

DIOGO NAPOLE LEONE CUNHA

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CÉLULAS-TRONCO
EMBRIONÁRIAS**

Monografia apresentada ao
Departamento de Curso de Direito do
IMESA (Instituto Municipal de Ensino
Superior de Assis), como requisito para a
conclusão de curso.

Orientador: Fernando Antonio Soares De Sá Junior
Área de Concentração: Direito Público

Assis
2011



FICHA CATALOGRÁFICA

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIA

NAPOLE LEONE CUNHA, Diogo

Controle de Consitucionalidade: Céluas-Tronco Embrionária / Diogo Napole Leone Cunha Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2011.

30p.

Orientador: Fernando Antonio Soares de Sá Junior

Monografia de Conclusão de Curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA.

1. Constituição. 2. Controle Constitucional.

CDD: 340
Biblioteca da FEMA

DIOGO NAPOLE LEONE CUNHA

Monografia apresentada ao Departamento de Curso de Direito do IMESA (Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis), como requisito para a conclusão de curso, analisado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Fernando Antonio Soares De Sá Junior

Analisador: Aline Silvério de Paiva

Assis
2011



DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente à Deus, aos meus pais Valter e Leonina, meu irmão Hugo sua esposa a Vanessa e meus sobrinhos Bernardo, Mariana e Natan e à todos meus amigos e que me incentivaram.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor, Fernando Antonio Soares De Sá Junior, pela orientação e pelo constante estímulo transmitido durante o trabalho.

A todos os professores que passaram pelo curso transmitindo confiança, conhecimento e experiências, não só para a minha vida profissional como para a dos meus colegas de turma.

Aos meus amigos e companheiros, durante os cinco anos de curso, pela compreensão e compartilhamento dos momentos bons e ruins.

A todos que me incentivaram e apoiaram na realização deste trabalho.

Ao Corinthians pelos momentos de alegria e divertimento.

Aos meus familiares, em especial meus Pais Valter e Leonina e ao meu Irmão Hugo que me incentivaram durante toda essa caminhada.

CUNHA, Diogo Napole Leone. **Controle de Constitucionalidade: Células-tronco Embrionária** 2011. 30 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso – Bacharelado em Direito – Fundação Educacional do Município de Assis

RESUMO

O **controle de constitucionalidade** é um instrumento de grande importância, porque garante os anseios estabelecidos pela sociedade na Constituição Federal. O controle pode ser analisado em **modelos** sendo os principais: O Austríaco e o Norte-Americano, que serviu como base para a formação do Modelo Brasileiro, que será analisado como um Sistema Misto, também será abordado algumas características básicas existentes, e apresentado alguns aspectos da evolução histórica do controle no Direito Brasileiro, até chegar no modelo atual, que foi utilizado para sanar uma das maiores questões do Ordenamento brasileiro, a pesquisa com **células-tronco** embrionária.

Palavras-Chaves: controle de constitucionalidade – modelos – células-tronco

CUNHA, Diogo Napole Leone. **Control of Constitutionalit: Nembryonic Stem Cells.** 2011. 30 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso – Bacharelado em Direito – Fundação Educacional do Município de Assis

ABSTRACT

The control of constitutionality is an important instrument, because it ensures the aspirations set by society in the Federal Constitution. The control can be analyzed in the main models are: The Austrian and the North American, which served as basis for the formation of the Brazilian Model, which will be analyzed as a mixed system is also addressed some basic characteristics of existing, and presented some aspects of historical evolution of control in Brazilian Law and into the current model, which was used to remedy one of the most important of Brazil, the research with embryonic stem cells.

Key Words: control of constitutionality - templates - stem cells

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. MODELOS DE CONTROLE DE CONSITUCIONALIDADE	11
2. CARACTERISTICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
3. ASPECTOS GERAIS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	17
4. PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.....	22
5. PRINCÍPIOS CONFLITANTES	28
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS.....	32

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade tem cada vez mais destaque no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a tendência de Constitucionalização do Direito.

É um instrumento de grande importância porque garante a manutenção do litígio e de leis de acordo com os anseios da sociedade, estabelecido na Carta Magna.

