Observatório da Jurisdição Constitucional

Ano 2 - Julho 2008 - Brasília - Brasil - ISSN 1982-4564

A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NO DIREITO ALEMÃO

OBSERVAÇÕES NA OCASIÃO DO JULGAMENTO DA ADI 3.510 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL EM 28 E 29/05/2008

Konstantin Krukowski[1]

Como conseqüência dos progressos e do crescimento das possibilidades na microbiologia, na área da pesquisa com material de células-tronco[2] humanas, nos últimos anos vem ocorrendo, em muitos países, uma discussão política sobre as fronteiras da liberdade da ciência no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e ao direito à vida do embrião humano. As grandes chances medicinais na luta contra doenças encontram barreiras nas reservas éticas, religiosas e filosóficas, porque para essa pesquisa se finaliza uma vida humana que está começando a se desenvolver. A discussão continua depois que normas jurídicas foram criadas para regularem a pesquisa e para determinarem os seus limites. Ela continua, ainda, ao redor da interpretação dessas normas, o que está ocasionando o surgimento de uma vasta literatura jurídica sobre o assunto.[3] Em diversos países, tribunais decidiram ou terão

---

[1] *Colaborador científico e doutorando no Instituto de Direito constitucional e administrativo – cátedra de Prof. Dr. Philip Kunig – na Faculdade de Direito da Freie Universität de Berlim, Alemanha.*

[2] Trata-se de um tipo de célula especial do corpo que é capaz de se diferenciar e constituir diferentes tecidos no organismo, e de se auto-replicar. Há classificações segundo a origem da célula (embrionário, fetal, adulto) e a sua potência (toti-, pluri-, multi-, oligo-, unipotente). Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Célula-tronco (29/05/08).

[3] Apenas paradigmático são as seguintes teses de doutorado mais recentemente publicadas na Alemanha sobre o assunto: Limbeck, Embryonenschutzgesetz und Forschung an menschlichen Stammzellen, 2006; Brewe, Embryonenschutz und Stammzellgesetz: Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen, 2006; Wiebel, Die Forschung mit menschlichen embryonalen Stammzellen als Gegenstand der Rechtsetzung, 2005. Comparando diferentes sistemas de Direito: Schütze, Embryonale Humanstammzellen: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der

que decidir para apaziguar o debate, trabalhando com todos os argumentos apresentados pelas partes.

A) A Constitucionalidade do artigo 5° da Lei de Biossegurança no Brasil

No Direito brasileiro há uma lei que basicamente permite a pesquisa com células-tronco, mas que requer a observância de determinadas condições cumulativas. É o artigo 5º da Lei Federal nº. 11.105, de 24/03/2005, popularizada como Lei de Biossegurança,[4] que dispõe:

"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."

Regras adicionais, que restringem mais o direito concedido acima no caput, são previstas nos parágrafos 1-3. São: a necessidade do consentimento dos genitores, a apreciação e aprovação de um comitê de ética, e por fim, a interdição da comercialização do material biológico.

Este artigo 5° da Lei de Biossegurança foi contestado pelo Procurador-Geral da República do Brasil, legitimado para propor a ação direta de inconstitucionalidade

deutschen, französischen, britischen und US-amerikanischen Rechtslage, 2007, e Berger, Embryonenschutz und Klonen beim Menschen: Neuartige Therapiekonzepte zwischen Ethik und Recht - Ansätze zur Entwicklung eines neuen Regelungsmodells für die Bundesrepublik Deutschland - Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslagen in Großbritannien und der Schweiz sowie internationaler Regelungen und Vereinbarungen, 2007.

[4] A lei inteira está disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm (04/06/08).

perante o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte do país e órgão guardião da Constituição,[5] segundo os artigos 102, inciso I, alínea a, e 103, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade proposta, em 28 e 29/05/2008, julgamento este que foi considerado como "histórico", o Supremo Tribunal indeferiu a ação com maioria dos votos dos ministros, mantendo a existência do artigo citado da Lei de Biossegurança.[6]

Agora que a validade (constitucionalidade, ou seja, existência) dessa norma está confirmada, pode-se constatar que no Brasil o legislador pôs no centro do regulamento a aceitação da pesquisa com células-tronco, isto é, *a ciência e a liberdade de pesquisar*, garantindo inicialmente uma posição legal, mas que depois, todavia, fica vinculado a certas condições a favor dos direitos do objeto dessa pesquisa, o embrião.

Os ministros do Supremo Tribunal aplicaram o Direito constitucional. Ressalta-se que a Constituição brasileira não trata explicitamente do assunto do uso das células-tronco embrionárias humanas, tampouco indica detalhes como a hora exata em que a vida humana começa, a partir de quando as células vêm a possuir dignidade, e se a intensidade dos direitos aumenta com o crescimento do conjunto de células para o embrião e para o feto. A Constituição somente dispõe sobre normas gerais e valores

[5] Artigo 102, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil (veja o texto em conjunto disponível no site http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao_Compilado.htm).

[6] Supremo Tribunal Federal, Julgamento de 28 e 29/05/2008, ADI 3.510 (DJ N°. 101 do 05/06/2008). Cf. Mariz/Torres/Rocha, em: Correio Braziliense do 30/05/2008, "Vitória sem restrições", p. 13-15; Folha de São Paulo (online) do 29/05/2008: "STF aprova realização de pesquisas com células-tronco embrionárias", veja http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u406855.shtml (29/05/08). Seis dos onze ministros votaram pela improcedência da lei, enquanto que cinco julgaram a pesquisa constitucional mas enxergaram a necessidade de formular a lei mais rigidamente.

que aparecem sem uma precedência já decidida e que servem como critérios no controle de atos infraconstitucionais e dirigem a ponderação jurídica. Os principais valores da Constituição que foram ponderados pelo Tribunal são, de um lado, a dignidade da pessoa humana (princípio fundamental no artigo 1°, inciso III)[7] e o direito à vida (artigo 5°, caput); do outro lado, é o direito à saúde (artigos 6, que funciona junto com o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde segundo o artigo 196) e a liberdade da expressão científica (artigo 5°, inciso IX, a ler junto com o correspondente dever estatal de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica segundo a artigo 218 caput). O papel do acórdão foi de produzir uma concordância prática (harmonização)[8] entre esses valores.

B) As regras no Direito alemão

O objetivo deste artigo é de informar nessa ocasião sobre as regras no Direito alemão que tratam do assunto.

I. Na Constituição

A Constituição alemã (Lei Fundamental, Grundgesetz, GG)[9] de 23/05/1949, em sua última redação dada pela Emenda Constitucional em 28/08/2006, também não toca na matéria de pesquisa com células-tronco expressamente, mas prevê valores que são substancialmente correspondentes aos da Carta Magna brasileira: A dignidade da pessoa humana, como valor constitucional preeminente, é abordada no artigo 1°, inciso

[7] Ademais, aspectos da dignidade humana aparecem em outros partes da Constituição: veja o artigo 5° caput, I, III, X, XIII, XLVII e, XLIX, L, LVII, e os artigos 6° e 7°, 170 caput, 194, 196, 201, 203, 205, 221 IV, 225, 226 § 7, 227, 230, e o artigo 79 do ADTC.
[8] Cf. Mendes/Coelho/Branco, Curso de Direito Constitucional, 2. ed. 2008, p.114.
[9] Toda a legislação federal alemã vigente encontra-se no site http://www.gesetze-im-internet.de/.

