

## OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DE RISCO: A LEI Nº 11.105/05 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Núcleo de Pesquisa “Ativismo Judicial e Judicialização da Política” – IBMEC/RJ\*

**RESUMO:** O estudo está comprometido a demonstrar a necessidade de outros parâmetros para delimitar o tema dos Direitos Fundamentais na denominada sociedade de risco. Tal concepção teórica idealizada por Ulrich Beck objetiva desenhar uma teoria do risco dentro de linhas de imprevisibilidade. Assim, o texto destaca o distanciamento em relação a um modelo de Direitos Fundamentais consagrado nas constituições pós-45 com embasamento valorativo. Neste sentido, situar-se-á o debate dos Direitos Fundamentais na sociedade de risco no tema da bioética. Por último, será analisada a interpretação elaborada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3510 no tocante à Lei nº 11.105/05 (Lei da Biossegurança), destacando os temas da internacionalização, da representação argumentativa e dos limites do ativismo judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bioética; Ativismo; Sociedade de Risco; Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** The study is committed to demonstrate the need of other parameters to delimit the theme of the Fundamental Rights in the so called risk society. This theoretical conception was designed by Ulrich Beck with the intention of formulating a risk theory based on the idea of unpredictability. Therefore, the article points to the distance in regard to a model of fundamental rights consecrated in the constitutions after 1945 with their valorative treatments. In this sense, it locates the debate of the fundamental rights inside the risk society in the theme of the bioethics. At last, the interpretation elaborated by the Federal Supreme Court in the ADI 3510, concerning the Law nº 11.105/05, will be analyzed, emphasizing the themes of the internationalization, of the argumentative representation and of the limits of the judicial activism.

**KEYWORDS:** Bioethics; activism; risk society; fundamental rights.

---

\* O citado Núcleo de pesquisa de caráter inter-institucional, responsável pela elaboração desse estudo, é integrado pelos seguintes docentes e pesquisadores:

Alexandre Garrido da Silva\*, Bernardo Abreu de Medeiros\*\*, Daniella dos Santos Pessanha\*\*\*, Diogo Alves Brasil\*\*\*\*, Jorge Gomes de Souza Chaloub\*\*\*\*\*, José Ribas Vieira\*\*\*\*\*

\* Professor assistente da Universidade Federal de Uberlândia. Doutorando de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. (garridosilva@ig.com.br)

\*\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. (bernardo.a.medeiros@gmail.com)

\*\*\* Graduanda em Direito do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. Bolsista PIBIC/Cnpq-IBMEC. Especial agradecimento pelo apoio dado na elaboração desse texto. (dani\_pessanha@hotmail.com)

\*\*\*\* Graduando em Direito do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. (diogoalvesbrasil@gmail.com)

\*\*\*\*\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. (jchaloub@yahoo.com.br)

\*\*\*\*\* Professor adjunto do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. (jribas@puc-rio.br)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Bioética e o Biodireito; 3. As Variáveis da Internacionalização e da Sociedade de risco diante dos Casos difíceis no contexto da Teoria Constitucional Contemporânea; 4. Limites ao Ativismo Judicial; 5. Considerações Finais.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Bioethics and Biolaw; 3. The internationalization and risk society variables in regards to hard cases in the context of Contemporary Constitutional Theory; 4. Limits to judicial activism; 5. Final remarks.

## 1. INTRODUÇÃO

O tratamento dos Direitos Fundamentais no corpo das constituições elaboradas no contexto político-institucional pós-45 no sentido de resgatar o respeito aos Direitos Humanos, foi marcado, de modo claro, por uma preocupação de sua concretização e centrada no núcleo principiológico da dignidade humana. Assim, a jurisdição constitucional exerceu um papel protagonista de dar balizamentos para o cumprimento do quadro normativo desses documentos constitucionais. A preocupação desse estudo caminha na direção de constatar, no plano da crise da presença da Constituição como instrumento reconhecidamente regulador dos conflitos sociais, a partir dos anos 90 do século passado, o surgimento de um novo enquadramento teórico-prático dos Direitos Fundamentais. Cabe, ao longo desse trabalho, inferir que a interpretação desse segmento estratégico da Teoria constitucional contemporânea deve estar demarcada nos parâmetros da sociedade de risco (Beck<sup>1</sup>). Esta estrutura social implica estarmos diante de danos imprevisíveis e não indenizáveis. Segundo Erhard Denninger (Denninger<sup>2</sup>) decorreria desse fato uma dinâmica contrária aos elementos constantes da teoria constitucional consagrada após 45, entre esses destaca-se a liberdade e igualdade. O constitucionalista alemão denota que dentre as novas balizas da teoria constitucional contemporânea, se sobressai a segurança.

A análise proposta norteia-se, em razão das linhas esboçadas por Ulrich Beck e Erhard Denninger, na necessidade de reforçar e adensar mais o papel do Judiciário, em especial da Jurisdição Constitucional, decorrente de conflitos sociais atinentes a essa sociedade de risco. Questionamos se a função jurisdicional teria ou não limites de dirimir os difíceis casos despontados no universo social desenhado nessa teoria do risco ampla. Para tanto, deteremos o nosso exame ao enquadramento da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) para avaliar como foram abordados os temas da clonagem humana e da manipulação dos embriões. Pauta-se esse estudo de elencar variáveis como a própria sociedade de risco e da internacionalização como instrumentos válidos para atuar no protagonismo do Poder Judiciário. Nesse rumo, ao justificar a presença desses direcionamentos, resta sublinhar se a função judicial não estaria indicando um fortalecimento de uma determinada forma de legitimidade argumentativa (Alexy) instrumentalizada em procedimentos ativistas. Tal modalidade e encaminhamento suprimiria a possível incapacidade da teoria cognitiva, notadamente da teoria constitucional de encontrar soluções aos casos difíceis despontados nessa sociedade de risco, em especial no tema da bioética.

---

<sup>1</sup> *La sociedad del Riesgo Global*. Madrid Siglo Veintiuno Editores. 2006. trad. de Jesús Alborés Rey.

<sup>2</sup> “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de “liberdade, Igualdade e Fraternidade” trad. de Menilick de Carvalho in Revista Brasileira de Estudos Políticos dezembro de 2003, vol. 88 pp. 21 a 46.

## 2. A BIOÉTICA E O BIODIREITO

A expressão bioética foi utilizada pela primeira vez pelo oncologista e biólogo norte americano Van Rensselaer Potter, em seu livro *Bioética: uma Ponte para o Futuro*, publicado em 1971, baseado em seus artigos das décadas de 50 e 60. Abordando-a num sentido ecológico, ele a considerava como a “ciência da sobrevivência”. Para Potter, a bioética seria uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, possibilitando a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal. A bioética, portanto, em sua origem, teria um compromisso com o equilíbrio e a preservação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta.<sup>3</sup>

Esse sentido é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, um obstetra holandês, que passou a considerar a bioética como “a ética das ciências da vida”. Com isso, a bioética, como prefere Jean Pierre Marc Cergnes, é uma ética biomédica.

A *Encyclopedia of Bioethics*, em sua segunda edição, de 1995, conceitua a bioética como um neologismo derivado das palavras gregas *bios* (vida) e *ethike* (ética) e a define como “o estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.<sup>4</sup>

Maria Helena Diniz, referindo-se à lição de Fermim Roland Schramm afirma ser a bioética, num sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas e alusivos ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente e da degradação do equilíbrio ecológico. Assim sendo, constituiria uma vigorosa resposta aos riscos inerentes à prática biotecnocientífica. Como o *know-how* biotecnocientífico levanta questões quanto à segurança biológica e a transmutação dos valores morais, apenas a bioética poderia avaliar seus benefícios, vantagens e perigos para o futuro da humanidade.<sup>5</sup>

Na passagem dos anos 70 aos 80<sup>6</sup>, a bioética se baseou em quatro princípios enaltecedores da pessoa humana. Dois deles, como nos ensina o professor Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, são deontológicos – não maleficência e justiça – e dois são teleológicos – beneficência e autonomia.<sup>7</sup> Seriam racionalizações abstratas de valores que decorrem da própria interpretação da natureza humana e das necessidades individuais.

---

<sup>3</sup> COSTA, Sergio; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 15.

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>6</sup> Esses princípios foram inicialmente consagrados em 1979 no *Relatório Belmont*, publicado pela Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental (EUA), fruto de quase cinco anos de debates da Comissão. O texto integral do Relatório está disponível em <http://www.hhs.gov/ohrp/humansubjects/guidance/belmont.htm>.

<sup>7</sup> COSTA, Sergio; OSELKA, Gabriel e GARRAFA, Volnei. *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 15.

Num panorama de incertezas éticas que pairava sobre a pesquisa científica do período, a consagração de tais princípios significou um verdadeiro divisor de águas para os estudos da ética aplicada. A estruturação mínima proposta pelo Relatório que os apresentava, representada pela eleição de princípios éticos, foi o marco inicial de que a bioética necessitava para sua definitiva estruturação nos centros universitários e acadêmicos. Foi, então, a partir da publicação do Relatório que teve início à formalização definitiva da bioética como um novo campo disciplinar. O Relatório introduziu três princípios básicos: o respeito às pessoas, a beneficência e a justiça, compondo a chamada “trindade bioética”.