A divisão em Modelos abordada neste trabalho está estabelecida nos dois principais: O Austríaco e o Norte-Americano, que serviu como base para a formação do Modelo Brasileiro, que neste trabalho será analisado como um Sistema Misto, e para melhor entender abordaremos algumas características básicas existentes.

Serão apresentados alguns aspectos da evolução histórica do controle no Direito Brasileiro, até chegar no modelo atual, que foi utilizado para sanar uma das maiores questões do ordenamento brasileiro, a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Questão já pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, mas que merece destaque, pela a importância e pela forma que foi tratada, através de uma discussão pública, com vários entes interessados representados por grandes juristas, o que trouxe de forma democrática base para os Ministros efetuarem seus julgamentos.

A metodologia aplicada foi a análise de livros, *sites* e leis, contendo informações centrais sobre o assunto a ser explanado.

O trabalho será exposto da seguinte forma no primeiro capítulo será apresentado os Modelos de Controle de Constitucionalidade e o modelo utilizado no Brasil: O misto, adotado por alguns escritores.

O segundo capítulo contem características do controle de constitucionalidade, trazendo de forma sucinta algumas classificações de acordo com o ponto de vista.

O terceiro capítulo apresenta aspectos gerais sobre a evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil.

O quarto capítulo trata do problema envolvendo a discussão da Adi 3510 que analisou a constitucionalidade da pesquisa com células-tronco embrionárias.

Nas considerações finais serão abordadas as ideias principais desse trabalho.

1. MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Existem alguns modelos de controle de Constitucionalidade, neste trabalho será abordado os dois mais notórios, o Austríaco e o Norte-Americano, que foram bases para criação do Modelo Brasileiro que seria um misto de ambos.

O **Modelo Austríaco** teve como base idéias de KELSEN, atuaria de forma concentrada, com os juízes ordinários sem poder decidir sobre questões constitucionais, sendo competência do Tribunal Constitucional, esse órgão estaria separado dos três poderes, possuindo independência, ele seria formado por pessoas de toda parte da sociedade.

O Tribunal atuaria no controle de leis inconstitucionais, de forma abstrata não agindo sobre casos concretos, atingindo diretamente as leis, anulando quando fossem inconstitucionais gerando um efeito *ex nunc*, ou seja a lei perderia a validade somente após ser declarada inconstitucional, conforme consta no texto de MELO FILHO:

O sistema austríaco, seguindo o pensamento de Kelsen, aceita o caráter constitutivo da declaração, que produz efeitos *ex nunc*, para o futuro, portanto, sem eficácia retroativa. Ludwig Adamovich afirma 'À decisão da Corte Constitucional, que declara a inconstitucionalidade da lei, não se pode atribuir simples valor declaratório; não estabelece que um determinado ato legislativo seja nulo desde que nasce, cujos efeitos sejam nulos *ex tunc*, isto é, como se se tratasse de um ato privado de valor jurídico desde a sua origem, mas pelo contrário, a decisão da Corte Constitucional só anula a lei inconstitucional, isto é, destrói *ex tunc* sua existência jurídica, exatamente como se a lei tivesse sido abolida por um ato legislativo sucessivo e que esse ato só tivesse posto fim a sua existência.

O Sistema Austríaco se preocupou com a segurança jurídica, protegendo as relações, possibilitando inclusive a validade da lei até que fosse criada outra que reformasse essa situação.

Divergente do Modelo Austríaco existe o **Modelo Norte-Americano**, que atua no caso concreto, com o judiciário competente para argüir a inconstitucionalidade, de forma difusa, porém sendo a Corte Máxima responsável pela declaração de inconstitucionalidade.

Teve como influenciador o juiz Marshall, que objetivava, principalmente ter um parâmetro para os Estados Federados, ou seja impedindo que os Estados produzissem leis divergentes da Constituição, passando ao Judiciário esse controle conforme MELO FILHO:

Assim se uma lei está em oposição com a Constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

As decisões nesse modelo torna nula a lei produzindo efeitos *ex nunc*, ou seja retroativos, diferente do Austríaco que se preocupou com a segurança jurídica o Norte-Americano objetivou a “Justiça”.

Todo ato foi criado pela lei inconstitucional, perde sua a validade já que a lei perde seu poder desde sua existência.

