gira em torno da coleta das chamadas células-tronco a partir da utilização de embriões em seus primeiros estágios de desenvolvimento, o que provoca sua destruição.

A despeito das possibilidades evidenciadas em face das pesquisas com células-adultas, os cientistas defendem o potencial maior existente nas CTeh, então limitado em células-tronco adultas, vez que as descobertas demonstram que essas células são pluripotentes, ou seja, têm o potencial de se transformarem em qualquer célula do organismo adulto, como por exemplo, podem se transformar em ossos e neurônios.

Os principais argumentos daqueles que se posicionam contrários às pesquisas em células-tronco de embrião humano são que a célula obtida pela transferência de núcleo é um embrião potencial que, se fosse implantado em um útero, seria susceptível de desenvolver-se em um ser humano completo, o que atenta diretamente contra a vida e a dignidade da pessoa humana.

Para essa corrente, não se pode matar a vida, ainda que em estágio embrionário, a pretexto de cura. Para a outra corrente, os embriões não passam de um aglomerado de

células que não se configuram como vidas humanas e ao invés de serem descartados melhor é que sejam aproveitados em prol das pesquisas que podem trazer a cura para diversas doenças.

2 A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Numa acepção ampla, a expressão “direitos fundamentais” abrange as prerrogativas de uma vida baseada na liberdade e dignidade humana, pertinentes aos seres humanos, indistintamente.[5]

Mais restritamente, pode-se dizer que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.[6]

A expressão “direitos fundamentais” intitula o elenco legal dos direitos e garantias do ser humano, na Constituição da República Federativa do Brasil/1988 em seu Título II e Capítulos, cuja premissa maior é o respeito à sua dignidade.

É preciso ressaltar, entretanto, que os direitos fundamentais existentes em um dado ordenamento jurídico não se limitam aos elencados na sua Carta Constitucional, envolvendo também aqueles que convergem axiologicamente aos formalmente expressos, desde que se revelem essenciais para a dignidade da pessoa humana, sua liberdade e igualdade, de modo que, assim, podem os direitos fundamentais localizar-se fora do texto escrito.[7]

A Constituição da República de 1988 pontua o espírito dessa corrente ao dispor claramente em seu artigo 5º, parágrafo segundo, que o amplo rol de direitos fundamentais ali expressos não esgota o campo constitucional de direitos fundamentais.

Nesse diapasão, é que o direito constitucional brasileiro vem evoluindo em face de valores e princípios não necessariamente inseridos na Carta Constitucional, mas que dela extrai a idéia dominante, respaldando-se ainda no senso jurídico coletivo, e considerando as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional.[8]

Enquanto princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito, merece destaque nesta análise o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O direito à vida está previsto de forma genérica e ampla no art. 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, abrangendo tanto o direito de não ser morto, privado da vida, ou seja, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna, adequada com a condição humana.

Não obstante a relevância do direito à vida como o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos[9], residem na dignidade, assim reconhecida pela Constituição de 1988 em seu art. 1º [...] III, os valores que justificam a existência do ser humano enquanto pessoa.

Ingo Sarlet assinala que a dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico, acrescentando ainda que, quando se fala em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo, inclusive, falar-se de uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais da pessoa humana[10].

Vale dizer em face dos direitos fundamentais da vida e da dignidade da pessoa humana que um não prescinde do outro.

3 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição não pode conter normas constitucionais que se contrariem. Como de fato não contém. No caso dos direitos fundamentais, sabe-se que não são absolutos e ilimitados, encontrando seus limites em outros direitos fundamentais, também consagrados pela Magna Carta.

É nesta perspectiva que surge a problemática da colisão de direitos fundamentais que representa um grande problema na prática, remetendo o intérprete a operações bem mais complexas que a simples subsunção utilizada para a interpretação de normas com estrutura de regras.

A colisão de direitos fundamentais assemelha-se, e, portanto, encontra-se inserida na colisão de princípios, que ao contrário da colisão das regras cuja solução há de ser encontrada no plano da validade, impõe-se a solução no plano do valor, de modo que não há a supressão de um princípio em favor de outro, mas ao contrário, procede-se à ponderação dos princípios em conflito, para que seja assegurada a menor constrição possível.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem-se levar em conta as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, analisados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado.