Foi somente com a publicação de *Princípios da Ética Biomédica*, da autoria do filósofo Tom Beauchamp e do teólogo James Childress, em 1979, que a bioética consolidou seu poder teórico, especialmente entre as universidades norte-americanas. *Princípios da Ética Biomédica* representou a primeira tentativa bem-sucedida de se instrumentalizar os dilemas relacionados às opções morais das pessoas no campo da saúde e da doença ou, nas palavras dos autores, “[...] este livro oferece uma análise sistemática dos princípios morais que devem ser aplicados à biomedicina [...]”.<sup>8</sup> A proposta teórica de Beauchamp e Childress trilhava o caminho aberto pelo Relatório Belmont, sustentando a idéia de que os conflitos morais poderiam ser mediados pela referência a algumas ferramentas morais, os chamados princípios éticos.<sup>9</sup>

A obra tinha como alvo um público bastante eclético: de médicos a professores, passando por enfermeiras, pesquisadores, responsáveis pela elaboração de políticas públicas de saúde, estudantes, teólogos e cientistas sócias, entre outros. Essa variedade de perspectivas que a obra acreditava poder alcançar já indicava de certa maneira o espírito multidisciplinar da bioética deveria tomar. O objetivo da publicação foi permitir uma análise sistemática dos princípios morais que deveriam nortear a mediação de dilemas relacionados à prática biomédica.

De acordo com a abordagem ética já predefinida pelo Relatório Belmont, documento de cuja elaboração Beauchamp havia participado, *Princípios da Ética Biomédica* sugere, então, quatro princípios éticos como alicerce de uma teoria bioética sólida: autonomia (o chamado respeito às pessoas), beneficência, justiça e não-maleficência (desdobramento do princípio da beneficência).<sup>10</sup>

No início do século XXI, não restam dúvidas de que a bioética e o biodireito não poderão ficar à margem dessa realidade nem do fato de certos conceitos jurídicos terem ficado ultrapassados, pois, como acentuou Habermas, “na medida em que ciência e técnica penetram nos âmbitos institucionais, começam a desmoronar-se as velhas legitimações”<sup>11</sup>. Isto requer, dentre outros fatos, uma adaptação do direito atual às situações inusitadas engendradas pelo progresso biotecnológico; a preservação da

---

<sup>8</sup> BEAUCHAMP, Tom L. & CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

<sup>9</sup> DINIZ, Débora e GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 25.

<sup>10</sup> BEAUCHAMP, Tom L. & CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

<sup>11</sup> Apud ALMARAZ, Maria Jesus Moro. *Aspectos civiles de la iseminación artificial y la fecundación in Vitro*. Barcelona: Bosh, 1988, p. 20.

ética no direito para que ele e a vida humana possam ter evidência; a promoção de uma forma de controle democrático do processo de inovação biotecnocientífico e de uma ética da liberdade e da responsabilidade, estabelecendo limites exatos de sua licitude, indicando até onde poderá chegar.

O grande desafio deste século, nessa perspectiva, será desenvolver uma bioética e um biodireito que corrijam os exageros provocados pelas pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente, resgatando e valorizando a dignidade da pessoa humana, ao considerá-lo como o novo paradigma biomédico humanista, dando-lhe uma visão verdadeiramente alternativa que possa enriquecer o diálogo multicultural entre os povos, encorajando-os a unirem-se na empreitada de garantir uma vida digna para todos, tendo em vista o equilíbrio e o bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida.<sup>12</sup>

### **2.1. A expansão dos Direitos Fundamentais e o surgimento de um direito à proteção do patrimônio genético humano**

A expansão do rol de direitos e garantias fundamentais positivados pelas diversas constituições pós-45, como mencionando, fez com que surgissem diversas classificações e conceituações, e, por vezes, imprecisões semânticas.

Seguindo a lição do professor Canotilho, as mais utilizadas são direitos do homem e Direitos Fundamentais, como expressões sinônimas, apenas revelando que *direitos do homem* são direitos válidos para todos os povos em todos os tempos e *Direitos Fundamentais* são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os *direitos do homem* emergiriam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal, universal; os *Direitos Fundamentais* seriam direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>13</sup>

De outra sorte, Konrad Hesse sustenta que os Direitos Fundamentais visam a criação e a manutenção dos pressupostos de uma vida na liberdade e na dignidade humana, ou ainda, mais especificamente, seriam aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.<sup>14</sup>

Partindo de uma visão distinta, Norberto Bobbio se refere à relatividade dos Direitos Fundamentais, pois, na sua concepção, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas”.<sup>15</sup>

A história dos Direitos Fundamentais teve seu nascedouro, segundo Carl Schmitt, com as declarações formuladas pelos Estados americanos no século XVIII, iniciadas pela declaração do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776, prelecionando, *verbis*:

*La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Aquí, en verdad, se indica el comienzo*

<sup>12</sup> DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 766.

<sup>13</sup> CANOTILHO, J J Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 359.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 514.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19.

– según una frase de Ranke – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de Derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como ‘Bill of Rights’, en la línea de la tradición inglesa. La primera declaración (modelo, según G. Jellinek, ‘La declaración de derechos del hombre y del ciudadano’, ed. Alemana, pág. 18) fue emitida por el Estado de Virginia e 12 de junio de 1776...<sup>16</sup>

Todavía, é com a Revolução Francesa de 1789 que se estabelece um marco teórico de concretude da positivação dos Direitos Fundamentais, pois passa a ser consignada de forma precisa a proclamação da liberdade, da igualdade, da propriedade e das garantias individuais liberais – a chamada primeira dimensão ou geração de direitos.

Uma segunda geração de direitos, com notada expansão no século XX, é a dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou das coletividades, tratados nas Constituições dos Estados Sociais, com forte cunho ideológico, vinculados à idéia do princípio da igualdade, que surgiram em decorrência das grandes transformações sociais que ocorreram nessa época, reflexos da revolução industrial, da luta de classes e do adensamento populacional nas cidades.<sup>17</sup>

O final do século XX vê surgir uma nova dimensão de direitos – chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, que transcenderiam o âmbito de proteção dos direitos individuais e coletivos para promoção da fraternidade, conforme o pensamento já mencionado de Denninger. Paulo Bonavides, aliás, a conceitua como

*“um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”<sup>18</sup>*

Nessa nova dimensão de direitos é que se insere aquele que diversos juristas passaram a denominar direito à proteção do patrimônio genético humano.

## **2.2. O tratamento constitucional e infraconstitucional da clonagem humana no ordenamento jurídico brasileiro**

O texto constitucional positiva este direito em seu art. 225. De acordo com Adriana Diaféria<sup>19</sup>, ele deve ser entendido com base nos supramencionados princípios éticos da justiça, da autonomia, da beneficência e da não maleficência. A partir destes, e com um enfoque especial nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), na proteção à vida (art. 5º, *caput*), ao desenvolvimento da ordem econômica (art. 170) e ao incentivo ao progresso científico (art. 218, § 4º), estruturou-se o direito a proteção do patrimônio genético humano.

<sup>16</sup> SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial. 1992, p. 164.

<sup>17</sup> DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. São Paulo: Edipro, 1999, p. 49.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 552.

<sup>19</sup> DIAFÉRIA, Adriana. *Op. cit.*

Destes princípios, o da dignidade humana vem sendo colocado no cerne das discussões, e utilizado como fundamentação para posturas tanto favoráveis como contrárias à clonagem humana.

Do ponto de vista infraconstitucional, a Lei nº 8.974, promulgada em 5 de janeiro de 1995, regulamentando os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecia normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, sendo o diploma que regulava a matéria em análise até 2005.<sup>20</sup> No que concerne a determinadas condutas de manipulação genética, a Lei nº 8.974/95<sup>21</sup> estabeleceu infrações administrativas (arts. 8º e segs.) e criminais (art. 13).

Dois anos mais tarde, com a Declaração Universal sobre o Genoma Humano, as Nações Unidas manifestaram sua posição sobre o assunto. O documento previa em seu art. 11 a vedação de práticas contrárias à dignidade humana, como a clonagem com fins reprodutivos. Em 08 de março de 2005 a Assembléia Geral da ONU aprovou a Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana, que condenava todas as formas de clonagem humana por sua incompatibilidade com a dignidade humana e a proteção da vida humana.<sup>22</sup>

Nesta esteira, entrou em vigor no Brasil em 24 de março de 2005 a nova Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05), revogando a anterior. Foi promulgada com o objetivo de estabelecer normas de segurança referentes às práticas envolvendo organismos geneticamente modificados — OGM — bem assim diretrizes ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

A Lei nº 11.105/05 elenca uma série de definições conceituais em seu art. 3º. A partir da leitura deste dispositivo, pode-se evidenciar a evolução conceitual pela qual passou a matéria nestes dez anos que as separam. No tocante à clonagem, por exemplo, a lei distingue expressamente a clonagem reprodutiva da terapêutica (incisos IX e X do art. 3º), distinção esta que inexistia no diploma anterior.<sup>23</sup> No que concerne à parte penal, a lei tipifica como crimes seis condutas<sup>24</sup>, dentre elas “realizar clonagem humana”.

