



# O julgamento das células-tronco: ponderando contra a Constituição

Cristiano Paixão e Paulo Henrique Blair de Oliveira

Um dos julgamentos mais polêmicos da história do Supremo Tribunal Federal foi concluído no dia 29 de maio de 2008: por seis votos a cinco, a Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança) foi considerada constitucional. Com essa decisão, foram permitidas as pesquisas com utilização de células-tronco, na forma definida no texto da lei. Todo o julgamento foi acompanhado pela imprensa e por vários setores da sociedade. Os votos proferidos pelos ministros foram submetidos ao debate público. Questões liga-

das à liberdade de crença e ao direito à vida foram trazidas à superfície.

Mas um elemento não recebeu a devida atenção. Todos os votos vencidos estabeleceram, em diversas medidas, a ponderação dos efeitos da decisão, procurando fixar parâmetros para a futura aplicação da lei ou mesmo estabelecendo exigências para que a norma pudesse ser válida.

O que isso significa? Qual a extensão da liberdade de que os integrantes do Supremo Tribunal dispõem para modular efeitos da declaração de inconstitucionalidade? Trata-se de uma discussão que extrapola o âmbito técnico-jurídico. Por detrás

desse aspecto, encontra-se o debate em torno dos fundamentos e limites da jurisdição constitucional.

A compreensão pacífica de que garantias constitucionais têm vigência imediata e geral, tanto espacial quanto temporalmente, sofreu no Brasil um forte abalo com a edição do art. 27, da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Esse artigo confere ao Supremo Tribunal Federal o poder de, "tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social", restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de normas ou fixar um tempo posterior para a

eficácia desta decisão. Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal pode, diante dessa previsão, reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, porém manter seus efeitos passados e futuros. Pode ainda restringir a eficácia dessa declaração espacialmente, e tudo isso sob o manto das noções amplas do que seja "segurança jurídica" ou "excepcional interesse" da sociedade.

Emerge desse quadro uma questão: as prerrogativas que o art. 27 da Lei 9.868/99 concedeu ao Supremo Tribunal Federal são compatíveis com o papel da jurisdição constitucional?

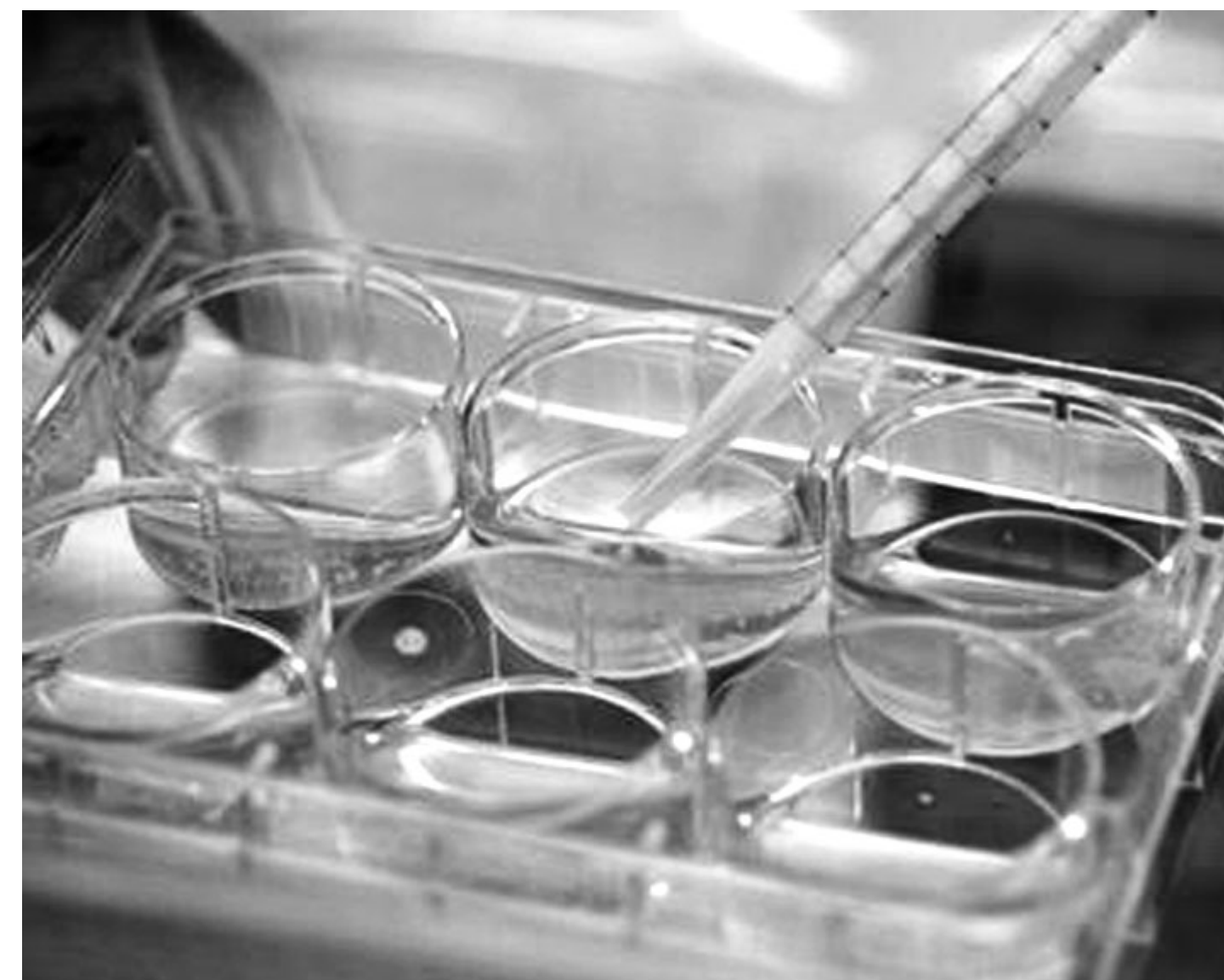
## Direitos fundamentais: a relação e a diferença entre direito e política