I, da GG, o direito à vida e à integridade física (o que, afinal, na interpretação não é diferente da "saúde") no artigo 2°, inciso II, e a liberdade de ciência, que inclui a livre pesquisa, no artigo 5°, inciso III. Esses valores moldam os atos de legislação e a interpretação dela pelos demais Poderes, sendo eles vinculados, em especial, aos direitos fundamentais segundo o artigo 1°, inciso III, e em geral, à supremacia da Constituição segundo o princípio do Estado de Direito (veja o artigo 20, inciso III).

II. No Direito infraconstitucional

Porém, dentro de molduras constitucionais semelhantes, os focos dos respectivos órgãos legislativos podem diferir, já que, em sistemas democráticos, os parlamentos têm uma grande margem de ação na configuração de leis, por serem eles os órgãos com a maior legitimidade do povo soberano no Estado.

Portanto, diferente do direito brasileiro, no direito infraconstitucional alemão de hoje, à primeira vista, a pesquisa com embriões humanos é essencialmente proibida desde a promulgação da Lei Protetora dos Embriões (Embryonenschutzgesetz, ESchG) de 13/12/1990, a última redação dada em 13/10/2001,[10] que foi complementada, após mais de uma década, pela chamada Lei de Garantia da Proteção de Embriões no Contexto da Importação e do Uso das Células-Tronco Humanas (Stammzellgesetz, StZG) de 28/06/2002, a última redação dada em 11/04/2008.

A mera denominação das leis demonstra – diferença com a lei brasileira – que na Alemanha puseram no centro do regulamento do assunto *os direitos do embrião, e não*

[10] Sobre a gênese e os conteúdos dessa lei veja Deutsch, Embryonenschutz in Deutschland, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, p. 721; e Neidert, Das überschätzte Embryonenschutzgesetz – was es verbietet und nicht verbietet, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2002, p. 467.

a liberdade da pesquisa. Nos parágrafos seguintes examinar-se-á mais detalhadamente essas leis e questões constitucionais que as tocam.

1. A competência legislativa da União (Bund)

Essas duas leis mencionadas são leis federais. Como regra geral, sem uma atribuição expressa na Constituição a favor da União, os Estados-membros (Länder) permanecem competentes (cf. os artigos 30 e 70 da GG).[11]

a) A mais velha ESchG não estabelece regras de natureza cível (visando à relação entre cidadãos, p.ex. a nulidade de determinados acordos entre um casal com desejo de filhos e um médico), nem regras administrativas (como um procedimento de autorização por autoridades públicas). Ela apenas estabelece normas penais (pormenorizado abaixo sob 2), logo, faz parte do direito penal coordenado[12]. Isso é devido ao fato que os órgãos legislativos da União[13], de cuja esfera a lei vem, naquela época, não tinham uma competência legislativa especial e mais abrangente como ela existe hoje. Mas desde sempre, a competência legislativa na área do direito penal cabe à União segundo o artigo 74, inciso I, n°. 1, da GG.

b) Só foi em 1994 (com pequenas mudanças no fraseado em 2006) que acrescentaram à GG o artigo 74, inciso I, n°. 26, atribuindo à União mais algumas competências para legislar – de modo concorrente[14] – nessa matéria, com a seguinte formulação:

[11] Neste ponto há uma semelhança sistemática com o § 1° do artigo 25 da Constituição brasileira (demarcando uma "competência remanescente" dos Estados-membros da federação).
[12] Quer dizer: direito penal fora do principal Código Penal (StGB).
[13] Chamado „Bund". Segundo o artigo 20, inciso I, da GG, a Alemanha é uma república federal. Tem 16 Estados-membros (chamados Länder).
[14] Diferente do artigo 24, § 1, da Constituição brasileira, "competência concorrente" no sentido da GG significa que a União tem o direito de legislar, e não só normas gerais (levando em conta o requisito da "necessidade" da legislação federal segundo o artigo 72, inciso II, em alguns casos); os Länder só têm o direito de legislar na medida que o Bund deixar de esgotar um título mencionado na listagem do artigo 74 (artigo 72,

"A legislação concorrente alcança as seguintes áreas: … N°. 26. A criação de vida com ajuda medicinal, a análise clínica e a modificação artificial de informações genéticas, bem como regras quanto à transplantação de órgãos, tecidos e células."[15]

A primeira vista, assim, não somente as regras de natureza penal, mas também as regras administrativas, tal como aparecem na StZG (pormenorizado abaixo sob 3), são cobertas de um título de competência para a União. Mas ficou controverso se uma destas novas competências da União inclui, de verdade, a regulamentação da pesquisa embrionária e da amplitude dela, por falta de menção expressa da "pesquisa" e por causa da regra geral do artigo 70 da GG.[16] A primeira destas três alternativas no n°. 26 do artigo 74 visa somente a possibilidades adicionais para ajudar casais que não conseguem ter filhos normalmente. Segundo a maioria dos juristas, apenas a pesquisa que envolve melhorar este mesmíssimo procedimento (de artificialmente efetuar uma gravidez) faz parte do título.[17] Mas tem-se que recusar a incluir lá todas as demais tipos de pesquisas embrionárias.[18] É a segunda alternativa que há de se encaixar mais no contexto de pesquisa: O objetivo dela era de regularizar como lidar-se em geral

inciso I). Desde a reforma do federalismo em 2006, há o direito dos Länder de desviar de leis do Bund, em poucos áreas da competência concorrente, determinadas no inciso III.

[15] No texto original é fraseado: „die medizinisch unterstützte Erzeugung menschlichen Lebens, die Untersuchung und die künstliche Veränderung von Erbinformationen sowie Regelungen zur Transplantation von Organen, Geweben und Zellen", cf. a este respeito no comentário à GG Kunig em: von Münch/Kunig (Eds.), Grundgesetzkommentar, vol. 3, 2003, art. 74, tópico 123.

[16] Assim rejeitando a constitucionalidade da lei na audiência de peritos durante o processo legislativo: Hillgruber, veja Impressos do Bundestag, 28/02/2008, n°. 16 (18) 336a, p. 1/2.

[17] Seiler em: Epping/Hillgruber (Eds.), Beck'scher Online-Kommentar, GG, 2008, art. 74, tópico 94: "como anexo por proximidade ao fraseado".