---

<sup>20</sup> Em sentido contrário, sustentando que até o advento da Lei 11.105 o assunto da clonagem humana era “puramente especulativo no Brasil”, v. SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Clonagem Humana. In SARMENTO, DANIEL e PIOVESAN, Flávia (coord.) *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 266.

<sup>21</sup> Apesar de representar um marco regulatório no campo do Biodireito, a Lei nº 8.974/95 padecia de graves falhas técnicas, apresentando tipos legais natimortos de crimes, sendo certo terem existido no papel por uma década sem jamais terem sido aplicados.

<sup>22</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Clonagem Humana: uma questão em aberto. In SARMENTO, DANIEL e PIOVESAN, Flávia (coord.) *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 189.

<sup>23</sup> A Lei definiu “clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;” e “clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica”.

<sup>24</sup> São elas: **1.** utilizar embrião humano fertilizado *in vitro* para outro fim que não para implantação, ou, no caso de embriões inviáveis ou congelados há, pelo menos, 3 (três) anos, para a extração de células-tronco para fins de pesquisa ou terapia, e isso com consentimento dos “genitores”; **2.** praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano; **3.** realizar clonagem humana; **4.** liberar

A grande inovação trazida pela mesma, contudo, é a possibilidade de realização de pesquisa com células tronco extraídas de embriões, desde que atendidos requisitos previstos no art. 5º da própria lei.<sup>25</sup> No mesmo ano de sua publicação, o então Procurador Geral da República Cláudio Fontelles propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) contra o referido dispositivo (ADI 3510) sob o argumento de violação dos preceitos constitucionais que consagram o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, no primeiro semestre de 2008, o citado dispositivo foi considerado compatível com a Constituição por seis votos a cinco, como se analisará mais adiante.

### **2.3. A análise da clonagem humana por Günther Frankenberg em sua nova gramática constitucional**

Vê-se, assim, que a dignidade humana é tomada como o principal paradigma da questão, apesar da dificuldade da precisão de seu conteúdo agravado dentro de um contexto de sociedade de risco. Entretanto, como ressalva Heloisa Barboza, apesar da dignidade humana ser o princípio supremo de nosso ordenamento, não se pode afirmar, isoladamente e *a priori*, que “a clonagem terapêutica a afrontaria, se considerando que os princípios adotados pela Constituição da República, em conjunto, configuram verdadeira clausula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”.<sup>26</sup> Dessa forma, deve-se buscar um ponto de equilíbrio fruto da ponderação dos princípios envolvidos tomando por base a pessoa humana. Haveria, nesse sentido, uma ambivalência conceitual tendo em vista que nem a definição de pessoa humana nem os contornos de sua dignidade são objeto de consenso.

Portanto, a simples menção à dignidade humana não seria um critério suficiente, pois não pareceria absurdo se dizer que a proibição da clonagem terapêutica colidiria com o direito à saúde, na medida em que impede o acesso à técnica, ainda que experimental, a qual poderia se não eliminar, amenizar o sofrimento de muitos pacientes. Na mesma perspectiva, no que tange à clonagem reprodutiva, sua proibição deveria

---

ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização; **5.** utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso; **6.** produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização.

<sup>25</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

<sup>26</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Clonagem Humana: uma questão em aberto. In SARMENTO, DANIEL e PIOVESAN, Flávia (coord.) *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 198.

ser examinada em face do direito à autonomia reprodutiva, assegurado pelo § 7º do art. 226 da Constituição Federal.

Günther Frankenberg ao realizar uma análise empírica da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, o faz exatamente sob a perspectiva do clone. O autor inicia sua análise apresentando a dificuldade de se utilizar a ética para disciplinar o conhecimento tecnológico, apontando argumentos opostos para utilização da ética aplicada à questão. De um lado, Jürgen Habermas, que apóia sua crítica ao avanço genético tendo por base a tese do “domínio escravo dos genes”, pois o clone seria um escravo, já que alguém teria tomado uma decisão irrevogável sobre ele antes mesmo do seu nascimento. De outro lado, estaria a polêmica concepção de Peter Sloterdijk, que defende a criação de um “parque biológico”, vindo na clonagem uma insurreição contra a submissão ao acaso biológico, implicando assim num “planejamento esclarecido a favor de uma nobreza talentosa.”<sup>27</sup>

Posição semelhante em defesa da utilização da clonagem para melhoria da espécie é a apontada por Ronald Dworkin. Ele sustenta não haver nada de errado na aspiração independente de tornar as vidas das gerações futuras mais longas e mais repletas de talento e, por conseguinte, realizações. Em sua obra *A virtude soberana* afirma:

*Pelo contrário, se brincar de Deus significa lutar por aprimorar nossa espécie, trazer aos nossos projetos conscientes a resolução de aperfeiçoar o que Deus, de maneira deliberada, ou a natureza, às cegas, fez evoluir no decorrer dos tempos, então o primeiro princípio do individualismo ético rege tal luta, e seu segundo princípio proíbe, na ausência de provas concretas de perigo, que se impeçam os cientistas e os médicos de travá-la.*<sup>28</sup>

Frankenberg defende assim que a ética pode ser uma bandeira levantada para as causas mais diversas e as limitações à pesquisa científica deve encontrar algum tipo de justificação. Uma posição mais forte em favor da proibição do clone estaria fundada no princípio da dignidade humana, mas assinala desde logo a dificuldade na sua conceituação. Três seriam as teorias de sua determinação.

A primeira delas é teoria do dote, segundo a qual a dignidade seria um direito natural, e portanto inata. Levando-se em conta esta teoria, não há que se falar em impedimento à clonagem em nome da dignidade pois se ela é inata, o indivíduo clonado também já nasceria com ela.

A segunda teoria é a da prestação, que teria Luhmann como seu principal expoente. O ser humano só adquiriria individualidade consciente quando se apresentasse como parceiro da interação. A dignidade se caracterizaria pela “bem lograda auto-representação”, mas Frankenberg considera “questionável” esta concepção e a descarta.<sup>29</sup>

A terceira teoria seria a do reconhecimento, segundo a qual a dignidade humana seria adquirida através da relação. Também não se poderia proibir a clonagem humana

---

<sup>27</sup> FRANKENBERG, Günther. *A Gramática da Constituição e do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 325.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 644.

<sup>29</sup> FRANKENBERG, 2007, p. 327.

com base nessa teoria, pois o clone poderia alcançar a dignidade humana através de relações de reconhecimento social.

Resta então uma tese não interpretada, defendida por Theodor Heuss, denominada de “fórmula do objeto”. Assim, o ser humano teria sua dignidade respeitada sempre que for tido como fim, e não como meio. No entanto se trata de uma objeção empírica, e não teórica, não podendo ser utilizada como marco sistemático e normativo.

Uma vez desconstruída teoricamente a dignidade humana, Frankenberg passa a análise empírica da questão a partir da perspectiva do original e de seu clone. Do ponto de vista do ser original, deverá prevalecer a sua vontade ou consentimento, e negá-la em nome da dignidade humana é substituir a autodeterminação pela determinação alheia. Do ponto de vista do clone, poderia ser atingida a sua individualidade, mas Frankenberg rebate essa visão com exemplo dos gêmeos univitelinos, que apesar de compartilharem um código genético comum não tem o desenvolvimento de sua individualidade impedido.

Portanto, conclui Frankenberg que os que são contrários à clonagem humana, não o são com base na dignidade humana, mas com base na dignidade da humanidade como um todo. E propõe como solução uma tríade que se apóia num amplo debate público, numa solução política, e num compromisso constitucional.

Em consonância com a idéia de um amplo debate público, o Supremo Tribunal Federal promoveu no dia 4 de maio de 2007 uma audiência pública para debater a Lei de Biossegurança, sensível a esse parâmetro social dos limites tradicionais de legitimidade político-institucional.

O evento, inédito na história da Suprema Corte, visou reunir informações científicas para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510), proposta pela Procuradoria-Geral da República contra a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. A audiência pública foi presidida, Min. Ellen Gracie, e pelo relator da referida ADI, Min. Carlos Ayres Britto e contou com a participação de especialistas de diversas áreas, como médicos, geneticistas, antropólogos e juristas. Além da realização da referida audiência, a admissão de diversos *amici curiae* no julgamento da ADI também se coadunou com a idéia de um amplo debate público, como se verá mais adiante na discussão da representação argumentativa.

#### **2.4 Pontuando certos direcionamentos**

De todo o exposto, podemos refletir que a questão da manipulação genética humana é extremamente controversa e seus desdobramentos perpassam os campos da moral, da religião, do direito, da medicina e da tecnologia.

Ainda não se conseguiu estabelecer marcos regulatórios seguros, pois estes ou são carentes de um mínimo de uniformidade, como assegura Frankenberg em relação à Europa, ou são tecnicamente frágeis e sujeitos a constantes disputas judiciais como ocorre com nossa legislação nacional.