Com base nesses dois surgiu o **Modelo Brasileiro**, com correntes defendendo que o Modelo Brasileiro segue o Norte Americano, e a outra corrente que o sistema seria um modelo um misto, será abordado o sistema misto defendido por vários autores que consideram a existência do controle difuso e concentrado, no Direito brasileiro.

O controle difuso seria aplicado pelo Judiciário, qualquer juiz ou tribunal, a fim de fiscalizar determinados atos diretamente no caso concreto, podendo ocorrer em qualquer ação, e não seria o objeto principal da ação, um sistema difuso e concreto baseado no Norte-Americano.

O controle difuso é explicado por MORAES (2009 p. 712):

O controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto não sendo pois objeto principal da ação.

Em qualquer ação a parte teria no caso concreto julgamento quanto a constitucionalidade de determinada norma, não necessitando que essa norma fosse

questionada de forma abstrata como verificaremos no controle concentrado a ser estudado .

No sistema Brasileiro nota-se também o controle concentrado, pois cabe ao Supremo Tribunal Federal, como última instância julgar tal ação, e ainda ocorre o controle de forma abstrata, pois uma Lei infringente a Constituição pode ser questionada mesmo sem a existência de um caso concreto.

Sobre o controle abstrato MORAES (2009: p 730-731) explica como ocorre o controle de constitucionalidade.

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independente da existência de um caso concreto, visando-se á obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A seguir algumas características do controle de constitucionalidade: a classificação conforme determinado ponto de vista e os efeitos do controle de constitucionalidade.

2. CARACTERÍSTICAS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Existem algumas características do controle de constitucionalidade entre elas algumas classificações que são analisadas classificações de acordo com o tipo de ponto de vista, a seguir de forma sucinta algumas dessas classificações:

Pelo ponto de **vista orgânico** podemos classificar em Sistemas Difusos e Concentrados, ambos mencionados no capítulo anterior resumidamente temos:

O sistema **difuso** pode ser definido como o controle exercido no caso concreto, podendo ser realizado em qualquer ação por qualquer juiz ou tribunal do judiciário.

O sistema **concentrado** normalmente centraliza a decisão em um único órgão, e busca principalmente decisão de forma abstrata, ou seja, atua em cima de normas e leis infringentes a Constituição.

Sob o ponto de **vista formal**, se classifica em via incidental e via principal, conforme segue breve descrição:

A **via incidental**, ocorre no decorrer do processo, no qual a lei não é o objeto principal mas é determinante para decidir a lide, e declarar a qual parte esta tendo prejuízo. MENDES, COELHO e BRANCO (2006 p. 1006) explicam a característica fundamental da via incidental:

Assim, a característica fundamental do controle concreto ou incidental de normas parece ser o seu desenvolvimento inicial no curso de um processo no qual a questão constitucional configura “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica.

Pelo ponto de vista formal a outra classificação é a **via principal** neste caso a própria lei será a causa em análise, ou seja o objeto principal, sendo analisada um caso abstrato, já que não há um caso concreto em análise.

Neste ponto, os efeitos do controle de constitucionalidade serão analisados, eles podem atingir tanto as partes do litígio como ter efeito para terceiros.

A decisão **entre as partes** gera efeitos desde o início da norma declarada inconstitucional atingindo tudo relacionado a ele, tornando todas atos nulos, mas somente entre as partes conforme MORAES (2009, p 716), "... tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as parte e no processo em que houve a citada declaração."

No Sistema Brasileiro o Ministro Gilmar Mendes em decisão do STF, prevê o efeito *ex nunc* (futuro) para garantir a segurança jurídica., conforme mencionado em MORAES (2009, p 716):

Entendemos que, excepcionalmente, com base nos princípios de segurança jurídica e na boa-fé, será possível, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade incidental com efeitos *ex nunc*, desde que razões de ordem pública ou social exijam.

O efeito da declaração **para terceiros ou *erga omnes***, quando ocorrer o controle abstrato, no sistema brasileiro irá gerar efeitos que atingem a todos, e será retroativo *ex tunc*.

MORAES (2009, p 757) ainda ressalta que a retroatividade atinge até mesmo casos transitados em julgado:

Importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado e, conseqüentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgadas conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal " a rescindibilidade do acórdão conflitante" decorre " do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da conseqüente prevalência da orientação fixada pelo STF".