Guilherme Peña de Moraes leciona acerca da existência de dois tipos de colisão de direitos fundamentais *lato sensu*, quais sejam: a colisão de direitos fundamentais *stricto sensu* e a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais[11].

A primeira é manifestada na hipótese em que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental, idêntico ou diverso, por parte de outro titular; a segunda é exteriorizada na hipótese em que o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de bens jurídicos protegidos constitucionalmente[12].

Impõe-se ainda reconhecer que não existe hierarquia entre direitos fundamentais que gozam da mesma proteção no bojo da Constituição, posto ser incompatível com a sua natureza e função no Estado Democrático de Direito de modo que tal posicionamento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal acompanhando assim o entendimento das

cortes constitucionais italiana, alemã, portuguesa, francesa, espanhola e norte-americana.

A colisão de direitos fundamentais se resolve mediante uma ponderação entre a obrigação imposta e o benefício trazido em face dos interesses opostos. Conforme assevera Suzana Barros de Toledo, “Quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda tutelar”. [13]

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O CONTROLE DE CONSTITUCIONAL DA LEI N. 11.105/2005

4.1 O princípio da proporcionalidade: premissas gerais

Ora transvertido em princípio geral do direito, consagrado por princípio ou máxima constitucional, o princípio da proporcionalidade, conforme leciona Paulo Bonavides é um forte instrumento de consolidação do Estado da Constitucionalidade, em cujo âmbito se encontra atado ao princípio da constitucionalidade, que deslocou para o respeito dos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica em substituição ao princípio da legalidade [14].

Trazido do direito alemão e incorporado ao direito brasileiro, mas não de forma expressa e sim, como norma esparsa dentro do texto constitucional, o “princípio dos princípios”, na forma como o Professor Willis Guerra [15] se refere ao princípio da proporcionalidade, concede ao caso concreto uma aplicação coerente e segura da norma constitucional, de modo que vem sendo largamente utilizado pela jurisprudência e doutrina pátrias.

O Professor Paulo Bonavides [16] ensina que o princípio da proporcionalidade pode ser mais bem compreendido pela análise dos três níveis de seu conteúdo, que a doutrina chama “princípios parciais” ou “subprincípios”.

Tem-se assim em sede de “subprincípios da proporcionalidade”, o da “adequação”, pelo qual a relação entre o meio empregado e o fim atingido, mede seus efeitos a partir de hipóteses comprovadas ou altamente prováveis; em seguida, tem-se o da “necessidade” pelo qual ao se escolher a norma a ser aplicada é preciso considerar, sempre, a mais benéfica ao destinatário, podendo ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave, ou menos danoso a direitos fundamentais. Finalmente, tem-se o terceiro subprincípio da proporcionalidade, que consiste na “proporcionalidade mesma, tomada *stricto sensu*”, pelo qual deve se estabelecer se o meio empregado está numa relação de razoável proporção entre o fim perseguido.

“Essa visão estrutural e funcional do princípio da proporcionalidade também tem o condão de justificar sua qualidade de determinante heterônoma, impositiva de limites não somente negativos, mas especialmente positivos, à ação do legislador”, conforme leciona Suzana de Toledo Barros. [17]

A atuação do princípio da proporcionalidade é mais preponderante no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, de modo que se tem sua aplicação enquanto pilastra do instituto do controle da constitucionalidade, podendo ainda ser aplicado em sede de controle da atividade administrativa ou judicial.