[18] Ainda assim, alguns comentários vêm uma ligação suficiente à pesquisa embrionária abrangente, cf. Oeter em: von Mangoldt/Klein/Starck (Eds.), GG, art. 74, tópico 180; Stettner em: Dreier (Ed.), GG, art. 74, tópico 117; cf. também Degenhart em: Sachs (Ed.), GG, 2007, art. 74, tópico 109.

com informações genéticas, a saber principalmente da planta e do animal, mas também do homem (de fato, havendo com o último os maiores obstáculos de direito material).[19] Seria certo imputar à segunda alternativa leis sobre pesquisa com embriões em sentido lato; uma interpretação ampla dos conceitos "análise" e "informação genética" pode ser juridicamente razoável; ainda não é infração da Constituição. Finalmente, caso uma lei preveja regras sobre a transferência de óvulos fecundados ao corpo de uma outra mulher, também se aplica a terceira das alternativas no n°. 26 do artigo 74.[20]

2. O conteúdo da Embryonenschutzgesetz 1990

Quanto ao conteúdo da ESchG, são proibidas sob pena nos termos de § 1°, inciso I, várias "técnicas de reprodução abusivas": a transferência de óvulos alheios não-fecundados para uma mulher (n°. 1),

"a fecundação artificial de um óvulo para um outro fim do que a efetuação de uma gravidez da mulher de quem deriva o óvulo" (n°. 2),

a transferência ou a fecundação de mais de três (próprios) óvulos por uma mulher dentro de um ciclo (n°. 3-5),

"a extração de um embrião[21] de uma mulher antes da nidação no útero para fins de transmiti-lo a uma outra mulher ou para utilizá-lo por qualquer motivo que não serve a mantê-lo" (n°. 6)

[19] Cf. Seiler, op. cit. (acima nota 17), tópico 95.
[20] Taupitz, veja Impressos do Bundestag, 29/02/2008, n°. 16 (18) 336d, p. 7.
[21] Segundo § 8°, inciso I, da ESchG, um embrião nos termos deste lei é a célula-ovo humana, capaz a se desenvolver, a partir do momento da fecundação, e ademais, todas as células totipotentes, obtidas de um embrião humano, que, dados os demais requisitos necessários, *podem se desenvolver a um indivíduo*.

e, por fim, a fecundação artificial e transferência de um embrião para uma mãe substituta (n°. 7). O inciso II sublinha esta noção, penalizando literalmente a inserção artificial de um espermatozóide em um óvulo (bem como cada mera contribuição a este ato) para um outro fim diferente do que a efetuação de uma gravidez da mulher de quem deriva o óvulo.

Enfatiza-se então, que a criação de um embrião *in vitro* pode servir somente a um único propósito: à gravidez da mesmíssima mulher de quem deriva o óvulo.

O § 9° acrescenta à proteção que tal fecundação artificial (também a transferência) não pode ser efetuada por qualquer um que se ache capaz, mas somente por um médico, ou seja, pessoa com aprovação oficial.[22]

Ademais, a ESchG penaliza em seu § 2° "a utilização abusiva de embriões humanos" e assim enumera preceitos penais no que concerne o tratamento do embrião já criado: a venda de um embrião – criado de maneira extra-corporal ou tirado do corpo da mulher antes da nidação –, e os atos de passar adiante, adquirir ou

"utilizar o embrião para outros fins do que sirvam sua preservação"

(ou seja: é proibido destruí-lo afim da obtenção de células-tronco para a pesquisa). É culpável também quem

"contribui ao desenvolvimento de um embrião extra-corporal para um outro fim do que a efetuação de uma gravidez".

Por esse parágrafo também, a lei merece seu título como Lei Protetora dos Embriões.

[22] Segundo os §§ 11 e 12, a violação desta "reserva de médico" resultará em prisão por até um ano ou multa. Nota-se incidentalmente que, segundo o § 10 ("voluntariedade da colaboração"), nenhum médico pode ser obrigado a tomar parte numa fecundação artificial, numa transferência de embrião humano e na conservação dele, deixando assim a escolha livre à consciência de cada um médico.

A ESchG dispõe para esses atos uma pena que é basicamente orientada à punibilidade do crime de aborto regulado no § 218 do Código Penal Alemão preexistente que também protege o embrião (e o feto) mas que só vale *a partir* da nidação da célula-ovo: A pena consiste da privação de liberdade por até três anos ou de uma multa a ser adequadamente especificada pelo juiz. Quase em todas as normas penais previstas nesta lei, a mera tentativa do delito já é punível.[23] Mas nota-se que nem em todos os casos a própria mulher é susceptível a punibilidade (seja como instigadora, cúmplice ou qualquer outra forma de participante no crime); é que tem algumas exceções da punibilidade a favor dela, em § 1, inciso III, e § 4°, inciso II, da lei. Destaca-se então que a lei se dirige principalmente ao médico.

Nota-se além do mais que, apesar do título da lei, a lei não quer proteger somente o embrião. [24] Existem nela outros preceitos, que têm a ver com a criação artificial de embriões em um sentido mais amplo: O § 3° da ESchG veta a "escolha de células para a fertilização segundo os cromossomos sexuais". O raciocínio legislativo desta norma foi de impedir uma influência antecipada e sistemática ao sexo de embrião, e ela serve para que a distribuição entre os sexos fique constante. Deste modo, a regra não serve a proteção do embrião individual, mas persegue um interesse presumível da população em geral.[25] O § 4° da ESchG proíbe uma fecundação artificial sem ter o consentimento

[23] A maioria dos preceitos é formulada de uma maneira que já inclui a consumação e a tentativa do delito igualmente, prevendo para a tentativa a mesma pena do crime consumado sem atenuação ("crimes de empreendimento"). A tentativa de quase todos os outros delitos é expressamente punível (cf. o § 1, inciso IV, § 2, inciso III, § 5, inciso III, § 6, inciso III).

[24] Neidert, op. cit. (acima nota 10), p. 471.

[25] É discutível se uma tal restrição de liberdade é necessária ou não: crítico Dahl, Das Geschlecht des Kindes ist egal, Novo-Magazin, Caderno 67/68, 2003, p. 26. Em outros países, p.ex. nos EUA, não existe uma tal regra. Além disso, é discutível se esta regra cabe no contexto da ESchG por ter uma intenção completamente diferente da proteção do embrião.

dos genitores, uma transferência sem ter o consentimento da mulher e a fecundação artificial depois da morte do homem. Neste ponto também, não é o próprio embrião que é protegido, mas são os interesses dos genitores de decidir sobre sua própria reprodução. O § 5° geralmente penaliza todos os atos que envolvem a efetuação de uma mudança[26] nas informações genéticas humanas,[27] havendo duas exceções da punibilidade: 1) quando for decididamente excluído que vida humana venha a ser das células mudadas, e 2) quando se tratar de curas medicinais em que tal mudança pode ser um efeito colateral mas não é tencionada.[28] Assim, não se protege embriões existentes, mas se preveni a existência de seres humanos com informação genética manipulada, pois as conseqüências disso são imprevisíveis. Os §§ 6° e 7° proíbem a clonagem e a criação de quimeras com outras espécies, assim protegendo a dignidade humana das pessoas de quem deriva o material genético de origem.[29] Para todos esses atos, a pena máxima é elevada até cinco anos.