Caso julgado a lei total ou em parte contrária a constituição de forma definitiva, o Supremo deve encaminhar ao Senado Federal, que por meio de resolução deverá suspender em parte ou totalmente a lei conforme art 52 da Constituição Federal

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Portanto, o STF tem que enviar ao Senado sem força de obrigatoriedade, ou seja, apenas um pedido ao legislativo que suspendesse ou editasse nova norma.

Com conhecimentos sobre os Modelos, e algumas características do controle de constitucionalidade, estudaremos sua evolução histórica no Direito Brasileiro.

3. ASPECTOS GERAIS DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Neste capítulo será abordado a evolução do controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, passando pela fase Imperial até a Constituição de 1988, definindo algumas idéias básicas sobre o assunto, conforme ordem cronológica essa evolução se inicia em 1824.

Nenhum sistema de controle constitucional semelhante com praticado nos dias atuais existia na **Constituição de 1824**.

Devido a influência da Revolução Francesa, **desejava** que fosse atribuído ao Legislativo o poder de fazer, interpretar, suspender revogar as leis, e ainda velar pela guarda da constituição

E que o legislativo não fizesse apenas leis, mas sim que tivesse predomínio sobre ela, consagrando o dogma de soberania do Parlamento.

Entretanto, pela existência do poder Moderador que garantia ao chefe de Estado que sua vontade fosse soberana sobre os Poderes inclusive sob o Parlamento, não havia possibilidade de existência de um controle constitucional

Segundo Mendes (2004 p.190).

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes....”

Não havia lugar, pois, nesse sistema para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade.”

Um modelo constitucional mesmo que incipiente foi notado com o Regime Republicano.

Um nova concepção foi instituída com o Regime Republicano, baseado Direito norte-americano, consolidou o modelo difuso, já previsto na Constituição

Provisória de 1890 , a qual garantia a intervenção por parte da magistratura federal, apenas em caso de provocação das partes.

Conforme Mendes (2004, p.190-191):

Estabelecia-se, assim o julgamento incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9º, parágrafo único , a e b, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A **Constituição de 1891** fortaleceu essa idéia definindo a competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar as sentenças em última instância sobre discussões da aplicação da lei quando o Tribunal se manifestasse contrário, e de forma bem cara atribuiu às Justiças Federais e Estaduais a o poder de reconhecer a legitimidade de uma norma perante a Constituição.

O sistema de controle constitucional foi explicado pela Lei 221, de 20 de novembro de 1894, no seu artigo 13 § 10 :

“Os Juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou Constituição.”

A **Constituição de 1934** trouxe alteração significativa no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Determinando que a declaração de inconstitucionalidade somente se realizaria pela maioria da totalidade de membros dos tribunais.

Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179),

Explica Mendes (2004, p.192-193):

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário", emprestando efeito *erga omnes* decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96).

A Constituição de 1934 desvinculou o Poder Judiciário das Decisões Políticas, dispondo expressamente no o art. 68 que "é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas".

Atribuindo ao Senado Analisar tanto as questões de inconstitucionalidade no âmbito estadual e no âmbito Federal.

Já a **Constituição de 1937** rompeu com a tradição jurídica brasileira, possibilitando a validação de uma lei declarada inconstitucional

Explica Mendes (2004, p. 195)

Consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

O Presidente da República passou a ter poder sobre as câmaras legislativas e aos órgãos jurídicos, podendo impor sua vontade ao permitir a validação de leis inconstitucionais.

E ainda poderia através de decreto impor tais leis, gerando revolta ao Judiciário, pois este continuava vetado a ter conhecimento sobre atividades políticas.

A **Constituição de 1946** atribui ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade.

A constituição de 1946 restaura a tradição do controle de constitucionalidade, disciplinou-se a apreciação dos recursos ordinários, apreciação dos recursos extraordinários, em casos e atos contrários ao dispositivo constitucional.

