

MÉRITO PROCESSUAL PARTICIPADO NA ADIN 3510

Fabrizio Veiga Costa

Professor de Direito e Advogado

Resumo

A presente pesquisa científica tem como escopo discutir, sob o ponto de vista crítico-epistemológico, a formação do mérito processual nas ações coletivas, delimitando-se o seu objeto de análise no estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 3510, cujo objeto se concentrou no debate acerca da constitucionalidade da utilização das células tronco embrionárias. Pretende-se demonstrar que a dimensão e as proposições teóricas que permeiam o estudo do mérito processual não podem ficar adstritas àquelas questões fáticas e jurídico-legais trazidas pelas partes legitimadas processualmente para o debate da pretensão deduzida em juízo. Todos os sujeitos afetados pelos efeitos jurídicos do provimento final devem ter a oportunidade de participar da formação dialética e discursiva do mérito, pois o processo coletivo democrático é o *locus* da ampla e irrestrita discursividade de todas as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão coletiva deduzida em juízo. Não podem os julgadores se esquivarem do enfrentamento e da análise jurídico-legal e constitucionalizada de todas as questões que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo, pois, se assim agirem, certamente legitimarão o cerceamento de defesa no momento em que serão omissos quanto à possibilidade de dialeticidade das questões que integram o mérito da pretensão deduzida. A legitimidade democrática do provimento final pressupõe sua construção discursiva por todos os sujeitos que sofrerão seus efeitos jurídicos, algo que não se verifica na ADIN 3510. Desenvolveu-se pesquisa teórico-bibliográfica, análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, como critério para o entendimento crítico do objeto da '1.

Palavras-Chave: Mérito processual. Sistema participativo. Sistema representativo. ADIN 3510. Legitimidade democrática do provimento.

Abstract

This scientific research is scoped to discuss, under the critical-epistemological point of view, the formation of procedural merit in collective actions, delimiting its object of analysis in the Direct Action of the study number of unconstitutionality 3510, whose object It focused on the debate about the constitutionality of the use of stem embryonic cells. We

intend to show that the size and the theoretical propositions that permeate the study of procedural merit can not be adstritas those factual and legal and legal questions raised by the parties procedurally legitimate to debate the claim deducted in court. All individuals affected by the legal effects of the final provision should have the opportunity to participate in the dialectic and discursive formation of merit, because the democratic collective process is the locus of broad and unrestricted discourse of all questions of fact and law which are part of the merit collective claim deduction in court. Can not the judges shirk the confrontation and legal and legal analysis and constitutionalized of all the issues that are part of the merits of the claim deducted in court, because if they act certainly legitimize the defense curtailment at the time to be silent as to possibility of dialectics of the issues that are part of the merits of the claim deducted. The democratic legitimacy of the final provision assumes its discursive construction by all subjects who suffer its legal effects, which is not the case in 3510 ADIN was developed theoretical literature, thematic, theoretical, interpretative and comparative analysis as a criterion for understanding critical of the research object.

Keywords: Merit procedure. Participatory system. Representative system. ADI 3510. Legitimacy democratic provision.

1 Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo desenvolver um estudo crítico e propor reflexões científicas acerca do processo coletivo democrático, especificamente no que tange à construção discursiva do mérito participado. Por isso, pretende-se inicialmente demonstrar que o processo coletivo atual segue a mesma sistemática jurídica do processo individual e é pautado especificamente no sistema representativo, o que inviabiliza, conseqüentemente, a construção democrática e participada do objeto do processo, ou seja, o processo coletivo compreendido pela Escola Instrumentalista tem o seu foco de discussão pautado no sujeito, pelo fato de restringir a definição do objeto do processo apenas àquelas pessoas taxativamente consideradas legitimadas processualmente pelo legislador, não permitindo, assim, o exercício efetivo da cidadania mediante a participação ampla de todos aqueles que pretenderem participar da construção discursiva do objeto do processo.

Em contrapartida, a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas não compreende o processo coletivo nos mesmos moldes do processo individual, pelo fato de concentrar todo o debate jurídico não no sujeito, mas, sim, no objeto do processo e das ações coletivas. Nesse ínterim, é possível afirmar que a definição do objeto de uma ação coletiva não se dará apenas pelas pessoas consideradas taxativamente legitimadas, mas por toda pessoa, entidade ou grupo de pessoas que levante um tema pertinente à pretensão inicialmente deduzida em juízo. Dessa forma, o que garante a legitimidade democrática e a construção participada do mérito no processo coletivo não é o número de sujeitos que participou da relação processual, e sim a oportunização de apresentação de temas pertinentes ao objeto de lide mediante a publicização através de editais e outros meios lícitos e hábeis a efetivação da construção participada do mérito.

