

STJ00098229

Coleção
Direito Constitucional
Aplicado

LEONARDO MARTINS
COORDENADOR

LEONARDO MARTINS • BERNHARD SCHLINK

BIOÉTICA À LUZ DA LIBERDADE CIENTÍFICA

ESTUDO DE CASO BASEADO NA DECISÃO DO STF
SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA
E NO DIREITO COMPARADO ALEMÃO

COM UM ENSAIO DE BERNHARD SCHLINK
QUESTÕES ATUAIS DA PROTEÇÃO DA VIDA PRÉ-NATAL

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. – 2014

© 2014 by Editora Atlas S.A.

Capa: Leonardo Hermano
Composição: Formato Serviços de Editoração Ltda.



**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Martins, Leonardo

Bioética à luz da liberdade científica: estudo de caso baseado na decisão do STF sobre a constitucionalidade da Lei de Biossegurança e no direito comparado alemão / Leonardo Martins, Bernhard Schlink.
-- São Paulo: Atlas, 2014. -- (Coleção direito constitucional aplicado / coordenador: Leonardo Martins)

"Com um ensaio de Bernhard Schlink: Questões atuais da proteção da vida pré-natal."

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-8977-0

ISBN 978-85-224-8978-7 (PDF)

1. Bioética – Leis e legislação 2. Biossegurança – Leis e legislação 3. Direito comparado 4. Direito constitucional. 5. Direitos fundamentais 6. Direitos humanos I. Schlink, Bernhard. II. Título. III. Série

14-02884

CDU-34:57.08(094)

Índices para catálogo sistemático:

- | | |
|-------------------------------|---------------|
| 1. Biossegurança : legislação | 34:57.08(094) |
| 2. Lei de Biossegurança | 34:57.08(034) |

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

SUMÁRIO

Sobre a coleção, xiii

Sobre os autores, xv

Prefácio geral, xvii

Prefácio à edição brasileira de Questões atuais da proteção da vida pré-natal, xxi

1ª PARTE – LEI DE BIOSSEGURANÇA E CONTROLE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE PELO STF NA ADI 3.510-DF (Leonardo Martins), 1

Introdução à Bioética à Luz da Liberdade Científica, 3

1 Colisões entre Direitos Fundamentais no Contexto da Bioética, 9

I Discussão no direito pátrio, 11

1 Biossegurança ou bioética?, 11

2 Interesses potencialmente conflitantes, 12

2.1 Interesses pertinentes à bioética, 12

2.2 Direitos fundamentais dos destinatários potencialmente atingidos pela legislação concretizadora da bioética, 13

3 Métodos de solução de conflitos, 14

3.1 Método da “ponderação”, 15

3.2 Método da análise sistemática da ordem constitucional dos direitos fundamentais (direito material – limites – proporcionalidade), 17

3.3 Disputa metodológica e seu papel, 18

- 4 Controle de constitucionalidade da Lei de Biossegurança e definição do objeto de controle pelo STF, 19

II Discussão no direito comparado alemão, 22

- 1 Processo legislativo em torno da querela da admissibilidade do diagnóstico pré-implantacional, 25
 - 1.1 Estopim da discussão e ensejo da nova iniciativa legislativa: a decisão do Tribunal Federal de Justiça (BGH), 26
 - 1.2 Proposição legislativa pela proibição absoluta do diagnóstico pré-implantacional, 35
 - 1.3 Proposições legislativas pela proibição em princípio com reservas de admissibilidade, 38
 - 1.4 Resultado: A normatização do diagnóstico pré-implantacional na vigente Lei de Proteção de Embriões, 40
- 2 Da política legislativa global: principais demandas de normatização da biogenética em face da recepção política e jurídico-constitucional da lei de normatização do diagnóstico pré-implantacional, 44
 - 2.1 Diagnóstico pré-implantacional, 45
 - 2.2 Pesquisa de base com células-tronco embrionárias, 48
 - 2.3 Clonagem terapêutica, 51
 - 2.4 Clonagem reprodutiva, 52
 - 2.5 Demais usos da biotecnologia no setor primário da economia, na indústria de alimentos e cosméticos, 53
- 3 Dogmática e método jurídico-constitucional do controle normativo: com ênfase na problematização de critérios aplicáveis na interpretação da CF, 54
 - 3.1 Alcance da competência do Tribunal Constitucional Federal para o controle normativo, 55
 - 3.2 Parâmetros do controle normativo, 55
 - 3.2.1 Dignidade humana (art. 1, I, GG), 58
 - 3.2.1.1 Dignidade humana como “pedra angular” do Estado constitucional: dificuldades de sua definição, 58
 - 3.2.1.2 Alcance da norma: problema de sua relação com os direitos fundamentais e titularidade, 63
 - 3.2.1.2.1 Dignidade humana e direitos fundamentais, 63
 - 3.2.1.2.2 Tese da imponderabilidade e caráter absoluto da dignidade humana, 65
 - 3.2.1.2.3 Titularidade do nascituro e do embrião humano pós-nidação, 71
 - 3.2.1.2.4 Titularidade do embrião humano pré-nidação, 74