Mendes (2004, p. 197) escreve que a Constituição de 1946:

Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para suspender a execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

O Texto Magno Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os fins de intervenção federal, no caso de violação dos princípios: a seguir

- a) forma republicana representativa;
- b) dependência e harmonia entre os Poderes;
- c) temporariedade das funções eletivas
- d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato;
- e) autonomia municipal;
- f) prestação de contas da Administração;
- g) garantias do Poder Judiciário

A **Constituição de 1967** não trouxe grandes inovações, explica Mendes (2004, p.206) que o texto constitucional manteve o controle difuso. Ampliou a representação para fins de intervenção que era confiada ao Procurador-Geral da República com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também de prover a execução de lei federal.

A competência pa suspender os atos Estadais passou para o Presidente da República.

A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal .

A **Constituição de 1988** vigente atualmente trouxe um aumento nos legitimados a propor a ação de inconstitucionalidade e manteve o Procurador-Geral da República entre eles conforme declara o artigo 103:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Apesar de ampliar os legitimados, e ainda com a existência do sistema difuso o controle concentrado ficou fortalecido, já que as questões constitucionais passaram a ser submetidas ao Supremo, Mendes (2008 p. 209) define bem essa situação.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Com vários legitimados, e com celeridade no modelo processual, e a possibilidade de suspender a norma com pedido cautelar possibilitou, a utilização de ação direta para solver as questões inconstitucionais.

4. PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Neste capítulo será analisado o julgamento histórico do STF, sobre pesquisas com células-tronco embrionárias, que surgiu da ADI 3510, mostrando os aspectos que decidiram uma das questões mais importantes do cenário internacional.

A discussão principal seria se as células-tronco embrionárias seriam “vida”, e deveriam ter seu direito a vida inviolável, sobre isso o Relator Ministro Ayres Brito, convocou audiência pública, na qual participou várias entidades com interesse no assunto, algumas favoráveis a ADI e outras contrárias defendendo a importância da pesquisa com células-tronco.

A lei 11.105 de 24 de março de 2005 conhecida como lei de Biossegurança autorizou a pesquisa com células-tronco embrionárias em seu artigo 5º, motivando a discussão de sua inconstitucionalidade, defendida pelos favoráveis pela ADI 3510 e atacada pelos contrários:

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.

Entretanto o Procurador Geral da República Cláudio Lemes Fonteles questionou o a constitucionalidade desse artigo através a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 3510 com o propósito de impedir esse tipo de pesquisa.

O Procurador, respaldado por renomados cientistas, sustentava que o início da vida se dava com a fecundação, motivo que qualquer manipulação nas células-tronco embrionárias, iria contra os princípios: do direito a vida da dignidade humana.

Essa era sua idéia central conforme cita Luis Roberto Barroso (Mendes, Branco e Vale: 2010, p222):

A tese central afirmada na ação movida pelo Procurador-Geral da República foi a de que "a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação. Fundado em tal premissa, sustentou que os dispositivo impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o artigo 5º caput que consagra o *direito à vida*; e o art. 1º, III, que enuncia como um dos fundamentos do Estado brasileiro o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Os argumentas desenvolvidas na peça inicial podem ser resumidos em uma proposição o embrião. é um ser humano cuja vida e dignidade, seriam violadas pela realização. das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizam.

Além do Procurador-Geral, houve participação da CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) representada pelo renomado Advogado Ives Granda Martins.

Ambos deixaram claro que não se tratava de uma questão entre ciência e religião tanto que Ives Granda foi incisivo "a CNBB representa a sociedade no que diz respeito à dignidade humana, e não com posições referentes à religião".

Sustentaram suas idéias com argumentação científico e jurídica, a fundamentação principal do advogado da CNBB, que o início da vida se dá na concepção, portanto necessário toda a proteção que a Constituição garante, entre eles a inviolabilidade da vida humana que em seus dizeres enfatiza "é a inviolabilidade do direito à vida, que não permite relativização".

Motivos que confirmariam a inconstitucionalidade do art 5º da lei de Biossegurança, caso o entendimento do STF fosse de que as células-tronco embrionárias se tratava de vida.

Durante a discussão pública também houve participação de algumas entidades favoráveis à lei de Biossegurança com destaque a ANIS - Instituto de Bioética, Gênero e Direitos Humanos, e a MOVITAE – Movimento em prol da Vida, esta representada pelo advogado Luis Roberto Barroso.