Mesmo assim, se tomamos por base o trato da matéria e a maturidade do debate em 1995, quando surgiu o primeiro diploma legal para regular a matéria no Brasil, e o comparamos com a Lei nº 11.105/05 e o atual debate da questão, incluindo a recente

audiência pública do STF, vemos o quanto já caminhamos. Mas ainda há muito mais por caminhar.

Parece-nos que um amplo debate público é a chave da questão, aliado a uma regulação infraconstitucional dada a maleabilidade e a agilidade das transformações pelas quais passa o tema. Em sede constitucional, deve-se restringir o debate à principiologia norteadora, cabendo o regramento técnico à alçada infraconstitucional. Resta-nos acompanhar o amadurecimento do debate, buscando que ele seja instruído de maneira livre, esclarecida e democrática e tendo como centro a função jurisdicional nucleada pela Jurisdição Constitucional. Cabe a seguir, nesse estudo, perquirir como esse delineamento despontado pela Lei nº 11.105/05 pode ser enquadrado nas variáveis da internacionalização da ordem jurídica e da sociedade de risco.

### **3. AS VARIÁVEIS DA INTERNACIONALIZAÇÃO E DA SOCIEDADE DE RISCO DIANTE DOS CASOS DIFÍCEIS NO CONTEXTO DA TEORIA CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA**

#### **3.1. O tema da internacionalização<sup>30</sup> e incorporação dos tratados de Direitos Humanos na ordem interna**

Para o exame dessa perspectiva, destaca-se, como ponto de partida, o voto do Min. Ricardo Lewandowski, abordando o importante tema sobre a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito positivo interno e, conseqüentemente, o problema acerca do *status* normativo assumido por tais documentos internacionais na ordem jurídica pátria. Neste sentido, o Min. Lewandowski cita dois recentes posicionamentos dos Min. Celso de Mello e Gilmar Mendes que revisam o entendimento consolidado no âmbito do Tribunal sobre esta questão, respectivamente, no HC 87.585-8 TO – caso que discute a constitucionalidade da prisão civil por dívida do depositário infiel – e no RE 466.343-SP.

A jurisprudência do STF sobre o tema consolidou o entendimento de que as normas de tratados internacionais de direitos humanos, após a sua incorporação ao direito interno, assumem o *status* normativo de lei ordinária. Este posicionamento recebeu, durante anos, inúmeras críticas por parte da doutrina constitucional e, sobretudo, internacionalista.<sup>31</sup> No início de 2008, o Ministro Celso de Mello, em seu voto no

---

<sup>30</sup> Para maiores informações acerca de outras ordens jurídicas, notadamente Estados Unidos, Inglaterra e França, vide:

<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4567481.stm>

<http://www.hfea.gov.uk/>

[http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga\\_19900037\\_en\\_1.htm](http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1990/Ukpga_19900037_en_1.htm)

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idArticle=LEGIARTI000006687452&idSectionTA=LEGISCTA000006171138&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20080910>

<http://apps.leg.wa.gov/documents/billdocs/2007-08/Pdf/Bills/House%20Bills/1730-S.pdf>

<http://www.nytimes.com/2006/12/08/world/europe/08france.html?scp=1&sq=france%20stem%20cell%20research&st=cse>

<sup>31</sup> Cf. LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005, pp. 15-18; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. “O § 2º do art. 5º da Constituição Federal”. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 51-77.

HC 87.585-8, afirmou que “o Supremo Tribunal Federal se defronta com um grande desafio, consistente em extrair, dessas mesmas declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, a sua máxima eficácia.”<sup>32</sup>

Aproximadamente um mês após a elaboração do voto supramencionado, o Min. Celso de Mello ratificou, em seu discurso proferido em nome do STF na solenidade de posse do Min. Gilmar Mendes, o seu posicionamento sobre a importância em se conferir urgentemente efetividade aos tratados internacionais de direitos humanos:

“Torna-se essencial, portanto, ter consciência de que se revela inadiável conferir real efetividade, no plano interno, aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro em tema de direitos humanos, aqui compreendidos os direitos dos Povos Indígenas, tais como consagrados em documentos promulgados sob os auspícios da Assembléia Geral da ONU e, sobretudo, no texto de nossa própria Constituição.”<sup>33</sup>

Com apoio neste pressuposto (o da extensão do princípio da efetividade ou máxima eficácia ao plano internacional), o Min. Celso de Mello assumiu uma postura de revisão do seu entendimento anterior no sentido de reconhecer, diante de um contexto de internacionalização do Direito Constitucional, o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Este posicionamento teórico, bastante inovador no âmbito da jurisprudência do STF, não se aplica apenas aos tratados internacionais celebrados pelo Brasil após a EC nº 45/2004, que instituiu o § 3º do art. 5º da CF, mas, sobretudo, aos tratados internacionais de direitos humanos regularmente incorporados à ordem interna em momento anterior à promulgação da referida Emenda Constitucional e, inclusive, antes da promulgação da própria Constituição Federal.<sup>34</sup>

Segundo o Min. Celso de Mello, as normas oriundas de tratados internacionais de direitos humanos assumem um caráter materialmente constitucional e, com fundamento no § 2º do art. 5º da CF, compõem o conceito de “bloco de constitucionalidade”, isto é, “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.”<sup>35</sup>

É interessante notar que, em um mesmo caso, dois ministros desenvolvem duas compreensões distintas sobre o significado de “bloco de constitucionalidade”. Para o Min. Celso de Mello, essa expressão possui um significado normativo inspirado no § 2º do art. 5º da CF. Diversamente, o Min. Eros Roberto Grau compreende o bloco de constitucionalidade como a “totalidade normativa que a Constituição é” e que, em última análise, “é delimitada pelo Supremo Tribunal Federal no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição.”<sup>36</sup> Neste sentido, o bloco de constitucionalidade afasta-se de sua feição

---

<sup>32</sup> Voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-8 (STF), 12.03.2008, p. 06. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>33</sup> Discurso proferido pelo Min. Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Min. Gilmar Mendes na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.04.2008. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>34</sup> Voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-8 (STF), pp. 27-28. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 28.

<sup>36</sup> Voto do Min. Eros Roberto Grau na ADI 3510-0 (STF), pp. 10-11. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

internacionalista conferida pelo Min. Celso de Mello para assumir uma conotação mais jurisprudencial com a visão defendida pelo Min. Eros Roberto Grau.

Em seu voto no HC 87.585-8, o Min. Celso de Mello desenvolve, com apoio no pensamento de Francisco Campos<sup>37</sup>, considerações hermenêuticas – fortemente controvertidas – sobre a mutação constitucional, ao afirmar que:

“(…) a interpretação judicial desempenha um papel de fundamental importância, não só na revelação do sentido das regras normativas que compõem o ordenamento positivo, mas, sobretudo, *na adequação da Constituição às novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam a sociedade contemporânea.*”<sup>38</sup> (…)

“(…) Ou, em outras palavras, a interpretação emanada dos juízes e Tribunais será tanto mais legítima quanto mais fielmente refletir, em seu processo de concretização, o espírito do tempo, aquilo que os alemães denominam ‘zeitgeist’.”<sup>39</sup>

Citando expressamente as lições constitucionais de Francisco Campos, o Min. Celso de Mello defende a polêmica tese de que “o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la [...]. *Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.*”<sup>40</sup> A polêmica reside na defesa, de um modo inédito, de um poder *constituente* de reformulação do texto constitucional intrínseco a todo ato de interpretação realizado pelo Tribunal Supremo. Por sua vez, a originalidade da argumentação reside, justamente, no fato de ser defendida uma postura mais ativista do que a adoção da figura do legislador positivo que regulamenta a Constituição<sup>41</sup>, culminando na defesa da tese de que a guarda da Constituição pelo tribunal envolve, também, a prerrogativa judicial de reformular os textos normativos constitucionais tendo em vista transformações na realidade constitucional. Outro ineditismo que deve ser destacado é a utilização de um pensamento representativo do autoritarismo político para a defesa de um ativismo progressista no sentido de conferir *status* constitucional às normas internacionais de direitos humanos.

Com apoio nos votos anteriormente mencionados, o Min. Ricardo Lewandowski, sem posicionar-se explicitamente sobre o tema, expressou que “o STF caminha no sentido de ampliar o valor que vinha conferindo aos textos internacionais relativos ao tema, atribuindo-lhes uma classificação, no mínimo, superior às normas que integram a legislação comum.”<sup>42</sup> Além disso, o voto do Min. Lewandowski destaca inúmeros documentos internacionais, com especial ênfase para a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, aprovada por unanimidade no âmbito da 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em 19 de outubro de 2005.

<sup>37</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956, vol. II.

<sup>38</sup> Voto do Min. Celso de Mello no HC 87.585-8 (STF), p. 40, grifo nosso. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>39</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>40</sup> *Idem*, p. 41, grifo nosso.