Resumindo especialmente o que importa no contexto desta redação sobre a pesquisa com embriões e partes deles: Segundo o ESchG, a *criação de um embrião* (conduta objetiva de crime no § 1°) para fins de pesquisar com ele, p.ex. com as células-tronco tiradas dele – por muito que seja por motivos úteis e valiosos, tal como a luta contra doenças ainda incuráveis – obviamente constitui uma infração penal no território da Alemanha. Igualmente é infração penal o *uso de um embrião já criado anteriormente* para a pesquisa (conduta objetiva de crime no § 2°).

[26] O preceito análogo da Lei de Biossegurança brasileira, o artigo 6°, incisos II e III, fala de „engenharia".
[27] § 8°, inciso III, prevê a definição legal exata das células a qual se refere o preceito.
[28] Exemplos disso são abordados na lei: vacinação, quimioterapia, radioterapia.
[29] Cf. também o artigo 6, inciso IV, da Lei de Biossegurança.

Porém, como se trata de normas penais e, logo, de profundas intromissões em direitos fundamentais, nota-se o seguinte: Não cabe uma interpretação extensiva demais, e ainda menos cabem analogias em desvantagem ao réu segundo o princípio da legalidade fixado no artigo 103, inciso II, da GG *(nullum crimen / nulla poena sine lege scripta, certa, stricta).*[30] Assim, nos termos da lei, até o ano 2002 ainda permanecia legal importar do estrangeiro só as células-tronco e utilizá-las para qualquer fim, por essas células serem apenas componentes de embriões mas não serem embriões no sentido dos §§ 1°, 2° e 8° da ESchG, se não forem totipotentes, e logo, não se puder desenvolver um individuo delas.[31]

3. O conteúdo da Stammzellgesetz 2002

A StZG – como *lex posterior* – tencionou modernizar o direito alemão em 2002 preenchendo a lacuna que deixava o ESchG no que diz respeito àquela mencionada importação de células-tronco, e também possibilitando legalmente a pesquisa com células-tronco embrionárias, o último, porém, dentro de margens estreitíssimas e de maneira estritamente controlada.[32] Sem mais obstáculos de competência legislativa, como foi descrito acima, a StZG federal pôde – na opinião da maioria – estabelecer um procedimento administrativo de permissão por autoridades públicas[33]. Por isso, trata-se

[30] Neidert, op. cit. (acima nota 10), p. 469.
[31] Wagner, EU-Förderung für Embryonenforschung?, NJW 2004, p. 918.
[32] A regulamentação da pesquisa com células-tronco humanas, cujo conteúdo será retratado nos parágrafos seguintes, sempre foi sujeito de crítica na doutrina. Aos defeitos da StZG em geral p.ex. Kreß, Menschenwürde, Embryonenschutz und gesundheitsorientierte Forschungsperspektiven in ethisch-rechtlicher Abwägung – Reformbedarf zum Stammzellgesetz, ZRP 2006, p. 219.
[33] Segundo o do § 7 StZG, a autoridade competente é uma autoridade federal determinada no âmbito do Ministério Federal da Saúde. Foi determinado o Robert-Koch-Institut em Berlim que é o instituto central federal a quem cabe o monitoramento e a prevenção de doenças e a pesquisa biomédica.

basicamente de direito administrativo especial,[34] cuja interpretação jurídica é essencialmente diferente do direito penal.

Em § 1° StZG a lei delineia seu objetivo comprovando a política do Governo:

"Consciente da obrigação estatal de respeitar e de proteger a dignidade humana e o direito à vida e de garantir a liberdade da pesquisa, é o objetivo desta lei: 1. de vedar geralmente a importação e o uso de células-tronco embrionárias, 2. de evitar que o reaproveitamento de células-tronco embrionárias ou a criação de embriões por esse motivo seja causado pela Alemanha, e 3. de determinar as condições com quais a importação e o uso de células-tronco embrionárias excepcionalmente sejam permitidos para fins de pesquisas."

Como é típico das leis alemãs mais modernas, depois de colocar o objetivo legal, os parágrafos seguintes contêm esclarecimentos sobre o âmbito de aplicação da lei e definições dos conceitos utilizados. P.ex., quando o conceito "células-tronco" aparecer na lei, será no sentido de células-tronco humanas e pluripotentes[35].

A seguir, é o § 4°, inciso I, da StZG, que contém a interdição da importação e o uso como regra geral:[36]

"São proibidos a importação e o uso de células-tronco embrionárias."[37]

---

[34] Tem preceitos penais apenas nos §§ 13 e 14 penalizando o desrespeito do dever de pedir uma permissão administrativa para a importação e o uso das células e também penalizando informar a autoridade erradamente sobre o conteúdo do projeto de pesquisa. O primeiro caso resulta na mesma pena como nos §§ 1° e 2° da ESchG e § 218 do Código Penal (veja acima B.II.2.), o segundo caso só numa multa de até 50.000 €.

[35] Células que podem produzir todos os tipos celulares do embrião, menos placenta e anexos. *Não se podem desenvolver indivíduos humanos desse tipo de célula*.

[36] Tem-se que lembrar que sem uma tal interdição na forma da lei, todas as atividades e omissões do cidadão são consideradas permitidas segundo a interpretação amplamente difundida do artigo 2°, inciso I, da GG ("allgemeine Handlungsfreiheit", veja o acórdão elementar da Corte Constitucional Federal alemã BVerfGE 6, p. 32 – "Elfes"). É parecido o artigo 5°, inciso II, da Constituição Federal brasileira.

A proibição geral é seguida pela possibilidade de permitir um projeto de pesquisa concreto, se o possível requerente cumprir com o requerimento um conjunto de condições bastante rígidas (contidas nos §§ 4°-6° da StZG). Ressalta-se que, quando essas condições são cumpridas, as autoridades estão obrigadas a conceder a permissão (segundo o § 6°, inciso IV, não há critério). São exigidas pressuposições formais e materiais:

Do lado formal, nos termos do § 6°, inciso II, da StZG, o requerimento tem que chegar às autoridades competentes por escrito e conter informação ampla sobre o projeto planejado e as pessoas envolvidas,[38] bem como uma documentação mostrando que os pressupostos materiais (como serão descritos depois) são cumpridos.

Do lado material, a permissão será concedida nos termos do § 6°, inciso IV, primeiramente se forem satisfeitas as condições segundo o § 4°, inciso II (preceitos de proteção do embrião). Destaca-se: A mais importante peculiaridade da regulamentação é que o *reaproveitamento* de células-tronco de embriões na própria Alemanha permanece proibido (segundo a ESchG) e não é permissível de forma alguma sob a visão da StZG; tampouco é permissível o *uso* de células-tronco obtidas no próprio país. Então, a permissibilidade cabe somente às células-tronco oriundas do estrangeiro. Para permitir um projeto de pesquisa,

[37] Deste modo, a lei serve n°. 1 do seu objetivo em § 1°.
[38] O § 10 da StZG garante ao requerente a confidência das indicações do pedido, porém, segundo o § 11, foi estabelecido um registro público com os "dados básicos" do projeto (cf. o site do Robert-Koch-Institut http://www.rki.de/cln_006/nn_228966/DE/Content/Gesund/Stammzellen/stammzellen_node.html). Segundo o § 12, a pessoa responsável do projeto terá o ônus contínuo de notificação, caso algumas circunstâncias relacionadas aos pressupostos do requerimento mudem em seguida.