As entidades defendiam o artigo 5º, da lei de Biossegurança, demonstrando com argumentos científicos e jurídicos que não era inconstitucional a pesquisa com células-tronco embrionárias. Neste trabalho no atentaremos a defesa feita pela MOVITAE através de seu advogado Luis Roberto Barroso, que em síntese chegou - se a três teses:

- I) a pesquisa traria uma perspectiva de tratamento de inúmeras doenças, ressaltando a moderação e a prudência que a legislação trata o assunto permitindo apenas as pesquisa com células de fertilização *in vitro*.
- II) O momento em que ocorre a extração das células-tronco deve ocorrer até o 14º dia, momento em que não há vida, de acordo com maioria das concepções existentes. e a lei veda a clonagem e comércio de embriões.
- III) O embrião não pode ser equiparado a pessoa, pois não é nem mesmo nascituro antes de ser inserido no útero materno, mesmo assim o embrião teve sua dignidade preservada, a lei só autoriza o uso de embriões enviáveis ou não utilizados a fertilização.

A discussão entre as partes envolvidas com diversidades de opiniões só serviu para demonstrar a força da democracia, onde para se construir uma sociedade melhor, o primeiro passo é ouvi-la sendo assim a Corte Suprema deste país pode ter respaldo para tomar uma decisão tão importante, criando um debate e não deixando de lado a Carta Magna que norteia os anseios legais da população.

O STF pacificou a questão em debate, conforme explanado a seguir.

O julgamento se dividiu em duas partes, em 5 de março de 2008, sendo que o relator Ministro Carlos Ayres Britto votou contrario a ADI, logo em seguida o

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista, postergando a decisão sobre o caso para 28 de maio de 2008.

A votação pela impugnação da ADIN foi dada por seis votos contra cinco, sendo que houve três correntes de votação, que será tratada adiante. Segue o preâmbulo do Acórdão sobre a impugnação da ação:

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (lei de biossegurança). pesquisas com células-tronco embrionárias. inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à Lei de Biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação.

A **corrente majoritária** que declarou a impugnação da ação foi seguida pelos ministros, Carlos Ayres Britto que era o relator, acompanhado por Carmen Lucia, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Marco Aurélio e Celso de Mello, esta corrente decidiu pela improcedência total da ação, o que garantiu a Constitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105 de 24 de março de 2005.

Nesta linha podemos ressaltar alguns aspectos importantes, entre eles:

- I) As células-embrionárias podem contribuir muito mais para as pesquisas que buscam o tratamento de doenças, foi citado pela ministra Carmen Lucia que estudos científicos indicam que as pesquisas com células-tronco embrionárias, que podem gerar qualquer tecido humano, não podem ser substituídas por outras linhas de pesquisas, como as realizadas com células-tronco adultas e que o descarte dessas células não implantadas no útero somente gera "lixo genético".
- II) O direito à vida previsto constitucionalmente refere-se a pessoa nativa, e pela concepção majoritária o embrião fora do útero materno não é vida, citou A ministra Ellen Gracie acompanhando o relator “Nem se lhe pode opor a garantia da dignidade da

pessoa humana, nem a garantia da inviolabilidade da vida, pois, segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento, o útero, não se classifica como pessoa.”

- III) A não obrigatoriedade de se utilizar de todos embriões fertilizados, respeitando o planejamento familiar, respeitando os princípios da pessoa humana e da paternidade responsável.

A **segunda corrente** defendida pelos ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Enrique Ricardo Lewandowski e Eros Roberto Grau, o ponto principal dessa era a não destruição dos embriões, portanto impossibilitando as pesquisas, porque até o momento não é possível a realização de pesquisas sem a destruição das células-embrionárias, tanto que Lewandowski, sugeriu a exclusão de qualquer outra interpretação remanescendo a seguinte “inciso II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido”.

Os ministros Cezar Peluso e Gilmar Ferreira Mendes, formaram uma **terceira corrente** na qual adicionava a seguinte posição, deveria haver uma prévia submissão das pesquisas com células-tronco embrionárias a um órgão central de controle – um “Comitê Central de Ética” –, subordinado ao Ministério da Saúde.

O ministro Mendes cita (Mendes, Branco e Vale: 2010, p230):

“Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde”.