<sup>41</sup> Posicionamento adotado, por exemplo, pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes em seu voto na ADI 3510-0 (STF), p. 17. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>42</sup> Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADI 3510-0 (STF), p. 21. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

Por último, o Min. Ricardo Lewandowski ressalta que no plano estritamente jurídico-positivo, se levada às últimas conseqüências a tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, seria necessário reconhecer que, diante do art. 4º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>43</sup> (Pacto de San José da Costa Rica), a vida começaria na concepção, iniciada seja no útero, seja *in vitro*.<sup>44</sup> Este é um bom exemplo das vicissitudes práticas em se defender teses gerais com a pretensão de validade para todos os casos particulares no futuro, ou seja, teses com amplos efeitos prospectivos. Com apoio no pensamento de Cass Sunstein, “acordos não completamente fundamentados” (*incompletely theorized arguments*), baseados em princípios de curto e médio alcance, constituem boas estratégias para alcançar o consenso sobre uma questão altamente controversa e, também, diminuem o risco em se adotar no futuro, diante de novos casos, uma decisão incoerente com os princípios ou teses gerais até então defendidos.<sup>45</sup>

### 3. 2. Sociedade de risco e as células-tronco

#### 3.2.1. Sua formulação teórica e questionamentos

A leitura dos votos disponibilizados do Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Ferreira Mendes, Min. Marco Aurélio de Mello, Min. Ellen Gracie, Min. Carlos Ayres de Britto, Ricardo Lewandowski e, por fim, Min.<sup>a</sup> Carmen Lucia na ADI nº 3.510 apontam para o fato de que o encontro de uma adequada solução para esse *hard case* ensejou, naturalmente, um amplo arsenal teórico aplicado. Nesse sentido, no exame da ADI nº 3.510, como já foi indicado, depara-se com parâmetros ou argumentações teóricas, que, dentre outros, podemos destacar os seguintes: a internacionalização (Min. Celso de Mello); os procedimentos contra-majoritários (Min. Marco Aurélio); o princípio da proporcionalidade (Min. Gilmar Ferreira Mendes); o princípio da razoabilidade (Min. Ellen Gracie); e, por fim, a temática da sociedade de risco (Mins. Ricardo Lewandowski e Gilmar Ferreira Mendes). Sem dúvida, é a concepção de sociedade de risco que, possivelmente, mereça uma maior atenção no processo de dirimir o *hard case* células-tronco ora em estudo. Justifica tal destaque em razão do conceito de risco traduzir a incorporação na pauta argumentativa do Supremo Tribunal Federal de uma nova perspectiva teórica.

Para compreender a formulação desse contexto de sociedade de risco, é necessário recorrermos ao seu idealizador o sociólogo alemão Ulrich Beck. Em texto publicado no jornal espanhol El País, na sua edição de 16 de julho de 2008 sob o título *Los nuevos profetas de la energia nuclear*<sup>46</sup>, apresenta-se uma síntese do pensamento desse referido teórico. Entre outros aspectos, Ulrich Beck assinala para a delimitação

<sup>43</sup> Art. 4º, 1: “Toda pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção. Ninguém pode ser privado de sua vida arbitrariamente”.

<sup>44</sup> Voto do Min. Ricardo Lewandowski na ADI 3510-0 (STF), pp. 20-22. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>45</sup> Cf. SUNSTEIN, Cass R. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, FGV Fundação Getúlio Vargas/Jurídico Atlas, pp. 79-94, Setembro/Dezembro 2007; SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999; SUNSTEIN, Cass R. *Legal reasoning and political conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.

<sup>46</sup> Para acesso do referido artigo, veja [www.supremoemdebate.blogspot.com](http://www.supremoemdebate.blogspot.com)

da categoria “risco” como sendo anterior a configuração de uma catástrofe. E pontua ainda a respeito do significado de uma teoria do risco, nesse final do século passado e o início dessa nova centúria, como sendo as suas fronteiras um resultado “não indenizável”. Ulrich Beck sublinha, também, que o risco se materializa em um sentido mais cultural. Isto é, a título exemplificativo, a percepção do risco na sociedade americana poderá privilegiar mais a concepção do terrorismo. Enquanto, na Europa, esse universo estará, possivelmente, demarcado mais pela linha do problema ambiental. No texto da citada publicação espanhola, merece de nossa parte gizar que, para o sociólogo alemão, o princípio da precaução articula-se com o da prevenção.

Apesar dessa clareza e síntese teórica do mencionado artigo, o paradigma do risco como foi arquitetado por Ulrich Beck sofre uma série de restrições por parte de críticos como Gabe Mythen ao publicar uma análise a esse respeito sob o título *Reappraising the Risk Society Thesis Telecospic Sight or Myopic Vision*.<sup>47</sup> Após sumariar, de modo pontual, o pensamento de Beck, Mythen tece uma série de críticas a teoria do risco. Entre essas, vale destacar a preocupação universalizante adotada na concepção de risco. Contudo, pode ser destacado que, no referido artigo editado no jornal *El País*, Beck tenta superar essa restrição teórica ao fundamentar a sua concepção as diferenças culturais de cada sociedade. A outra crítica percebida por Mythen ruma na direção da falta de uma comprobabilidade empírica da teoria do risco. Apesar dessas limitações exemplificadas, o autor em análise reconhece que, em hipótese nenhuma, a teoria do risco pode ficar “nas prateleiras” “sofrendo o problema do empoeiramento”. Pelo contrário, tem de haver um esforço da teoria social contemporânea de reconhecer não só os seus méritos e quanto uma decisiva contribuição de empiricidade ao contexto do risco. Mesmo com essa importante ressalva de Mythen, não podemos desconhecer que, no corpo doutrinário social, há, sem sombra de dúvida, dificuldades aplicativas para a teoria do risco. Cabe avançarmos em termos de avaliar se existem, também, esses impeditivos para o conceito de sociedade de risco por parte do campo jurídico.

Na obra *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, organizada por José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite<sup>48</sup>, não é difícil responder a questão acima posta sobre como o Direito incorpora o debate da sociedade de risco. Tal tema aparece discutido de forma tangencial. De um lado, depara-se por uma falta de irradiação da teoria do risco como instrumento teórico para repensar o jurídico. Uma das exceções a esse procedimento, está no pensamento de Erhard Denninger<sup>49</sup>, no qual o constitucionalista alemão se credencia para propor uma nova tríade para a teoria constitucional contemporânea com conseqüências óbvias para todo o universo do jurídico. De outro lado, o aspecto de tangência exercido pelos juristas no tocante à teoria do risco, localiza-se na preocupação mais prática, tanto num direcionamento meramente dogmático quanto na resolução concreta de problemas ambientais.

---

<sup>47</sup> Veja *Current Sociology* – November 2007 vol. 55(6): 793-813.

<sup>48</sup> São Paulo: Editora Saraiva, 1ª Edição, segunda tiragem, 2007.

<sup>49</sup> Vide “Segurança, Diversidade e Solidariedade” ao invés de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade” in *Revista Brasileira de Estudos Políticos* nº 88, dezembro de 2003, pp. 21 a 45.

Não merece omissão, também, de nossa parte nesse debate sobre a aplicação da teoria de Ulrich Beck no mundo normativo, o importante artigo de José Joaquim Gomes Canotilho sob o título *Justiça Constitucional e Justiça Penal*<sup>50</sup> ao advertir que o risco não pode ser demarcado como “elemento psicológico” terminando por legitimar uma visão como a do Direito Penal do Inimigo como proposta por Gunther Jakobs. Se, nas fronteiras do Direito, a sociedade de risco não é incorporada, como a jurisprudência, notadamente no referido *hard-case* das células-tronco discutido na nossa Corte Maior, “articula” a noção do risco?

### **3.2.2. A construção jurisprudencial da teoria do risco no Supremo Tribunal Federal**

Na ADI nº 3.510 em tela, os votos dos Min. Ricardo Lewandowski e Gilmar Ferreira Mendes contribuíram para estabelecer uma nova pauta argumentativa ou paradigmática por parte de nossa jurisdição constitucional, como é o caso da sociedade de risco. O objetivo é detectar se os votos dados seguiram o mesmo caminho doutrinário do tratamento do risco por uma linha de caráter tangencial.

O Min. Ricardo Lewandowski, às fls 23 e 24, procede a citação do conceito de sociedade de risco por parte de Ulrich Beck. No trecho reportado ao sociólogo alemão, o mencionado ministro destaca mais “o reconhecimento da imprevisibilidade” como resultado do “desenvolvimento técnico-industrial” exigindo “a auto-reflexão” em relação às bases da coesão social e o exame das convenções [...]”. Conclui-se que sua preocupação se volta mais para a “coesão social” e o “aspecto normativo”. Sintetiza o seu pensamento, à fl. 24, de que, o direito à vida não merece um reducionismo individual, pelo contrário, diante desse contexto de sociedade de risco, cabe um enquadramento como “um direito comum a todos” integrante ao patrimônio dos seres humanos. Em seguida, define o princípio de precaução vindo-o de forma independente ao contrário de Beck, pois, este pensador vincula o aparato da precaução ao da prevenção. Vale ressaltar o fato de que o Min. Ricardo Lewandowski pontuar a aplicação do princípio de precaução como um dano “não indenizável”. Aproxima-se, assim, da posição de Ulrich Beck estabelecendo os limites do risco. Podemos inferir que, no *hard case* das células-tronco, o Min. Ricardo Lewandowski não só contribui na inclusão da teoria do risco no marco do Supremo Tribunal Federal, como também, não adota a postura “tangencial” da doutrina a respeito desse paradigma. Pelo menos, há de ser constatado o ponto do reconhecimento por parte do citado ministro de a noção de risco influenciar uma concepção mais coletiva do direito.