- 3.2.1.2.4.1 “Onde há vida humana, lá também há dignidade”, 75
- 3.2.1.2.4.2 *Human life versus human being*, 75
- 3.2.1.2.4.3 Dignidade humana e igualdade: embriões produzidos *in vitro* e embriões *in vivo*, 77
- 3.2.1.3 Conteúdos jurídico-objetivos: efeito horizontal, deveres de proteção e função prestacional, 78
- 3.2.1.4 Exercício negativo e “proteção contra si próprio”, 79
- 3.2.2 Direito fundamental à vida (art. 2, II, 1, GG), 80
 - 3.2.2.1 Direito à vida como direito fundamental de resistência contra a intervenção estatal (*status negativus*), 81
 - 3.2.2.1.1 Objeto da tutela: conceito de vida, 81
 - 3.2.2.1.2 Termo inicial da vida e titularidade pré-natal, 83
 - 3.2.2.1.2.1 Argumento da espécie, 85
 - 3.2.2.1.2.2 Argumento da continuidade (*continuum*), 86
 - 3.2.2.1.2.3 Argumento da identidade, 88
 - 3.2.2.1.2.4 Argumento da potencialidade, 89
 - 3.2.2.1.3 Exercício negativo do direito à vida: as várias facetas do direito à morte, 89
 - 3.2.2.1.4 Das intervenções estatais e suas possíveis justificações constitucionais: Consequências para a avaliação da constitucionalidade do art. 124, do CPB, e para a interpretação conforme a Constituição do art. 121, do CPB, no caso da eutanásia, 92
 - 3.2.2.1.4.1 Previsão, aplicação e execução da pena de morte, 94
 - 3.2.2.1.4.2 Tiro letal por policial em estrito cumprimento do dever legal, 94
 - 3.2.2.1.4.3 Eutanásia: exame de constitucionalidade de sua prática *versus* de sua proibição, 95
 - 3.2.2.1.4.4 Aborto: exame de constitucionalidade de sua prática (*versus* de sua proibição penalmente sancionada), 98

- 3.2.2.2 Dever estatal de tutela do direito à vida em face de ameaças provenientes de particulares. Da inconstitucionalidade da criminalização do aborto (nulidade do art. 124 do CPB), 101
 - 3.2.2.2.1 Fundamentação constitucional, 101
 - 3.2.2.2.2 Avaliação do cumprimento do dever estatal de tutela por intermédio de proibição sancionada penalmente, 103
 - 3.2.2.2.3 Exame de constitucionalidade da intervenção legislativo-penal no direito fundamental à liberdade da mulher grávida que opta pelo aborto, 104
- 3.2.3 Liberdade científica (art. 5, III, 1, GG), 108
 - 3.2.3.1 Delimitação conceitual: definição negativa, 108
 - 3.2.3.2 Definição de ciência e sua proibitividade, 109
 - 3.2.3.3 Alcance e bidimensionalidade *sui generis*, 110
 - 3.2.3.3.1 Dimensão jurídico-subjetiva *versus* dimensão jurídico-objetiva: proibição de instrumentalização, 110
 - 3.2.3.3.2 Liberdade científica “interna” ou membro da Administração como titular de direito fundamental, 112
 - 3.2.3.3.3 Possível acoplamento entre *status negativus* e função prestacional: uma categoria *sui generis* de direito de resistência?, 112
 - 3.2.3.4 Intervenções estatais na liberdade científica, 113