Note-se então, como bem observa Paulo Bonavides, que este é um princípio que envolve todos os cidadãos, por funcionar como critério para solução de colisão de direitos fundamentais, sem precedência de um valor constitucional sobre outro, cujo emprego vem sendo adotado mais e mais no controle jurisdicional de constitucionalidade.[18]

O Supremo Tribunal Federal tem adotado posicionamento jurisprudencial pela aplicação do princípio da proporcionalidade para resolver situações de colisão entre princípios constitucionais, muito embora não venha sendo aplicado tecnicamente, já que seus elementos não são analisados separadamente em uma relação de precedência e subsidiariedade.[19]

Conforme justifica José Sérgio da Silva Cristovam, o princípio da proporcionalidade é tido como instrumento concedido ao Poder Judiciário a fim de que por meio de uma atividade comprometida e responsável, possa fazer prevalecer a vontade da Constituição, garantindo ao cidadão proteção contra os desmandos e ofensas cometidas pelos poderes constituídos aos direitos fundamentais.[20]

4.2 A aplicação do princípio da proporcionalidade no controle de constitucionalidade da Lei nº 11.105/2005

O problema da autorização das pesquisas com CTeh concedida pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, partiu da discussão judicial acerca da arguição de inconstitucionalidade da referida lei, que ao autorizar essas pesquisas, estaria violando o direito à vida e dignidade da pessoa humana em relação aos embriões objetos das pesquisas.

Inicialmente, cumpre-se reconhecer os conflitos de interesses em face dos direitos fundamentais que envolvem a questão das pesquisas com CTeh, posto que se trata, na verdade, de situação em que o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício de direito fundamental idêntico, por parte de outro titular.

Ambas as partes do vertente caso concreto atribuem o direito à vida e à dignidade humana a defesa de suas teses.

Quem se opõe à pesquisa confere o direito à vida e dignidade às células-tronco embrionárias humanas, tratando-as hoje como se já fossem a pessoa que poderiam vir a ser amanhã; aqueles que defendem a pesquisa atribuem o mesmo direito à vida e dignidade às pessoas que no futuro se beneficiarão em termos médicos quando as novas terapias forem desenvolvidas.

Diante da magnitude de direitos fundamentais postos em conflito na questão submetida ao Supremo Tribunal Federal, fez-se imperioso a parcimônia do Direito, ponderando os valores e princípios que a cercavam e suas conseqüências em cada qual das partes interessadas.

Porém, ao restringir as pesquisas apenas aos embriões inviáveis, ou congelados há mais de três anos, descartados em clínicas de fertilidade *in vitro*, dependendo em qualquer caso do consentimento dos genitores, impõe-se observar a proporcionalidade inserida do conteúdo legal atacado via Ação Direta de Inconstitucionalidade, de forma a auferir uma contenção dos excessos prejudiciais aos interesses envolvidos.

Percebe-se no caso que o controle da constitucionalidade em questão restou auferido de forma velada em face do “princípio da proporcionalidade”, solucionando o conflito de interesses oriundo da pretendida declaração de inconstitucionalidade da lei.

À luz dessa compreensão, para a solução do conflito há que se interpretar e aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade para obter um posicionamento equilibrado, isento dos apelos religiosos, até porque o Brasil é um Estado Democrático laico pelo qual a liberdade de credo e religião, e o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, coíbe que a legislação e os posicionamentos jurídicos se vinculem a crenças e misticismos[21].

A aplicação do princípio da proporcionalidade no caso trazido à baila, trata da idéia de justa medida, do equilíbrio, que está indissociavelmente ligada à idéia de justiça, mesmo que não se consiga de toda a forma contentar em absoluto as partes envolvidas na questão.

Interessa à presente análise a aplicação do princípio da proporcionalidade, como se depreende do voto do Ministro Carlos Ayres Britto em relação à questão de constitucionalidade da lei que autorizou as pesquisas com as Cteh, quando argumentou o seguinte:

“Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação *in vitro*; se é da contingência do cultivo ou testes *in vitro* a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da *pena de prisão* em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião *in vitro* passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensasse mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez)”. [22]

Com base nessas considerações, evidencia-se que a decisão pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade se sustentou, não acerca da escolha do direito de uma das partes interessadas em detrimento da outra, mas sim na preponderância do direito à vida e dignidade, tanto das pessoas a serem beneficiadas no futuro com as terapias surgidas das pesquisas, quanto em relação à proteção das Cteh em face das limitações para a realização das pesquisas contidas na própria lei então guerreada.