Em relação ao voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, no julgado em análise, devemos sublinhar que o mesmo, explicitamente, não incorpora a conceituação de risco de Ulrich Beck. Entretanto, ao discutir o princípio da responsabilidade formulado pelo pensador alemão Hans Jonas, o referido ministro contribui no avanço de novas linhas teóricas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O seu voto, por consequência, fundamenta-se na noção de responsabilidade para verificar se o art. 5º da Lei nº 11.105/05, disciplinador da utilização de embriões, apresenta uma real carga protetiva e de segurança para os interesses da sociedade. Para tanto, afastando-se, de forma total, de

---

<sup>50</sup> Vide Revista Brasileira de Criminologia – IBCRIM nº 58, 2006, pp. 329 a 345.

uma preocupação meramente tangencial como a procedida pela doutrina jurídica, o Min. Gilmar Mendes lastreia a aplicação do princípio da responsabilidade dentro corpo principiológico da proporcionalidade. Na conclusão de seu voto aduz:

“Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir art. 5º uma interpretação em conformidade com o princípio responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Unter-Massverbot)”.

### 3.2.3. A sociedade de risco e o acesso à justiça

A questão da sociedade de risco é bastante sensível tanto na teoria social, quanto no direito ao aspecto do processo democrático para resoluções dos danos potenciais ou ocorridos dentro de uma contextualização de sociedade de risco. No caso jurídico, lembremos do pensamento de François sempre estampado nas publicações da *Revue Interdisciplinaire de Droit*<sup>51</sup> ao defender a postura de ter o Direito Ambiental um “caráter parlamentar” pelos seus vários procedimentos argumentativos. Ou a obra<sup>52</sup> já citada por nós de José Joaquim Gomes Canotilho e José Rubens Morato Leite, como organizadores, de proporem uma cidadania ambiental ou uma democracia ambiental. Não precisamos ir tão longe para comprovar esse caráter associativo necessário do acesso à justiça resultante da própria dinâmica da sociedade de risco, basta citar a seguinte passagem do voto do Min. Ricardo Lewandowski ao estar lastreado, à fl. 27 de sua decisão, na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco no art. 18, alínea “c” devendo nesse setor do conhecimento “promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes.”

### 3.3. O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa dos cidadãos

A representação argumentativa encontra-se intimamente relacionada com a temática acerca da legitimação e da reconciliação do sistema de controle de constitucionalidade das leis com a democracia representativa numa dinâmica de sociedade de risco. O Tribunal Constitucional, segundo Robert Alexy, exerce o importante papel de “instância de reflexão do processo político”<sup>53</sup>, responsável pela representação argumentativa dos cidadãos. Esta inovadora e também polêmica tese apóia-se na seguinte intuição fundamental sustentada pelo autor: os Direitos Fundamentais têm uma importância tão grande que a decisão sobre a sua proteção e promoção não pode ser confiada, de modo exclusivo, às maiorias parlamentares ordinárias.

A argumentação jurídica, a participação da sociedade civil<sup>54</sup> e o método da ponderação, este último aperfeiçoado analiticamente<sup>55</sup>, constituiriam a fundamentação

<sup>51</sup> *Faculté de Saint Louis – Bruxelas*

<sup>52</sup> *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, às páginas 159 e 160.

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático: para a relação entre direitos do homem, Direitos Fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, 217, 1999, p. 66.

<sup>54</sup> Por exemplo, na qualidade de *amicci curiae* e na participação em audiências públicas sobre temas controvertidos na sociedade.

<sup>55</sup> Cf. ALEXY, Robert. On balancing and subsumption: a structural comparison. *Ratio Juris*, v. 16, nº 4, 433-449, dez. 2003.

racional para a representação argumentativa que, por sua vez, competiria com a representação política dos cidadãos no Poder Legislativo sobre a última palavra na definição de políticas públicas responsáveis pela garantia e concretização dos Direitos Fundamentais.

De acordo com Robert Alexy, o fato de os magistrados encontrarem-se constringidos institucionalmente pela regras da argumentação jurídica e, sobretudo, pelos princípios da publicidade e da motivação de suas decisões contribuiria, em tese, para um maior grau de racionalidade da jurisdição constitucional em comparação com o debate político, fortemente marcado pela negociação e pela barganha com base nos interesses em conflito. Segundo o autor, “a representação do povo no tribunal constitucional é puramente argumentativa”<sup>56</sup>, enquanto que a representação parlamentar constitui um conjunto, nem sempre coerente, composto por elementos decisionistas e discursivos.

O âmbito de atuação da jurisdição constitucional não é, no entanto, ilimitado. Tendo em vista a necessidade teórica e prática de delimitação do espaço de sua atuação em nome da preservação da separação de poderes e da democracia representativa, o autor desenvolveu, nos últimos anos, uma teoria das margens de ação<sup>57</sup> que completa sua reflexão teórica sobre os princípios jurídicos, a argumentação jurídica e os Direitos Fundamentais.

A dogmática das margens de ação possui dois objetivos fundamentais. Em primeiro lugar, procura construir uma alternativa coerente aos extremos da sobreconstitucionalização e da infraconstitucionalização.

A *sobreconstitucionalização* do ordenamento jurídico decorreria da compreensão da Constituição como uma ordem fundamental em um sentido quantitativo, isto é, como uma ordem normativa incapaz de conferir margens de liberdade para o legislador ordinário, de tal modo que todas as questões encontrassem uma orientação ou resposta – expressa ou implícita – em seu texto.

No outro extremo, o fenômeno da *infraconstitucionalização* consistiria no entendimento da Constituição como um documento que define apenas as competências de cada um dos três poderes de Estado, além de positivar, de um modo minimalista, os Direitos Fundamentais compreendidos exclusivamente como direitos de defesa, isto é, direitos de liberdade frente ao Estado. Em segundo lugar, a dogmática das margens de ação objetiva manter-se fiel à tradição jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal alemão iniciada com o caso Lüth em 1958<sup>58</sup>, cuja compreensão da Lei Fundamental como uma “ordem objetiva de valores” serviu como fundamento para a constitucionalização do Direito Civil e, posteriormente, de outros ramos do Direito. Este último objetivo é alvo de inúmeras críticas, sendo a mais importante a

---

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”. In: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005, p. 100.

<sup>57</sup> Sobre a teoria das margens de ação, confira: ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid, Fundacion Beneficentia et Peritia Juris, 2004.

<sup>58</sup> Sobre o caso Lüth, confira: SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig et al. Berlin; Montevideo. Konrad-Adenauer Stiftung, 2005.

formulada por Jürgen Habermas e denominada pelo próprio Robert Alexy como a “objeção teleológica”<sup>59</sup> à sua teoria.

A Constituição passa, deste modo, a ser compreendida como uma “ordem marco”, que deixa para o legislador uma ampla margem de ação estrutural para a eleição dos fins políticos em conformidade com os Direitos Fundamentais e bens coletivos tutelados constitucionalmente, assim como a definição dos meios para a promoção de tais fins políticos. É, ao mesmo tempo, uma ordem fundamental em sentido qualitativo que garante os Direitos Fundamentais e a participação democrática. Neste sentido, argumenta Carlos Bernal Pulido com apoio nas reflexões de Robert Alexy:

“As disposições de Direitos Fundamentais não ordenam nem proíbem nada, nem sequer implicitamente, para muitos casos. Isto se faz evidente quando o resultado da ponderação é um empate. E ali onde a Constituição nada prescreve, o legislador tem a competência para decidir. Quando esta circunstância se apresenta na ponderação, o Tribunal Constitucional deve ser deferente com esta competência legislativa.”<sup>60</sup>

Robert Alexy defende, assim, uma visão conciliadora entre a jurisdição constitucional e a democracia. Segundo o autor:

“(…) o controle de constitucionalidade como argumento não permite tudo. (...) Nos casos de empate, o legislador possui discricionariedade, e se a constituição não deve decidir todos e cada um dos casos, esta discricionariedade do legislador é necessária.”<sup>61</sup>

A tese da representação argumentativa repousa sobre condições ou pressupostos excessivamente idealistas, cuja exigência é contrafática. Duas são as condições fundamentais para uma “verdadeira representação argumentativa”<sup>62</sup>: em primeiro lugar, a existência de argumentos corretos ou razoáveis; em segundo lugar, a existência de pessoas racionais e razoáveis – em especial, os magistrados – que estejam dispostas e sejam capazes de aceitar argumentos razoáveis pela simples razão de sua própria correção; é, segundo o autor, o ideal de correção no Direito.<sup>63</sup>

Não é difícil perceber a força do discurso neoconstitucionalista com apoio nas reflexões de Robert Alexy para a legitimação da jurisdição constitucional e do recente ativismo jurisdicional capitaneado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no caso analisado. Juan Antonio García Amado elabora uma contundente crítica ao neoconstitucionalismo, em particular às teses da “onipresença da Constituição”, seu caráter excessivamente principialista, sua pretensão desmedida de conformação do

---

<sup>59</sup> Cf. ALEXY, Robert. “Sobre la estructura de los principios jurídicos”. In: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 123-137. Segundo Jürgen Habermas, a definição dos princípios jurídicos como mandados de otimização e a compreensão excessivamente valorativa do texto constitucional conduzem a uma perda do caráter deontológico dos Direitos Fundamentais.