"n°. 1 tem que estar certo na convicção das autoridades competentes que, a) a criação das células-tronco ocorreu antes da data fixa de 01/05/2007 e o reaproveitamento delas foi conforme o Direito do país de origem, b) os embriões dos quais foram ganhadas as células-tronco, anteriormente foram criados para fins de uma gravidez, mas definitivamente não serão mais utilizadas para alcançar esse fim, por uma razão fora de qualidades do próprio embrião, c) nenhum pagamento ou outro vantagem foi entregado e prometido em troca da doação de embriões,
n°. 2 a importação e o uso das células-tronco embrionárias não devem violar outros normas legislativas, particularmente aquelas da ESchG."

Aquela data fixa serve para alcançar o n°. 2 dos objetivos do § 1° da lei de maneira que células-tronco humanas não sejam pedidas de países estrangeiros e produzidas sistematicamente por causa de uma demanda alemã, mas só se pode ter acesso aos contingentes preexistentes (e então mais velhos): Uma produção de novas células-tronco por matar embriões diretamente para o uso na pesquisa na Alemanha, que se esquiva o propósito da lei, é assim excluída.[39] Além disso, tem que se tratar de células que não foram reaproveitadas de embriões justamente cultivados pelo propósito da pesquisa, mas apenas são sub-produtos de tentativas de artificialmente efetuar uma gravidez, sem este sucesso.[40] Ainda por cima, vemos que há no n°. 2 do § 4°, inciso II, uma incorporação dos preceitos descritos da l*ex anterior* que assim mantêm validade.

[39] Alguns autores defendem – com toda a razão – que, ao invés de uma tal data fixa, só um prazo constante calculado da presente data (ou seja, uma regra como no artigo 5° da Lei de Biossegurança brasileira) seria proporcional no que diz respeito à liberdade de pesquisa: cf. Hüppe, Es gibt keinen Grund für eine Verschiebung des Stichtags, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 2008, Kreß, Ein neuer starrer Stichtag? – Offene Fragen bei der Reform des Stammzellgesetzes, ZRP 2008, p. 54.

[40] Trata-se da diferença entre o número de embriões legalmente criado nesta tentativa (criado num país estrangeiro; cf. neste ponto a regra doméstica do § 1°, inciso I, n°. 4, da ESchG) e o número viável, ou p.ex. também dos casos em que uma mulher morre

Ademais, o tencionado projeto de pesquisa com as células-tronco embrionárias tem que corresponder às exigências adicionais do § 5° (preceitos quanto ao projeto de pesquisa: importância cientifica especial, subsidiariedade):

"Tem que ser cientificamente fundamentado que no caso concreto se trata de perseguir objetivos de pesquisa de uma importância extraordinária para ganhar conhecimentos no âmbito da pesquisa básica ou para a expansão dos conhecimentos medicinais no desenvolvimento de procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos para a aplicação no ser humano (n°. 1).

Segundo o nível atual de ciência e técnica as questões do respectivo projeto de pesquisa já têm que ser exploradas anteriormente com células animais ou com experimentos com animais na medida do possível, e tem que ser provável que o ganho de conhecimento desejado do projeto só será alcançado com células-tronco embrionárias (n°. 2)."

Finalmente, no n°. 3 do § 5°, a opinião de um comitê de ética tem que ser buscada e considerada pelas autoridades.[41] Se as autoridades permitirem a pesquisa desviando da opinião do comitê, elas são obrigadas a justificar o desvio por escrito (§ 6, inciso V). De qualquer jeito, as autoridades são obrigadas a decidir dentro de dois meses depois do requerimento completo.

depois da fertilização artificial. Nos termos da lei, essas células nunca terão a oportunidade de se tornar um ser humano desenvolvido, e a alternativa da possibilidade da utilização no propósito da pesquisa para ganhar conhecimentos sobre doenças, só seria deixá-las congeladas para sempre ou até jogá-las no lixo.

[41] §§ 8° e 9° da StZG dispõem sobre o chamado Comitê Central de Ética para Pesquisa com Células-tronco. Compõe-se de nove peritos nas áreas de biologia, ética, medicina e teologia. Note-se que nos termos da lei, os membros provindo da biologia e medicina sempre formam a maioria. São todos nomeados pelo Governo Federal por três anos, independentes de ordens de qualquer parte e obrigados a discrição. A este respeito e a questões de reforma na proteção de embriões veja Mertin, Schaffung eines Rechtsrahmens im Spannungsverhältnis Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz, ZRP 2006, p. 59.

Quanto à decisão das autoridades, resta a se apontar que o § 4°, inciso III, da StZG determina que a permissão será obrigatoriamente indeferida se a criação das células-tronco embrionárias aconteceu obviamente contrário aos princípios básicos da ordem jurídica alemã. Formulado com conceitos bastante indefinidos, essa é a última medida das autoridades de negarem a admissibilidade de pesquisa com células-tronco, mesmo se todas as outras condições, que são formuladas de forma muito mais distinta, sejam satisfeitas. Porém, é obvio que as autoridades não podem usar este inciso para arbitrariamente supor uma tal violação de princípios básicos para impedir esse tipo de pesquisa: Elas permanecem vinculadas à supremacia da Constituição e da lei, e a sua interpretação da lei é sujeito a um controle ilimitado pelo Poder Judiciário. Ademais, o mesmo inciso III esclarece, para a própria interpretação dele pelas autoridades e pelo juiz, que o mero fato de as células-tronco serem geradas de embriões *humanos* não será considerado suficiente para indeferir a permissão deste modo.

Para assegurar um controle e uma reavaliação parlamentar e público permanente do previsto procedimento de permissão, e para assim possibilitar os certos reajustes, o § 15 da StZG prevê o dever do Governo Federal de compor um relatório biênio para passar ao parlamento reportando sobre as experiências na atuação desta lei.[42]

Por enquanto, o debate de reforma terminou com a última redação da StZG em Abril de 2008. Numa argumentação emocional no Bundestag (a câmera dos deputados federal alemã) foram discutidas várias sugestões para adaptar a lei aos desafios do presente.[43] As sugestões do debate estenderam-se de uma abolição total do

[42] Os relatórios até a presente data são disponíveis no site do Ministério Federal de Educação e Pesquisa (BMBF) http://www.bmbf.de/de/2657.php (13/06/08).
[43] Protocolo Plenário do Bundestag n°. 16/155, de 11/04/2008, p. 16286-16308. Porque o assunto toca questões éticas, a votação sobre o reajuste da lei pelos deputados

procedimento de permissão (ou seja, uma pesquisa ilimitada) a uma proibição desse tipo de pesquisa sem exceção.[44] Enfim, o Bundestag resolveu como termo de acordo adotar só uma alteração ligeira da lei: Manteve o procedimento de permissão acima descrito mas mudou a data do § 4° II N°. 1a) de 01/01/2002 para a data mencionada (01/05/2007) tornando geralmente possível a pesquisa com células importadas que são mais novas e logo são de razoavelmente melhor qualidade. Foi um compromisso entre a proteção da vida e um corredor um pouco mais largo para a pesquisa que pode servir à preservação de vida também.[45] Além disso, a alteração da lei trouxe uma exclusão mais distinta da punibilidade de pesquisadores que participam em projetos internacionais e para quais existia incerteza legal.[46]