Embora a imprensa tenha divulgado uma vitória de seis a cinco, a melhor classificação da votação é a apontada por Luis Roberto Barroso (Mendes, Branco e Vale: 2010, p230):

Portanto, a votação, em rigor, foi de seis votos favoráveis à pesquisa, sem qualquer limitação aos termos da lei; dois votos favoráveis à pesquisa, mas com a exigência de sua prévia aprovação por um comitê central de ética; e três votos no sentido de não admissão das pesquisas que importassem na

destruição do embrião, o que significa, no estágio contemporâneo, a sua proibição.

Esteve em conflito dos princípios: princípio do **Direito a Vida** e da dignidade humana, os favoráveis a ADIN 3510 defendiam que o embrião *in vitro* deveria ser preservado já que a Constituição Federal garante a proteção da vida do seu artigo 5º sem distinção de forma de vida.

Os favoráveis a pesquisas com células tronco, defendiam e se pautavam principalmente do princípio da **Dignidade Humana**, ou seja, além do direito a vida é preciso que ela seja gozada de forma digna, e o tratamento com células possibilitaria uma esperança de melhora nas pessoas com paralisias.

O STF, deixou bem claro que a vida humana não estava sendo ferida já que as células-tronco que seriam utilizadas em pesquisa, já estariam para descarte e não se tratava de vida, e ainda garantiu a dignidade humana pois pessoas sem expectativas de tratamento, poderiam ter em um futuro uma melhora em seus tratamentos.

Esse foi um dos mais importantes julgamentos realizados pelo Supremo, nele foi possível verificar a importância do controle de constitucionalidade, que permite que os legitimados para arguir a inconstitucionalidade de determinada lei, tenha democraticamente seu pedido analisado no caso específico o legitimado era o Procurador-Geral da República, que trouxe um tema importante para sociedade.

O Ministro relator agiu como um agente em defesa na democracia ao determinar uma discussão pública sobre o assunto, possibilitando uma quantidade de informações ideal para que se pudesse decidir de forma adequada com os dizeres Constitucionais.

5. PRINCÍPIOS CONFLITANTES

Durante o julgamento do STF esteve em conflito os princípios do direito a vida e o da dignidade da pessoa humana., resolvido pelo STF através da proporcionalidade.

O **direito a vida** é o mais fundamental dos direitos e está garantido no art 5º, *caput* da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Conforme MORAES (2009,p35) “O direito a vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.”

Vale ressaltar que o direito a vida é indisponível, não sendo legal o suicídio, pois não se trata o direito a vida de forma privada, tão pouco é permitido a eutanásia.

Conforme ROBERTO:

Assim, o direito à vida deve ser associado a um direito à conservação da vida, em que o indivíduo pode gerir e defender sua vida, mas não pode dela dispor, apenas justificando ação lesiva contra a vida em casos de **legítima defesa** e **estado de necessidade**.

Outro princípio em discussão é o princípio da **dignidade da pessoa humana**, que está garantido no artigo 1º, III da Constituição Federal:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana busca garantir não somente que a pessoa tenha direito vida, mas sim que a goze de forma digna.

Estes princípios tiveram em conflito durante o julgamento da lei de Biossegurança, de um lado defensores que as células-tronco embrionárias, teriam direito a vida e deveriam ter esse direito protegido, e do outro os favoráveis as pesquisas, pois possibilitaria a cura de doenças para diversas pessoas, já com personalidade, a esperança de um vida digna, ou seja, em conflito o princípio da dignidade da vida humana com o direito a vida.

Sobre conflito de normas ÁVILA (2006, P 51) explana,

“..., a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.

Para solucionar tal conflito se faz necessário a utilização do postulado da proporcionalidade.

Defina bem a utilização ÁVILA (2006, p. 146):

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação de proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que , adotando-se o meio ,promove-se o fim.

Um princípio dever ter seu efeito diminuído perante outro, no caso da Lei de Biossegurança prevaleceu o princípio da dignidade da pessoa humana, sobre o direito a vida do embrião.

Os votos dos ministros do STF deixaram claro essa relação.