<sup>60</sup> *Idem.*

<sup>61</sup> ALEXY, Robert. *Ponderación, control de constitucionalidad y representación*, cit., p. 102.

<sup>62</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 102.

<sup>63</sup> Nesse sentido, veja-se também ALEXY, Robert. “On the concept and the nature of law”. In *Ratio Juris*, vol. 21, n° 3, set. 2008, p. 294.

mundo político, além do protagonismo exacerbado que é habitualmente conferido ao Poder Judiciário pela teoria jurídica com apoio na metodologia da ponderação.<sup>64</sup> Para García Amado, o neoconstitucionalismo “tem como transfundo político a crescente desconfiança frente ao legislador parlamentar e a correlativa fé nas virtudes taumatúrgicas da magistratura.”<sup>65</sup> Em sua crítica, o autor atenta para os excessos e os perigos do neoconstitucionalismo que acabariam por comprometer o pluralismo e a liberdade do legislador ordinário responsáveis pela definição do campo da disputa política nas democracias contemporâneas:

*“O Direito e, especialmente, a Constituição, delimita o território da política, definindo limites infranqueáveis para aquilo que seja politicamente possível. Porque se não há âmbitos de livre configuração e, portanto, imunes à correção por parte dos órgãos judiciais, não restará espaço para uma sociedade que exerça a política, passando todos a serem súditos do supremo órgão político e não democrático, a magistratura.”*<sup>66</sup>

A tese da representação argumentativa foi recentemente recepcionada pelo discurso do Min. Gilmar Ferreira Mendes como uma estratégia para a legitimação da expansão da competência institucional do Tribunal por meio de um ativismo jurisdicional, isto é, de caráter formal. Há um íntimo relacionamento entre a representação argumentativa e a legitimação do ativismo jurisdicional compreendido como “uma atitude pessoal [dos magistrados] sobre preferências políticas.”<sup>67</sup>

Em entrevista recente, o ministro afirmou que o STF é “um espaço democrático [...] aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas”<sup>68</sup>, citando expressamente a teoria do jusfilósofo alemão sobre a representação argumentativa. Conforme a declaração do Presidente do STF, que foi voto vencido no caso sob exame, a inovação mais importante no julgamento refere-se à legitimação do papel do Tribunal como “casa do povo” para suprir as deficiências, mediante sentenças de perfil aditivo, no processo de deliberação e elaboração das leis. Segundo o Ministro Gilmar Mendes, a representação pela argumentação é concretizada em audiências públicas, mediante a atuação do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União, a advocacia privada e, por fim, a presença dos *amicus curiae*. Deste modo, o Tribunal receberia todo o tipo de argumentos, razões e de pontos de vista diferenciados sobre temas polêmicos na sociedade, como é o caso da pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Além disso, diferentemente das decisões do Poder Legislativo, as decisões dos Tribunais, em especial as do STF, “só ganham peso se conseguem convencer.”<sup>69</sup> Nas decisões do poder político existiria, segundo esta visão, um déficit na argumentação,

<sup>64</sup> Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, pp. 13-23.

<sup>65</sup> GARCÍA AMADO, J. A. *apud* PULIDO, Carlos Bernal. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 17.

<sup>66</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 18.

<sup>67</sup> TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*. Nova York: Nova York University Press, 1997, p. 33.

<sup>68</sup> *Jornal O Valor Econômico*, 9.06.2008, disponível em: <http://www.valor.com.br>.

<sup>69</sup> *Idem*.

pois o Congresso, ao contrário dos Tribunais, não se encontraria limitado por um dever expresso de fundamentação discursiva de suas decisões.

A estratégia de legitimação discursiva da jurisdição constitucional é retomada pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto na ADI 3.510. No início do voto, refere-se ao STF como “um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.”<sup>70</sup> Em seguida, desenvolve uma estratégia de legitimação da atuação do Tribunal em casos constitucionais difíceis, com forte conotação moral, política e religiosa, destacando a competência do STF “[em] dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege”<sup>71</sup>, com fundamento nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Com apoio expressamente na tese sobre a representação argumentativa, o Min. Gilmar Mendes assevera:

“O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas.”<sup>72</sup>

Segundo o presidente do STF, o debate democrático sobre o tema da pesquisa com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos não terminou no âmbito do Congresso Nacional com a discussão e aprovação da Lei sobre Biossegurança, particularmente a controvérsia em torno do seu art. 5º. O debate “democrático” permanece e se intensifica como se fosse um “terceiro turno” de deliberação e votação, no âmbito do STF, com a “nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma jurisdição Constitucional.”<sup>73</sup> Neste momento, utilizando-se das técnicas de decisão atípicas no controle de constitucionalidade, os ministros do STF podem suprir eventuais deficiências ou omissões na legislação, modificando, corrigindo e incluindo, mediante sentenças aditivas, novas regras ou requisitos normativos com a intenção de aperfeiçoá-la, tendo como parâmetro de decisão “o princípio da proporcionalidade como proibição da proteção insuficiente.”<sup>74</sup> Este posicionamento favorável às decisões modificativas, no entanto, encontrou objeção levantada pelo Min. Marco Aurélio de Mello em seu voto:

“Também é de todo impróprio o Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de aconselhamento. Em processo como este, de duas uma: ou declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato

<sup>70</sup> Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 3510-0, p. 01. Disponível em [http://: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>71</sup> *Idem*, p. 2.

<sup>72</sup> *Idem*, pp. 3-4, grifo no original.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 5.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 18.

normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito anos de Tribunal jamais presenciei, consideradas as diversas composições, adoção desse critério, a conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja para adoção pelo Poder Legislativo, seja pelo Executivo, em substituição de todo extravagante.”<sup>75</sup>

Em sintonia com a definição de ativismo jurisdicional entendida como uma decisão do magistrado sobre como deve agir o Tribunal diante de casos constitucionais difíceis, ou seja, como a adoção de uma postura de “participação na elaboração de políticas”<sup>76</sup>, o Min. Gilmar Ferreira Mendes argumenta:

“Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie a mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais européias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.”<sup>77</sup>

Deste modo, podemos afirmar que, no Brasil, o ativismo jurisdicional capitaneado pelo STF, especialmente pelos Min. Gilmar Ferreira Mendes e Celso de Mello, revela-se como o principal fator para a intensificação da judicialização da política no Brasil, compreendida como expansão decisória do Poder Judiciário sobre áreas de competência até então exclusivamente exercidas pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, bem como a difusão de métodos de argumentação e de decisão típicos dos Tribunais para fóruns políticos e administrativos (“tribunalização da política”).<sup>78</sup>

Aliado ao excessivo idealismo na concepção do Tribunal como um representante argumentativo dos cidadãos, lastreada em uma compreensão da democracia dissociada da premissa majoritária<sup>79</sup>, percebe-se a seletividade do Tribunal na definição de quais temas serão abertos à participação da sociedade civil em audiências públicas, ampliando-se, assim, a visão tradicional sobre o acesso à justiça.

#### 4. LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL

Observa-se, considerando todo o quadro de análise apresentado anteriormente, nesse momento, uma ampla disputa sobre o papel institucional e político do Supremo

<sup>75</sup> Voto do Min. Marco Aurélio de Mello na ADI nº 3510-0, p. 2. Disponível em [http://: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>76</sup> TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*, cit., p. 33.

<sup>77</sup> Voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI nº 3510-0, p. 17. Disponível em <http://: www.stf.gov.br>.

<sup>78</sup> TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*, cit., p. 13 et seq. Confira também: CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, 23, 2004, pp. 115-126; EISENBERG, José. Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*, Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/ FAPERJ, 2002, pp. 43-61.

<sup>79</sup> Sobre a distinção entre democracia majoritária e democracia constitucional, com forte defesa desta, confira: DWORKIN, Ronald. “A leitura moral e a premissa majoritária”. In: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 01-60.