4. Constitucionalidade material da proibição geral com reserva de permissão rígida

A obrigatoriedade de um procedimento de permissão com estritos requisitos de permissão pode significar uma violação de direitos fundamentais, principalmente no âmbito da liberdade de pesquisa segundo o artigo 5°, inciso III, da GG. Enquanto que alguns autores acham que nem o núcleo de proteção seria tocado no caso da pesquisa com células-tronco já por violar "terceiros",[47] a maioria e a Corte Constitucional Federal preferem um âmbito amplo defendendo que pesquisa é "toda atividade do

excepcionalmente realizou-se de forma completamente independente, ou seja, sem vinculação do deputado à vontade do próprio partido.

[44] Veja os diferentes projetos de lei em Impressos do Bundestag n°. 16/7981-7984.

[45] Contra um adiamento do dia fixo Hüppe, op. cit. (acima nota 39), p. 17; Kreß, op. cit. (acima nota 39), p. 53.

[46] Por acrescentar as palavras: „die sich im Inland befinden" no § 13 StZG. Ou seja, para motivar punibilidade agora, a utilização das células-tronco tem que se manifestar no território da Alemanha.

[47] Cf. Lerche em: Lukes/Scholz (Eds.), Rechtsfragen der Gentechnologie, 1986, p. 90, e Hillgruber, op. cit. (acima nota 16), p. 3, defendem que a liberdade de pesquisa só impediria o Estado impuser diretivas aos cientistas sobre o conteúdo e a maneira da pesquisa, mas nunca serviria para violar direitos existentes de terceiros (neste caso: os direitos dos embriões).

espírito com o objetivo de estabelecer novos conhecimentos de maneira metódica, sistemática e verificável"[48]. Não exclui a proteção que, como no caso da pesquisa com células-tronco, ainda não tem resultados valiosos: Um sucesso da pesquisa não é necessário, é protegido o caminho para atingir *possíveis* sucessos.

Como as regras de ESchG e StZG significam uma intervenção nesse âmbito amplo de proteção, seria preciso uma justificação do prisma constitucional para evitar uma violação do direito fundamental. É certo que a liberdade de pesquisa no artigo 5°, inciso III, não contém uma reserva de lei restritiva que seria escrita expressamente no texto. Porém, outros trechos da Constituição marcam limites de liberdades garantidas e podem justificar intervenções. Neste caso trata-se principalmente do direito à vida do embrião,[49] que limita a liberdade de pesquisa. Numa tal situação de conflito com valores de mais alto nível é a tarefa do parlamento resolver o conflito e, deste modo, determinar a relação entre os valores constitucionais opostos (ou seja, a criação de uma concordância prática deles); não se pode deixar essa resolução aos órgãos executivos.

[48] BVerfGE 35, p. 79. Cf. Schemmer e Kempen em: Epping/Hillgruber (Eds.), op. cit. (acima nota 17), art. 5, tópicos 178 e 180.

[49] Segundo os princípios do acórdão da Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht) BVerfGE 88, p. 203, sobre o regulamento da punibilidade do aborto ("Schwangerschaftsabbruch II"), a vida e a dignidade da pessoa humana são sujeitas a proteção nos termos dos artigos 1° e 2°, inciso II, da GG, a partir da nidação da célula-ovo, e o Estado tem uma obrigação de protegê-las (como função objetiva destes direitos fundamentais) por causa da importância do bem jurídico e a carência especial dele (ou seja, a incapacidade de se auto defender). Cf. a respeito desse acórdão R. Merkel, Embryonenschutz, Grundgesetz und Ethik: Über verfassungsrechtliche Missverständnisse und moralische Grundlagen im Streit um die Forschung an embryonalen Stammzellen, Deutsche Richterzeitschrift (DRiZ) 2002, p. 184. Particularmente à capacidade de ser portador de direitos fundamentais: Ekardt/Kornack, Embryonendebatte auf verfassungsrechtlichen Abwegen?, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 2006, p. 349. Cf. também Branco, Tem o embrião direito à vida?, Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, Ano 1, Maio 2008, disponível em: http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio (11/07/08).

Obviamente, a ESchG e a StZG são leis parlamentares neste sentido, que são formalmente constitucionais (cf. acima B.II.1)[50].

Então, a reserva de permissão de pesquisa pelas autoridades, como é prevista na lei, tem que obedecer (além de outros chamados "limites do limite") o princípio da proporcionalidade da medida limitante em relação ao seu objetivo.[51] Assegurar a integridade do embrião, também se for criado no estrangeiro, certamente é um objetivo legítimo a ser perseguido pelo legislador, e a obrigatoriedade de um procedimento de permissão sob as numerosas condições descritas é uma medida necessária e adequada (proporcional no sentido estrito) para alcançá-lo: Sem obrigatoriedade de uma permissão um controle estatal das atividades cientificas nessa área eticamente sensível seria bem mais difícil. Ressalta-se que é especialmente importante zelar por serem utilizados nos respectivos projetos de pesquisa somente embriões para o reaproveitamento de células-tronco que não podem mais se desenvolver para indivíduos, bem como zelar pelo fato que não se forma uma indústria de criação de embriões para fins de experimentes com os componentes, nem no próprio país, nem no estrangeiro. Frisa-se ademais que a pesquisa não é tão dependente desse tipo de pesquisa (em outras palavras: não temos uma intervenção no âmago, na essência do direito garantido), uma vez que pesquisa também pode ser progredida com células-tronco *adultas*, proveniente p. ex. do sangue da cordão umbilical ou de líquido amniótico, métodos que podem prometer sucessos iguais. Deste jeito, o entalhe nos

[50] No caso destas leis não foi preciso um consentimento mandatário da segunda câmera legislativa chamada Bundesrat (Conselho Federal) segundo o artigo 84, inciso I, da GG; apenas podia ter uma objeção dela que, no enquanto, pode ser vencido por voto no Bundestag depois. Mas em 23/05/2008, o Bundesrat renunciou definitivamente à objeção, Impressos do Bundesrat, 23/05/2008, n°. 278/08.

[51] O princípio faz parte do maior princípio do Estado de Direito. Cf. Mendes/Coelho/Branco, op. cit. (acima nota 8), p. 321.

direitos dos pesquisadores por terem que cumprir as condições rígidas quanto ao objeto de sua pesquisa não é considerado desproporcional pela maioria.