Em outras palavras, no caso em estudo, o dispositivo legal atacado em sede da ADIn supramencionada, “ao ser submetido ao confronto do princípio da proporcionalidade – de essencial acuidade para a solução constitucional da colisão de direitos fundamentais – resistiu ao argumento de que a utilização de CTeh para pesquisas viola o direito à vida e a dignidade humana”, direitos estes reconhecidos em razão das limitações impostas às pesquisas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho trouxe uma análise da autorização legal das pesquisas com CTeh, limitando a existência de uma colisão de direitos fundamentais idênticos que envolveram as partes interessadas no litígio criado a partir do questionamento judicial acerca da inconstitucionalidade da lei que autorizou as referidas pesquisas, à luz da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, cumpre-se ressaltar trecho da carta do chanceler, professor e jurista Celso Lafer à Ministra Ellen Gracie, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança “conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade”, conforme lembrou o Ministro Carlos Ayres Britto por ocasião de seu voto na ADIn 3510.[23]

A discussão que encerrou as controvérsias das pesquisas com CTeh, envolveu os direitos fundamentais de inviolabilidade da vida e da dignidade da pessoa humana cujo debate da demanda judicial enfocou a perspectiva do ideal de Justiça que transcende o próprio Direito.

Oscar D’alva e Souza Filho, ao refletir em torno do conceito de Justiça, afirma:

[...] A preocupação com a Justiça e com o julgamento dos juízes tem sido uma constante na História do Direito e da Filosofia do Direito, e isso está registrado desde os livros sagrados, como uma dificuldade ou uma usurpação, posto que o julgamento justo somente caberia a Deus [...] A idéia de justiça tem, pois evidente plasticidade, sendo aplicada em situações lógicas e ontológicas diferentes. Implica, todavia, necessariamente nos elementos **correção e certeza lógicas** (como aspectos formais do discurso sentencial), **mensuração objetiva dos fatos da causa** (que tem pertinência com a metodologia da cognição aplicada na instrução da causa), **competência jurisdicional do magistrado prolator** (competência para decidir sobre o direito reclamado), e **retidão e vontade para dar a cada um o que é seu** (elementos subjetivos e éticos da formação do julgador) integrando a questão legal com a existência e os valores e costumes culturais da sociedade jurisdicionada.[24]

Del Vecchio[25] assinala que Aristóteles, diante da dificuldade de aplicação das leis abstratas aos casos concretos, indicou a equidade, critério de aplicação da lei que permite adaptá-la a cada caso, temperando-lhe a dureza, como um corretivo para a rigidez da justiça.

A questão mereceu a análise ponderada dos valores que a permearam, cujos titulares defendem o exercício de direitos fundamentais idênticos, havendo o embate que ser solucionado através do princípio da proporcionalidade, o qual, como assinala Pierre Müller, “a escolha recai sobre o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo”[26].

Com efeito, a heterogeneidade de direitos e garantias previstos na Constituição, com *status* de princípios constitucionais, impede serem todos agasalhados de modo absoluto, se limitando reciprocamente.

Deste modo, o princípio da proporcionalidade tem a função elementar de resguardar os direitos fundamentais. Afinal, devido à carga axiológica neles existente, os mesmos vivem em uma constante tensão, em consequência disto, não há que se cogitar, conforme já assinalado, em um sistema constitucional democrático, a existência de direitos fundamentais absolutos.

Então será neste aspecto que se insere o princípio da proporcionalidade, ou seja, como um instrumento que limitará estes direitos, ponderando-os, ao caso concreto, quando de fato haja uma colisão, uma tensão entre eles.

A importância do princípio em pauta vem sendo progressivamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias, que cada vez mais tem dele se valido como mecanismo indispensável à solução de controvérsias envolvendo as normas de direitos fundamentais.

O problema apresentado serve de exemplo entre as inúmeras hipóteses que a sociedade pode se deparar originando a necessidade de resolver conflitos de difícil solução, sem olvidar a proteção e resguardo de valores do grau da dignidade e da vida humana, cuja saída há que ser analisada segundo parâmetros de proporcionalidade a fim de zelar pela defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle Constitucional das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/petiçãoInicial/verPetiçãoInicial.asp?base=ADI&s1=351>

&processo=3510. Acesso em: 25.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf - Acesso em: 25.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510/ Disponível em www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf Acesso em: 03.09.2008.