2 Julgamento da ADI 3.510 pelo STF, 115

I Síntese do caso e do procedimento, 115

- 1 Dos fatos e motivação do autor, 115
- 2 Da admissibilidade da ADI ajuizada, 116
- 3 Da fase postulatória do procedimento, 117
- 4 Dos debates e intervenções de *amici curiae*, 117
 - 4.1 Preliminar: *amicus curiae* e fundamento de sua admissibilidade/não admissibilidade, 117
 - 4.2 *Plaidoyer* das partes, 118
 - 4.3 *Amici curiae*, 122
 - 4.3.1 Parecer da Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, 122
 - 4.3.2 Parecer do Movimento em Prol da Vida – MOVITAE, 125
 - 4.3.3 Parecer da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, 130

- II Do acórdão: conclusões e alcance da coisa julgada, 131
 - 1 Dispositivo, ementa e conclusões, 131
 - 2 Alcance da coisa julgada, 133
- 3 Parecer jurídico de *amicus curiae*: uma tentativa de reconstrução jurídico-material da decisão do STF na ADI 3.510/DF à luz do direito comparado, 135
- I Matéria e questão constitucional: correta compreensão da situação jurídico-constitucional do caso e objetivo do parecer jurídico-científico, 135
- II Solução: Parecer jurídico-científico, 136
 - 1 Preliminarmente: Da fixação do parâmetro e exclusão de concurrências, 137
 - 1.1 Da presença de concurrências e suas espécies, 137
 - 1.2 Concorrência entre as liberdades de manifestação do pensamento, científica e profissional, 138
 - 1.3 Concorrência da liberdade de consciência e crença, 138
 - 1.4 Concorrência do direito fundamental à liberdade geral de ação, 139
 - 1.5 Conclusão, 140
 - 2 Da violação da liberdade científica pelo art. 5º da Lei 11.105/2005, 141
 - 2.1 Da área de proteção da liberdade científica junto a pesquisas biotecnológicas, 141
 - 2.1.1 Alcance material (área de proteção objetiva), 141
 - 2.1.1.1 Violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) como critério de exclusão da proteção de linhas de pesquisa biotecnológica, 143
 - 2.1.1.2 Abrangência de pesquisas com células-tronco embrionárias, 148
 - 2.1.1.3 Abrangência de pesquisas com vistas à clonagem terapêutica, 150
 - 2.1.1.4 Abrangência do diagnóstico pré-implantacional, 151
 - 2.1.2 Titularidade (área de proteção subjetiva), 154
 - 2.2 Intervenção estatal-legislativa, 154
 - 2.3 Justificação constitucional da intervenção legislativa, 156
 - 2.3.1 Dos limites específicos, 156
 - 2.3.2 Da proporcionalidade da aplicação do limite configurado no art. 5º (c.c. art. 24) da Lei 11.105/2005, 157
 - 2.3.2.1 Propósito(s) perseguido(s) e sua licitude constitucional, 157
 - 2.3.2.2 Meio utilizado pelo legislador, 160
 - 2.3.2.3 Adequação do meio, 161
 - 2.3.2.4 Necessidade da utilização do meio de intervenção, 167
 - 2.4 Conclusão, 171

- 3 Da violação do direito fundamental à liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI-VIII, da CF) pelo art. 5º da Lei 11.105/2005, 171
 - 3.1 Área de proteção material ou objetiva, 171
 - 3.2 Área de proteção subjetiva (titularidade), 171
 - 3.3 Conclusão, 172
- 4 Da violação do direito fundamental à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF) pelo art. 5º da Lei 11.105/2005, 172
 - 4.1 Abertura ou correspondência da área de proteção do direito fundamental subsidiário à liberdade em face de condutas relativas ao planejamento familiar e aos “direitos reprodutivos”, 173
 - 4.2 Intervenção estatal consubstanciada no art. 5º da Lei 11.105/2005, 174
 - 4.3 Justificação constitucional da intervenção estatal legislativa, 174
- 5 Conclusão e consequências jurídico-dogmáticas e processuais, 175

Consequências do caso para a ciência e prática do direito constitucional, 177

2ª Parte – QUESTÕES ATUAIS DA PROTEÇÃO DA VIDA PRÉ-NATAL
(Bernhard Schlink), 181

Capítulo I, 183

Capítulo II, 185

Capítulo III, 189

Capítulo IV, 193

Capítulo V, 197

Capítulo VI, 199

Capítulo VII, 201

Referências, 205