É necessário observar como se desenvolve a relação entre direito e política e que distinção ambos devem manter entre si. Quando se indaga sobre a constitucionalidade do sentido de uma norma, somente são possíveis duas respostas: ou este sentido é compatível com a Constituição ou não é. Reconhecer uma inconstitucionalidade e permitir que uma norma prossiga em vigor, de forma temporária ou indefinida, no espaço local ou em todo território nacional, é fazer um juízo de ponderação sobre que o que se entende como "melhor". Isso significa adentrar o campo semântico dos valores, da opinião sobre o que é política ou economicamente mais adequado. Em outras palavras: confunde-se direito com política.

Como todos sabem, o processo formador do direito é por natureza político, e no debate político os valores estão em discussão a todo tempo. Porém, completada a formação da norma jurídica (seja ela constitucional ou infraconstitucional), o dispositivo que daí resulta deve operar não mais como política, mas sim como direito. Assim é porque o papel do direito é precisamente estabelecer garantias que servem como limite à política.

Este raciocínio é válido em particular para as garantias constitucionais. Elas prevalecem mesmo contra opiniões políticas ou econômicas majoritariamente contrárias a elas, para que possam ser invocadas no momento em que mais se precisa delas. Ainda que noções sobre segurança ou interesse públicos recomendassem o contrário, as liberdades fundamentais previstas no texto de uma Constituição devem ser preservadas nos momentos de maior crise, ou não serão direitos fundamentais em momento algum.

Um exemplo forte deste papel foi visto na decisão tomada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América em 12 de junho de 2008. Mesmo que pela diferença de um só voto, aquela corte entendeu que as razões de segurança nacional norte-americana não poderiam vedar aos prisioneiros levados ao campo construído em Guantánamo o acesso a um tribunal federal, para que lá discutam a validade jurídica de sua pri-



ção. Isso foi possível em decorrência do entendimento dado a uma garantia fundamental presente na Constituição norte-americana - o devido processo legal -, que requer como pressuposto o acesso à jurisdição regular. Nessa decisão, o relator do voto condutor, Juiz Anthony M. Kennedy, diz em sua conclusão que "as normas da Constituição são elaboradas para subsistir, e permanecer em vigor, em tempos excepcionais. Liberdade e segurança podem ser reconciliadas, e em nosso sistema elas o são dentro dos limites do direito".

## Qual a densidade do sentido de uma Constituição?

Quando direitos fundamentais não são observados, quando sua validade é relegada a uma questão de conveniência política, quando o ato

de coibir o abuso que uma inconstitucionalidade representa é postergado, tem-se como produto o enfraquecimento do próprio sentido da Constituição. Um texto, por si só, nada faz, nada garante, nada constrói. Tudo que uma Constituição pode fazer depende da força do sentido que extraímos dela, isso é, das práticas sociais concretas que colocamos ao abrigo da semântica constitucional, da linguagem dos direitos.

É dessa forma que as liberdades constitucionais passam a produzir um sentido que se projeta no tempo, gerando memórias que evocam a eficácia do texto constitucional contra abusos e violações que se pretendam justificar como necessários durante os tempos de crise. O parâmetro da jurisdição constitucional há de ser, sempre, o conceito de Constituição,

compreendido como um documento vinculante, de tipo rígido, que contém um núcleo de direitos fundamentais. Em resumo, ponderar a conveniência de nossos direitos fundamentais é ponderar contra a Constituição. Procurar aprisionar o futuro num planejamento "modulado" e "ponderado" significa, então, diminuir drasticamente as possibilidades do texto constitucional e esvaziar o elemento aberto de todo texto que é, por definição, prospectivo. Na dicção do poeta:

*"Quando no abismo o sol faz  
uma pausa,  
Trabalhos puros de uma  
eterna causa,  
Cintila o Tempo e o  
Sonhar é saber"*

(Paul Valéry, "Cemitério Marinho", 10-12)

**Quando direitos fundamentais não são observados tem-se como produto o enfraquecimento do próprio sentido da Constituição**