Especificamente, objetiva-se estudar a ADIN 3510, que teve como objeto a constitucionalidade da utilização das células tronco embrionárias em pesquisa científica. Pretende-se analisar a formação participada do mérito processual na respectiva ação direta de inconstitucionalidade, de modo a verificar se o provimento final foi democraticamente construído por todos os sujeitos afetados pelos seus efeitos jurídicos. Para isso, foi necessário analisar a natureza jurídica do mérito processual, compreendido a partir do processo civil, demonstrando que o conceito de mérito preconizado pela doutrina clássica é reflexo da definição autocrática e solipsista das questões controversas consideradas unilateralmente relevantes pelo magistrado na análise e julgamento do caso concreto. Posteriormente, delimitou-se o objeto de análise no processo coletivo, visando demonstrar a necessidade de superação do sistema representativo como forma de legitimar democraticamente os provimentos finais a partir do sistema participativo.

Por meio da pesquisa teórico-bibliográfica, foi possível analisar as questões doutrinárias propostas pelos autores consultados, permitindo-se, assim, o debate sistemático da proposta da pesquisa. A partir de análises teóricas, temáticas, interpretativas e comparativas, o tema foi construído e debatido criticamente sob a ótica da processualidade democrática, uma vez que no Estado Democrático de Direitos os provimentos finais devem ser discursivamente construídos por todos os sujeitos afetados pelos seus efeitos jurídicos.

2 Natureza jurídica do mérito

Juridicamente, verifica-se a ausência de construções cientificamente críticas acerca do estudo do mérito processual. Trata-se de um instituto pressupostamente compreendido pelos estudiosos do Direito em virtude de não o esclarecer e o compreender no contexto do processo constitucional democrático, cuja finalidade é a construção participada dos provimentos jurisdicionais pelos destinatários e pessoas juridicamente interessadas na efetivação dos Direitos Fundamentais. Talvez essa indefinição teórica acerca do mérito decorra da sua proximidade com o conceito de causa de pedir, visto processualmente pela Escola Instrumentalista como a fundamentação fático-jurídica da pretensão deduzida em juízo e, nessa perspectiva, o mérito restringir-se-ia à análise dessas peculiaridades fático-jurídicas e/ou apenas jurídicas da pretensão deduzida em juízo.

Sabe-se que o estudo da natureza jurídica do mérito inicia-se a partir das considerações científicas ora expostas, porém a elas não se restringem. Isso advém da necessidade de delimitarmos os fundamentos e contornos científicos do entendimento crítico acerca do mérito no âmbito processual.

A Escola Instrumentalista do Processo menciona o instituto jurídico do mérito quando da análise jurídica das condições da ação, porém apenas esclarece que a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e as condições específicas de procedibilidade da ação penal são requisitos indispensáveis para a análise do mérito da pretensão, sem adentrar ao estudo crítico e jurídico sobre o que é mérito. Simplesmente afirmam que a inexistência de uma das condições da ação ocasionará a carência de ação que terá como consequência a extinção do processo sem julgamento do mérito (CINTRA, 2005, p. 266-272). Importante ressaltar que a complexidade do tema ora posto em debate advém certamente da sua utilização enquanto sinônimo de pretensão, lide e objeto da demanda. Para aqueles que compreendem o processo como um instrumento para o exercício da jurisdição e a oportunidade do Judiciário manifestar-se juridicamente acerca do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida o conceito de mérito encontra-se intrinsecamente interligado ao conceito de Lide. Esse foi o posicionamento adotado nas Exposições de Motivos do Código de Processo Civil vigente, onde se verifica a utilização da palavra Lide para designar o mérito da causa. Visando esclarecer a sistemática adotada pelo legislador do Código de Processo Civil vigente, é oportuna a análise de alguns dispositivos para verificar o sentido e a compreensão jurídica adotada acerca do mérito.