CANOTILHO. J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina. 2003.

CRISTÓVAM. José Sérgio da Silva, *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*. Tradução e notas de João Baptista da Silva, Belo Horizonte: Líder, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 5. ed. , São Paulo: RCS Editora, 2007.

HOLLAND, Suzanne; LEBACQZ, Karen; ZOLOTH, Laurie. *As Células-Tronco Embrionárias Humanas em debate. Traduzido de The Human Embryonic Stem Cell Debate: science, ethics, and public policy*, por Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2006.

MORAES. Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*, 21. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Direitos Fundamentais: Conflitos & Soluções*. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SOUZA FILHO, Oscar D'alva e. *Ensaio de Filosofia do Direito: temas gregos, medievais, modernos e atuais*. Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004.

THOMSON, James A. *As Células-Tronco Embrionárias Humanas* – artigo inserido no livro *As células-tronco embrionárias humanas em debate. Organiz.: Holland Suzanne/ Lebacqz Karen/ Zoloth Laurie. Traduzido de: The Human Embryonic Stem Cell Debate: science, ethics, and public policy*, por Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Ed. Loyola, 2006.

[1] Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/petiçãoInicial/verPetiçãoInicial.asp?base=ADI&s1=351>

&processo=3510. Acesso em 25.04.2008.

- [2] Disponível em www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf
- Acesso em: 25.04.2008.
- [3] THOMSON, M.J. *As células-tronco embrionárias humanas In: As células-tronco embrionárias humanas em debate. Organiz.: Holland S. / Lebacqz K./ Zoloth L. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves.* Traduzido de: *The human embryonic stem cell debate – science, ethics, and public policy*, São Paulo: Ed. Loyola, 2006, p. 15.
- [4] HOLLAND Suzanne/ Lebacqz Karen/ Zoloth. Laurie. *As células-tronco embrionárias humanas em debate. Trad. Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. Traduzido de: The human embryonic stem cell debate – science, ethics, and public policy.* São Paulo: Ed. Loyola, 2006. Introdução. p. XVII.
- [5] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed..São Paulo:Malheiros, 2007, p. 560
- [6] idem
- [7] Canotilho. J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª.ed., Coimbra:Almedina. 2008.p. 404-405.
- [8] SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 9ª. ed., Porto Alegre: Ed.Livraria do Advogado. 2007. p.91-92.
- [9] MORAES, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 30.
- [10] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 6ª. ed., Porto Alegre: Ed.Livraria do Advogado. 2008. p. 70-79.
- [11] MORAES, Guilherme Pena de. *Direitos Fundamentais: Conflitos & Soluções*. 1. ed. Niterói, RJ: Frater et Labor, 2000.p. 60
- [12] *op.cit.*, p. 60-61.
- [13] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, 3ª. ed. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003. p.159-160
- [14] BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed.. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007. p. 398-399
- [15] GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª. ed. ,São Paulo: RSC Editora. 2007.p. 79.
- [16] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed..São Paulo: Ed.Malheiros, 2007. p. 396-397
- [17] *op.cit.* p.76-77.
- [18] *op.cit.* p. 402
- [19] CRISTOVAM. José Sérgio da Silva, *Colisões entre Princípios Constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*, 1ª. ed. , Curitiba: Juruá, 2006, p. 250-251
- [20] Idem. p. 251
- [21] Moraes. Alexandre de, *op. cit.* p. 40-41
- [22] / Disponível em www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf Acesso em: 03.09.2008.
- [23] idem
- [24] SOUZA FILHO, Oscar D'alva e. *Ensaio de Filosofia do Direito: temas gregos, medievais, modernos e atuais*, 1ª. ed., Rio-São Paulo-Fortaleza: ABC Editora, 2004, p. 69-71.
- [25] DEL VECCHIO, Giorgio. *História da Filosofia do Direito*, 1. ed., tradução de João Baptista da Silva, Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004, p. 26.

[26] MÜLLER, Pierre, 1978, apud BONAVIDES. Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 21^a ed. São Paulo Malheiros, 2007. p.397-398