Aponta-se, de fato, que tem outras opiniões quanto à proporcionalidade, particularmente quanto à necessidade e adequação do regulamento: Os defensores de um ponto de visto liberal acham que francamente não tem necessidade de recorrer a procedimentos perante autoridades estatais, mas que se tem de confiar mais em humanidade e consciência dos pesquisadores.[52]

Também foi duvidada a necessidade de uma data fixa para a importação de células-tronco, porque significaria uma intervenção na liberdade de pesquisa que cresce cada dia mais por causa do envelhecimento das células que prestam cada dia menos para sucessos na pesquisa. Portanto, uma medida com menor intensidade no que diz respeito a liberdade de pesquisa, mas que é igualmente apropriado para servir o objetivo desejado, seria um determinado prazo contado da presente data para trás, como no Brasil.[53]

Alguns representantes da doutrina negam a adequação da StZG– isso contrário ao ditado da Corte Constitucional Federal – por valorizarem a vida de um embrião decididamente menos do que a vida de uma pessoa nascida, e destacam as chances que oferece a pesquisa para prolongar a vida de pessoas já nascidas.

Alguns críticos na doutrina e política (com um ponto de visto mais conservador, também religioso) argumentam contra a admissibilidade de qualquer pesquisa com material celular-tronco humano presumindo uma intervenção no âmbito da dignidade

[52] Ou nem viram a proteção do embrião como objetivo legal a aspirar, veja por exemplo o projeto de lei alternativo em: Impressos do Bundestag n°. 16/7982.
[53] Cf. Kreß, op. cit. (acima nota 39), p. 54.

humana segundo artigo 1° da GG.[54] Mas juridicamente tem-se que ter cuidado com isso, porque: Uma intervenção na dignidade já significa uma violação; não há mais ponderação de outros valores constitucionais e possibilidade de justificação constitucional.[55] Deste modo, um conceito tão pouco específico tiraria do parlamento toda a margem de ação, embora o parlamento seja o melhor lugar para ponderar sobre a concordância de diversos valores em conflito e sobre assuntos de tal importância para a sociedade.[56] Por isso, aconselho não presumir uma tal intervenção neste caso, nem atribuir "dignidade" (ao longo do direito à vida irrefutável) às células, pelo menos não até a hora da nidação da célula-ovo.

5. Questão de perspectiva européia

Resta mencionar, incidentalmente, mais um aspecto atualmente controverso em respeito à Constituição: a influencia da política diferente da União Europeu. A UE, cujo direito supranacional possui precedência na aplicação em relação ao direito dos Estados-membros europeus,[57] não dispôs regras particulares sobre o assunto da pesquisa com células-tronco,[58] mas há uma competência dos órgãos europeus de conceber programas de promoção financeira para atividades de pesquisa. Um dos programas contém a pesquisa com células-tronco.[59] A promoção efetua-se com verba provindo das contribuições dos Estados-membros, também alemãs. O Governo alemão

[54] Hillgruber, cit. (acima nota 16), p. 3-7; Wagner, op. cit. (acima nota 31), p. 918.
[55] Jarass e Pieroth, GG, 9. ed. 2007, art. 1, tópico 7; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. IV/1, 2006, p. 60. À dignidade do embrião veja também R. Merkel, op. cit. (acima nota 49), p. 184.
[56] Certo: Ipsen, Zur Zukunft der Embryonenforschung, NJW 2004, p. 268.
[57] Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 2006, p. 79.
[58] Cf. Vöneky/Petersen, Der rechtliche Status des menschlichen extrakorporalen Embryos: Das Recht der Europäischen Union, Europarecht (EuR) 2006, p. 340.
[59] 7th European Framework Programme for Research and Tecnological Development (FP7), publicado em 22/12/2006.

teve que se esforçar no plano europeu para evitar uma contradição ao direito alemão:[60] Tal atitude contraditória significaria uma violação da Constituição porque uma política sem contradições é o mandamento do Estado de Direito. Por fim foi realizado o compromisso que projetos de pesquisa com células-tronco poderão ser promovidos pela UE, só o eticamente duvidoso processo de reaproveitamento das células de embriões não será promovido.[61]

6. Controle pela Corte Federal Constitucional?

A seguir, dá-se uma olhada ao possível controle real das regras alemãs pela Corte Constitucional Federal. Embora o direito da pesquisa com células-tronco tenha sido regulamentado por quase duas décadas, ainda não existem acórdãos judiciais pela Corte Constitucional Federal sobre a constitucionalidade das normas da questão da admissibilidade da pesquisa com células-tronco na Alemanha.[62] Isso é devido ao sistema processual constitucional alemão. São cabíveis a esse Tribunal somente os procedimentos expressamente atribuídos e enumerados no § 13 da Lei Orgânica da Corte Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz, BVerfGG)[63]. Um controle de constitucionalidade de uma lei pode se realizar dentro de poucos dos tipos de procedimento previstos:

a) Controle de normas

[60] Crítico, com toda a razão: Wagner, op. cit. (acima nota 31), p. 917. Segundo ele, uns 25 % das verbas provêm da Alemanha como Estado-membro.
[61] Kreß, op. cit. (acima nota 32), p. 220, fala de uma „falsa moralidade“.
[62] Informação adquirida da diretoria da Corte Constitucional em 03/07/2008.
[63] Esta lei de 12/03/1951, a última redação dada em 23/11/2007, contém o código sobre os processos constitucionais federais.

Em primeiro lugar, existe o controle de normas (Normenkontrolle), a saber na forma abstrata segundo o artigo 93, inciso I, n°. 6 da GG,[64] e na forma concreta segundo o artigo 100, inciso I, da GG, após remessa por qualquer juiz no país quem estiver convencido da inconstitucionalidade de uma lei em um caso concreto.

O círculo de legitimados para impetrar o controle abstrato é pequeno, particularmente se comparar à ação direta de inconstitucionalidade do Brasil: Só podem propô-lo o Governo Federal, os Governos Estaduais e uma fração de um terço dos deputados do Bundestag (cf. o § 76 da BVerfGG). Um prazo legal para interpor a ação é inexistente, mas até a presente data esses órgãos legitimados não arriscaram desafiar o compromisso alcançado no debate democrático, e resolveram não interpor a ação.[65]

O controle concreto só é admissível, quando num litígio o juiz quem estiver aplicando a lei vem a ser convencido que ela não é constitucional. Isso nem tem ocorrido num processo penal envolvendo uma pessoa (p.ex. um médico) violando um preceito penal da ESchG, nem num processo administrativo de um pesquisador para quem não deram a permissão de pesquisar nos termos da StZG. Comparado com outras leis, o círculo de pessoas para quem aplicam as leis aqui tratadas é pequeno; e este círculo de pessoas, em geral, não arrisca punibilidade imprudentemente, tem suficiente conselho jurídico, tem a flexibilidade de pesquisar em áreas relacionadas sem punibilidade e procedimento de permissão (p.ex. com células-tronco adultas) ou de fazer a pesquisa num contexto internacional.

[64] A controle abstrata é precisada nos §§ 76-79 da BVerfGG. Cf. a obra comparativa de Mendes, Die abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und vor dem brasilianischen Supremo Tribunal Federal, 1991.