O Ministro Cezar Peluso explana que no caso julgado o princípio da dignidade da vida humana deve ser superior ao direito a vida:

:

“A intuição de que um blastócito é desprovido do valor moral de uma pessoa é vividamente demonstrado pela seguinte hipótese: imagine que incêndio tenha início em uma clínica de fertilização, e você deva escolher entre salvar uma placa de Petri que contém dois blastócitos e uma criança de cinco anos. Há alguma dúvida de que você deveria salvar a criança (e a

salvaria)? A resposta apropriada a esta questão é igualmente óbvia, se os blastócitos fossem destruídos pelo fogo e a criança, somente ferida. A razão é que a criança possui não somente DNA humano, mas também características tais como sensibilidade, consciência, emoções, a habilidade de interagir com o ambiente, e a capacidade de sentir dor.

O Ministro Ayres Britto deixa claro a importância da dignidade da vida humana, sobre o direito a vida dos embriões em seu voto

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria 'natalista', em contraposição às teorias 'concepcionista' ou da 'personalidade condicional'). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até a 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea, está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (*in vitro* apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição."

Nesta linha de pensamento que o STF decidiu favorável a pesquisa com células-tronco embrionárias, prevalecendo a dignidade da pessoa humana, para as pessoas, já dotadas de personalidade e que possuem relação com a sociedade, sobre o direito a vida de células-tronco embrionárias que estão na forma mais primitiva de vida, e não merecem a mesma proteção a pessoas já com vida.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após explanação sobre os Modelos de Controle de Constitucionalidade existentes, algumas características básicas existentes, foi possível ter base para acompanhar aspectos gerais na evolução histórica no direito Brasileiro.

Com base na atual Constituição ocorreu o julgamento de uma das maiores questões do Ordenamento brasileiro, a pesquisa com células-tronco embrionária.

Esse foi um dos mais importantes julgamentos realizados pelo Supremo, nele o qual o Procurador-Geral da República teve democraticamente seu pedido analisado.

Nesse caso verificamos, tratar de um caso abstrato: o questionamento de uma lei, ou seja, a lei foi o objeto principal, e atuando no modelo concentrado já que foi decidido pela Corte máxima, podemos classificar como via principal, gerando efeitos erga omnes.

O controle constitucional é fundamental para a manutenção do ordenamento jurídico dentro dos anseios estabelecidos pela Constituição.

O STF demonstrou através de seu julgamento que a lei de Biossegurança não fere os princípios do direito a vida e da dignidade humana.

E sim é um avanço em relação a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, já que as pesquisas podem trazer a curas de doenças, para diversas pessoas que de forma natural ou acidental têm a sua dignidade diminuída, importante decisão sobrepondo o direito a vida de células-tronco embrionárias, que relativamente a pessoas já dotadas de vida e personalidade, não podem ter proteção maior

Nas decisões dos ministros ficou bem claro esse ponto de vista, e de forma mais Justa decidiram favorável a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ACORDAO ADIN 3510. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em 27 de julho de 2011

Constituição Federal. Disponível em, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 27 de julho de 2011.

FONTELES, Claudio Lemes ; **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510.** Disponível em <http://www.ghente.org/doc_juridicos/adin_3510.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2011.

MELO FILHO, João Aurino de. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado. Influências no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1753, 19 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11158>>. Acesso em: 5 ago. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 3ª Edição. São Paulo: Saraiva 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do Vale; **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição.** São Paulo: Saraiva 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 24ª Edição – 2 reimpre. São Paulo: Atlas 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5ª Edição – . São Paulo: Malheiros editores 2006.

O GLOBO ONLINE . Por seis votos a cinco, STF aprova pesquisas com células-tronco embrionária. **Disponível em**

<http://oglobo.globo.com/ciencia/mat/2008/05/29/por_seis_votos_cinco_stf_aprova_pesquisas_com_celulas-tronco_embriionarias-546558379.asp>. Acesso em: 27 de julho de 2011

STF libera pesquisas com células- tronco embrionárias. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=89917>>. Acesso em: 27 de julho de 2011.

STF libera pesquisas com células- tronco embrionárias. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=84335>>. Acesso em: 27 de julho de 2011

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira; **O direito A vida**. <http://www2.uel.br/cesa/direito/doc/estado/artigos/constitucional/Artigo_Direito_%C3%A0_Vida.pdf> > Acesso em 20 de outubro 2011