Tribunal Federal. Valorizado após a vigência da carta de 1988, em especial se comparado às cortes constitucionais anteriores, o STF tem desempenhado uma intensa liderança na esfera pública brasileira. Neste sentido, o período de presidência do Min. Gilmar Ferreira Mendes é bem exemplificativo. Com o escopo de consolidar o prestígio e importância do STF, bem aos moldes europeus, ou, mais precisamente, alemães, Gilmar reivindica e atua na construção de um novo modelo de tribunal constitucional, extremamente ativo na formulação de políticas públicas. Deste modo, ao fenômeno da judicialização da política<sup>80</sup>, vinculado à própria estrutura da Constituição de 1988, soma-se a problemática do ativismo judicial.

O julgamento da ADI 3.510 expressa bem esta querela. Os votos dos ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, anteriormente citados, demonstram duas visões bem diversas sobre os limites formais da atuação do STF, assim como a decisão da ministra Ellen Gracie explicita as limitações materiais do Tribunal.

Com efeito, certa dose de ativismo é inerente à própria função jurisdicional<sup>81</sup>, a questão é impedir que sua manifestação venha a desestabilizar o regime democrático pátrio. Tratar destes liames impõe, pois, a reavaliação das relações entre o judiciário e democracia, assim como uma reflexão sobre democracia brasileira.

Pensado como freio anti-majoritário, tanto nas formulações de Montesquieu quanto nos escritos federalistas norte-americanos, o Poder Judiciário carrega, inequivocamente, certa verve restritiva das manifestações do povo. Ele não colide com a idéia moderna de democracia representativa, uma vez que não se pode identificar tal ideal democrático a uma mera expressão quantificável da população, mas também não pode figurar como seu principal substrato. Por mais que, como em todos os conceitos, a contextualização histórica seja imprescindível à compreensão da democracia, a total desvinculação entre sua prática e uma real expressão da vontade popular promove o esfacelamento do ideário socialmente inclusivo, hegemônico após a Segunda Guerra Mundial.

A realidade brasileira impele aos seus estudiosos a um cuidado ainda maior. De fato, a excepcionalidade da democracia em nossa história, não obstante a onipresença da retórica democrática, alerta para um possível mascaramento de situações antidemocráticas, sob a égide de argumentos igualitários. Deste modo, a pretensa crise de legitimidade das instituições representativas, argumento comum aos entusiastas da centralidade do Judiciário na efetivação da cidadania<sup>82</sup>, pode redundar em mais uma saída pedagógica<sup>83</sup> para a efetivação da democracia no Brasil. Outra vez se recorrerá ao velho argumento da competência, através da afirmação de uma necessária tutela do povo pelos mais aptos a delinear os rumos da nação.

---

<sup>80</sup> Sobre o conceito de judicialização da política ver TATE, C. N., VALLINDER, T. (Ed.). *The global expansion of Judicial Power*.

<sup>81</sup> MARSHALL, William P., *Conservatives and the seven sins of judicial activism*, University of Colorado Law Review, 2002, Forthcoming.

<sup>82</sup> Neste sentido, podemos citar as obras organizadas por Werneck Vianna: *A Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2002. 559p; e *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270p.

<sup>83</sup> Sobre o conceito de Estado Pedagógico, ver a introdução de José Murilo de Carvalho em URUGUAI, Paulino José Soares de Souza; CARVALHO, José Murilo de. *Visconde do Uruguai*. São Paulo: Editora 34, 2002. 631p.

A situação acima referida pode até mesmo não retratar fielmente o Supremo, até porque a redefinição do seu papel institucional ainda carece de consolidação. Contudo, ante as recentes manifestações impõe uma reflexão mais acurada sobre tais questões. Os exemplos são fartos. O Min. Celso de Mello assevera, citando Francisco Campos, que o STF é titular de parte do poder constituinte, em perigoso descarte do modelo de separação de poderes erigido em nossa constituição. Ele afirma:

“Daí a precisa observação de Francisco Campos (Direito Constitucional vol. II/403, 1956, Freitas Bastos), cujo magistério enfatiza, corretamente, que, no poder de interpretar os textos normativos, inclui-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas e cambiantes realidades sequer existentes naquele particular momento histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas.

Importante rememorar, neste ponto, a lição desse eminente publicista, para quem o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em formulação permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la [...] Nos Tribunais incumbidos da guarda da constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte.”<sup>84</sup>

Em outra decisão polêmica, o Min. Eros Grau amplia as competências do STF para decidir no silêncio da lei, arrogando ao tribunal a possibilidade de decidir sobre a exceção, uma vez modificada a situação de normalidade na qual a lei vige.

“A essa corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Mas essa corte, ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção desaplicando-a, isto é, retirando-a da exceção.

Na tarefa de concretização da Constituição, a corte aplica-se a prover a sua força normativa e sua função estabilizadora, reportando-se a integridade da ordem concreta da qual ela é a representação mais elevada no plano do direito posto. A sua mais prudente aplicação, nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações.”<sup>85</sup>

Essa reflexão está também de algum modo presente no voto do Min. Marco Aurélio, que diversamente das decisões supracitadas, delimita a competência do STF à análise de compatibilidade entre o texto legal judicialmente atacado e a Constituição Federal vigente, a fim de evitar a usurpação de competências do Poder Legislativo pelo Tribunal:

“O contexto alvo de exame há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o diploma maior, sob pena de relativizar-se o campo da disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legisferante.”<sup>86</sup>

A ministra Ellen Gracie segue linha semelhante, realçando as limitações inerentes à própria função jurisdicional:

---

<sup>84</sup> Voto do Min. Celso de Mello no HC nº 87585-8, pp. 40-41. Disponível em [http://: www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

<sup>85</sup> Voto do Min. Eros Grau na ADI nº 2240-7, pp. 22-23. Disponível em <http://: www.stf.gov.br>.

<sup>86</sup> Voto do Min. Marco Aurélio de Mello na ADI nº 3510-0, p. 4. Disponível em <http://: www.stf.gov.br>.

“Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.”<sup>87</sup>

Os votos transcritos demonstram que o debate sobre os limites da atuação do STF está presente no seio do próprio Tribunal. Não cabem aqui caracterizações estanques, atribuindo a determinados ministros posições pró ou contra uma atuação mais ativista. Todavia, não se pode olvidar a centralidade de tal querela para a consolidação institucional da democracia brasileira. Não se trata de mera discussão de modelos abstratos, mas da própria participação do povo, titular do poder constituinte segundo a Constituição da República, na vida política pátria.

Insta atentar para os perigos o Min. Lewandowski salientou em seu voto da referida ação, tratando, porém, de tema diverso. Ao abordar os riscos da crença na neutralidade científica, como única referência à delimitação de questões ético-jurídicas, Lewandowski assevera o caráter ideológico da técnica e da ciência, e alerta para os riscos do discurso competente.<sup>88</sup> De fato, resta pertinente tal preocupação. Contudo, assim como o Direito deve conhecer as ressonâncias ideológicas do discurso técnico-científico, a sociedade não pode olvidar os riscos do discurso competente técnico-jurídico, como modo de potencial entrave da expressão democrática.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise proposta, de delimitar os Direitos Fundamentais nesse quadro de sociedade de risco, como desponta no Brasil traduzido no Supremo Tribunal Federal, apontou para a necessidade de outras variáveis fora do modelo de suas proteções tais quais as adotadas nas Constituições pós-45. Esse contexto esboçado pela análise mostra uma dificuldade em termos uma segurança disciplinar para situar a temática desdobrada a partir da bioética.

Acresce, ainda, que, ao contrário do debate dos Direitos Fundamentais incorporados nos últimos sessenta anos, que tinham como parâmetro a solidez da recepção de ordens normativas estrangeiras, vislumbrou-se, nessa reflexão, as dificuldades e as limitações do Direito em regular um universo tão complexo como o da clonagem e da manipulação dos embriões. Um direcionamento para uma internacionalização por parte do STF terá essas dificuldades em avançar. Para tanto, ficou bastante nítida a imperiosidade de compreender uma legitimidade de representação argumentativa para justificar a postura ativista da jurisdição constitucional no Brasil.

De fato, é sob a égide de um juiz argumentativo que se cerceia, hoje, o debate de diversas questões relacionadas aos Direitos Fundamentais, consagrados tanto pela Carta Política quanto por outros diplomas internacionais. Transpondo para o Poder Judiciário uma vontade de modificação e participação das estruturas políticas, tem o

<sup>87</sup> Voto da Min. Ellen Gracie na ADI nº 3510-0, p. 2. Disponível em <http://www.stf.gov.br>.

<sup>88</sup> Assim como no voto citado, cabe aqui a referência de HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como Ideologia*, Lisboa: Edições 70, 2001. Também sobre o tema: CHAUI, Marilena. *O discurso competente*, In: *Cultura e Democracia: O discurso competente e outras falas*, São Paulo: Editora Moderna, 1982.

novo colegiado do STF demonstrado peculiar postura ativista jamais observada desde a instituição da Constituição de 1988.

Sob uma avalanche de problemáticas sociais, os juízes constitucionais expandem seus olhares para além da Corte que os abriga e percebem um novo mundo norteador de princípios. Entre a dignidade humana e a segurança jurídica vêm-se os mesmos questionados pelos denominados *hard cases* e nauseados por um risco iminente sob as instituições que, um dia, fundamentaram a sua própria existência.