No artigo 330 do CPC¹ de 1973, o legislador pátrio deixou claro que o mérito se restringe à apreciação de toda matéria fática e de direito ou apenas à matéria de direito objeto da pretensão deduzida em juízo. Já no artigo 468 do CPC² de 1973, verifica-se a delimitação do conceito de mérito à compreensão que se tem de Lide hoje. Esse é o entendimento adotado pelo professor José Marcos Rodrigues Vieira³: “O mérito é o pedido e é a lide, ou, como visto, é esta nos limites daquele”. Ante o exposto, observa-se que, para o professor José Marcos Rodrigues de Oliveira, o mérito pode ser definido como a lide nos limites do pedido. *Data máxima vênia*, o que se questiona na presente reflexão jurídica é justamente a vinculação do conceito de mérito ao conceito de lide, uma vez que, nesse ínterim, não seria possível afirmarmos a existência do mérito nos cognominados procedimentos especiais de jurisdição voluntária, que tem como característica central a ausência de lide por se tratar de pretensões pautadas na consensualidade. Novamente, verifica-se que o conceito de mérito proposto pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973 refere-se a todas as questões fáticas e jurídicas da pretensão deduzida em juízo, conforme preceitua o artigo 459, *caput*: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá de forma concisa”.

A ausência de um conceito construído e pacificado sobre o mérito é o que garante criticamente as reflexões científicas propostas na presente pesquisa. Para Candido Rangel Dinamarco, “o mérito é o complexo das questões materiais que a lide apresenta”⁴.

Giuseppe Chiovenda compreende o mérito a partir do conceito de demanda. Nesse sentido, é oportuna a citação de Chiovenda, exteriorizando o seu entendimento sobre o que é demanda: “é o ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade contraria de lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue, e invo-

¹ Artigo 330 do Código de processo civil: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I- quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II- quando ocorrer a revelia (artigo 339)”

² Artigo 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

³ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.160.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.200.

ca para esse fim a autoridade do órgão jurisdiciona”⁵. Verifica-se que, para Chiovenda, o mérito reside na demanda, tendo em vista ser a sentença o provimento estatal que reconhece ou não a demanda do jurisdicionado. Oportuno esclarecer que a demanda é vista aqui como a pretensão, ou seja, como uma narração reivindicativa de um direito materializado na petição inicial. Nesse sentido, é oportuna a contribuição de Kazuo Watanabe: “demanda é fato estritamente processual e constitui veículo de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca em busca de um remédio que o demandante quer”⁶.

Na mesma perspectiva, temos o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco que entende ser a demanda o próprio objeto do processo. Nesse sentido, temos: “a demanda é o objeto litigioso do processo, em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca de outro objeto”⁷.

É nessa perspectiva que podemos afirmar que o conceito de mérito se encontra intrinsecamente atrelado à ideia de objeto da lide, de pretensão deduzida nos limites do pedido. Observa-se que, em momento algum, foram construídas argumentações jurídicas visando ampliar o entendimento sobre o mérito no que tange às questões processuais e procedimentais. É evidente construção jurídica vinculando o mérito à pretensão, ao objeto de lide e a matéria fático-jurídica levada ao Judiciário.

Nesse contexto, faz-se necessária a citação de Elio Fazzalari:

Quanto aos provimentos de mérito em sentido *lato*, podem-se qualificar como tais os provimentos que envolvem a cognição do mérito (isto é, o aspecto substancial deduzido na lide e aquele requerido ao juiz), sejam os que acolhem a demanda judicial, sejam os que a rejeitam. Em sentido *estrito*, são provimentos de mérito somente os jurisdicionais, ou seja, aqueles que no acolher da demanda invocam uma das medidas reparadoras que constitu-

⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.297

⁶CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.731.

⁷DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 186.

em a jurisdição (condenação, declaração e constituição): são elas que desenvolvem efeitos substanciais no patrimônio das partes. Por sua vez, a pronúncia de rejeição da demanda – a recusa de invocar aquela medida – deve considerar-se “*de rito*”, porque desenvolve efeitos somente no processo⁸.

A partir dessas considerações iniciais, verifica-se que o direito de ação para a Escola Instrumentalista não pode ser visto como o direito assegurado ao jurisdicionado quanto à análise do mérito da pretensão deduzida em juízo, haja vista a existência das condições da ação. Tal posicionamento teórico não se coaduna com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira de 1988⁹, que democratizou e viabilizou a ampliação do acesso ao Judiciário, assegurando ao jurisdicionado o Direito de Ação no que tange ao direito de análise do mérito da pretensão deduzida em juízo (no Estado Democrático de Direito o direito de ação se efetiva com a análise ampla das questões controversas e o julgamento do mérito). Dessa forma, pode-se afirmar que, constitucionalmente, o Direito de Ação é incondicionado, o contrário do preconizado pelo Código de Processo Civil e Penal brasileiro, que trazem o direito condicionado de ação. Por isso, pode-se afirmar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito incondicionado de ação deve ser compreendido como o direito do jurisdicionado ter analisado o mérito de sua pretensão pelo Judiciário.