[65] Os representantes do Estado de Bavária no Bundesrat já pensaram em bloquear a lei mas enfim renunciaram. Resta aguardar se o Governo bávaro (ou qualquer outro Governo estadual) impetrará o controle de normas perante o Bundesverfassungsgericht.

b) Reclamação constitucional

Em segundo lugar, neste respeito, há o procedimento da reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) segundo o artigo 93, inciso I, n°. 4a) da GG[66], que serve a declarar violações de direitos fundamentais por qualquer ato do Poder público, sendo legitimados somente portadores desses direitos, ou seja, por regra, pessoas naturais do direito privado. Apenas os que aleguem de serem violados eles mesmo, presentemente e diretamente, são autorizados a interpor a reclamação. Além disso é preciso o impetrante ter esgotado todas as demais possibilidades para remediar a violação, seja nas instâncias, seja de qualquer outro modo,[67] e a reclamação passar o procedimento de aceitação na Corte.[68]

Basicamente com os mesmos argumentos mostrados quanto ao controle concreto de constitucionalidade, ainda não tem tido um caso concreto em que alguém infringiu essas leis, já foi condenado por todas as instâncias e interpôs a reclamação constitucional. Afora, as pessoas privadas que apenas acham que o regulamento tem defeitos, mas não são afetadas pessoalmente, não têm o direito de pedir uma decisão perante a Corte Constitucional.

Enfim, resta se aguardar ansiosamente para se realizarem em algum dia circunstâncias em quais se pode passar o corredor estreito de admissibilidade de uma ação perante a mais alta Corte. Se não acontecer, demonstra que o legislador já soube criar um regulamento no assunto que é capaz de apaziguar a sociedade.

C) Conclusão comparativa ao Direito brasileiro

[66] Concretizado nos §§ 13 n°. 8a e 90-95 da BVerfGG.
[67] Subsidiariedade da reclamação constitucional, cf. o § 90, inciso II, da BVerfGG.
[68] Segundo o § 93a da BVerfGG tem que haver uma repercussão constitucional geral ou a aceitação tem que ser necessário para "fazer respeitar" os direitos fundamentais. Cf. o requisito com propósito parecido no artigo 102, § 3, da Constituição brasileira.

Do ponto de vista comparativo, finalmente, pode-se tirar algumas conclusões:

As regulamentações da pesquisa com células-tronco embrionárias humanas no Brasil e na Alemanha são diferentes quanto à técnica legislativa escolhida pelo legislador: Enquanto que no Brasil existe uma permissão de jure quando são cumpridas várias condições, na Alemanha há uma proibição geral na lei, sendo prevista uma possibilidade de obter uma permissão administrativa sob condições. Em todo o caso, ambos os legisladores esforçaram-se para equilibrarem, na medida do possível, os mandamentos controversos que se encontram nas Constituições.

Ao analisar as condições legais para essa pesquisa nos dois países ao pormenor repare-se algumas semelhanças básicas e, em geral, uma maior rigidez no Direito alemão. As semelhanças são: o requisito que os embriões das quais derivam as células-tronco foram originalmente criados para fins de uma gravidez e não servem mais para este propósito, o prazo de espera (só que no Brasil tem um *prazo* fixo e na Alemanha tem uma *data* fixa), o envolvimento de um comitê de ética (mas nota-se a diferença neste ponto que no Brasil a aprovação do comitê é imprescindível para a permissão, na Alemanha as autoridades apenas têm que considerar a opinião do comitê mas podem desviar dela), e a proibição de comercialização. A maior rigidez do Direito alemão resulta basicamente do fato que as células-tronco precisam ser importadas do estrangeiro, o reaproveitamento delas respeitando a lei do respectivo país de origem, e também resulta de pressupostos adicionais como a prova do valor especial científico da pesquisa tencionada, e os experimentos anteriores com células animais (principio da subsidiariedade).

Referência Bibliográfica

BREWE, **Embryonenschutz und Stammzellgesetz: Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen**, 2006.

DAHL, **Das Geschlecht des Kindes ist egal**, Novo-Magazin, Caderno n°. 67/68, 2003.

DEUTSCH, **Embryonenschutz in Deutschland**, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1991, p. 721.

DREIER (Ed.), **Grundgesetz-Kommentar**. Vol. 2, 2° Ed. 2006.

EPPING/HILLGRUBER (Eds.), **Beck'scher Online-Kommentar**, **Grundgesetz**, 2008.

HARATSCH/KOENIG/PECHSTEIN, **Europarecht**, 2006.

HILLGRUBER, Depoimento de perito perante o Parlamento em: Impressos do Bundestag, 28/02/2008, n°. 16 (18) 336a.

HÜPPE, **Es gibt keinen Grund für eine Verschiebung des Stichtags**, Zeitschrift für Lebensrecht (ZfL) 2008, p. 17.

IPSEN, **Zur Zukunft der Embryonenforschung**, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2004, p. 268.

JARASS/PIEROTH, **Grundgesetz**, 9° Ed. 2007.

KRESS, **Ein neuer starrer Stichtag? – Offene Fragen bei der Reform des Stammzellgesetzes**, ZRP 2008, p. 53.

_____, Menschenwürde, **Embryonenschutz und gesundheitsorientierte Forschungsperspektiven in ethisch-rechtlicher Abwägung – Reformbedarf zum Stammzellgesetz**, ZRP 2006, p. 219.

LIMBECK, **Embryonenschutzgesetz und Forschung an menschlichen Stammzellen**, 2006.

LUKES/SCHOLZ (Eds.), **Rechtsfragen der Gentechnologie**, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MERKEL, **Embryonenschutz, Grundgesetz und Ethik: Über verfassungsrechtliche Missverständnisse und moralische Grundlagen im Streit um die Forschung an embryonalen Stammzellen**, Deutsche Richterzeitschrift (DRiZ) 2002, p. 184.

MERTIN, **Schaffung eines Rechtsrahmens im Spannungsverhältnis Fortpflanzungsmedizin und Embryonenschutz**, ZRP 2006, p. 59.

NEIDERT, **Das überschätzte Embryonenschutzgesetz – was es verbietet und nicht verbietet**, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 2002, p. 467.

TAUPITZ, Depoimento de perito perante o Parlamento em: Impressos do Bundestag, 29/02/2008, n°. 16 (18) 336d.

SACHS (Ed.), **Grundgesetz-Kommentar**, 4° Ed. 2007.

STERN, **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Vol. IV/1, 2006.

VÖNEKY/PETERSEN, **Der rechtliche Status des menschlichen extrakorporalen Embryos: Das Recht der Europäischen Union**, Europarecht (EuR) 2006, p. 340.

VON MANGOLD/KLEIN/STARCK (Eds.), **Kommentar zum Grundgesetz**, 5° Ed. 2005.

VON MÜNCH/KUNIG (Eds.), **Grundgesetzkommentar**, Vol. III, 5° Ed. 2003.

WAGNER, **EU-Förderung für Embryonenforschung**?, NJW 2004, p. 918.

WIEBEL, **Die Forschung mit menschlichen embryonalen Stammzellen als Gegenstand der Rechtsetzung,** 2005.