Partindo-se do pressuposto de que o direito constitucional e incondicionado de Ação se materializa mediante o direito à análise do mérito assegurado ao jurisdicionado, pergunta-se: é possível ampliar o conceito e a análise do mérito, incluindo matéria fática, matéria de direito e também questões processuais e procedimentais? Ou seja, é possível afirmar nessa perspectiva que houve análise do mérito quando estivermos diante de um provimento discursivamente construído por juízo absolutamente incompetente em razão da matéria? A doutrina é uníssona ao afirmar que, em caso de sentença proferida por juízo absolutamente incompetente em razão da matéria ou da função, não haverá análise do mérito, por delimitar a compreensão do tema apenas às matérias fáticas e jurídicas referentes à pretensão. Porém, ressalta-

⁸FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 441-442.

⁹“a lei não excluirá do poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”.

se que o conceito e a compreensão democrática do mérito não se limita apenas as questões acima mencionadas, incluindo, também, a análise discursiva de questões processuais e procedimentais, como é o caso da competência absoluta. Dessa forma, sabe-se que o fato de uma sentença ser proferida por juízo absolutamente incompetente não proporciona por si só condições para concluirmos se houve ou não efetivamente a análise do mérito, uma vez que é perfeitamente possível que tal provimento tenha sido participada e discursivamente construído pelos seus diretos destinatários, o que garantiria por si só a afirmação de que houve nesse caso a análise do mérito da pretensão. Ante o exposto, esclarece que o critério jurídico para averiguarmos a ocorrência ou não da análise do mérito da pretensão não é a discursividade apenas da matéria fática ou jurídica norteadora da pretensão, mas, sim, a legitimidade democrática e participada do provimento jurisdicional que se materializa mediante a sua construção discursiva no âmbito do processo constitucional, que inclui matéria fática, matéria de direito e também questões estritamente processuais ou procedimentais.

Ante o exposto é oportuna a seguinte questão: existem outros critérios jurídico-constitucionais hábeis à compreensão do mérito na perspectiva do processo constitucional democrático? O fundamento teórico para a compreensão do Estado Democrático de Direito¹⁰ encontra-se no princípio da Supremacia da Constituição, ressaltando-se que a filosofia da linguagem no contexto jurídico da pós-modernidade¹¹ passou a ser o parâmetro científico para a compreensão crítica do mérito na perspectiva discursiva. Dessa forma, podemos ressignificar a compreensão do mérito

¹⁰ Entende-se por Estado Democrático de Direito o regime político cujas bases encontram-se na Constituição e na garantia de participação discursiva do cidadão no conhecimento e construção dos provimentos estatais. Falar em Estado Democrático de Direito é assegurar a co-originalidade entre a autonomia pública e privada. A existência de uma estrutura circular representa o substrato teórico da compreensão processual do Estado Democrático de Direito.

¹¹ “A pós modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais” (LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 30).

to como um instituto diretamente vinculado à legitimidade democrática dos provimentos estatais. A análise do mérito de uma demanda passa diretamente pelo debate das questões de fato, direito, processuais e procedimentais trazidas no espaço processual pelas partes interessadas na construção discursiva do provimento final.

Dessa forma, o processo constitucional democrático passou a ser visto como o espaço de argumentação jurídica e de construção participada dos provimentos estatais. Nesse contexto, podem ser construídas reflexões científicas acerca do mérito enquanto a oportunidade de discussões críticas da pretensão deduzida em juízo por todos aqueles que demonstram interesse e legitimidade jurídica para participar da análise discursiva do mérito da pretensão. Ou seja, a efetivação dos Direitos Fundamentais, mediante a construção discursiva do mérito, dar-se-á por todos aqueles que forem atingidos, direta ou indiretamente, pelos efeitos do provimento estatal.

O fundamento jurídico para a construção da Teoria do Mérito Participado encontra-se inicialmente na obra de Habermas, que propõe uma discussão do direito nos níveis de sua produção a partir de uma racionalidade crítica e dialógica exercida pelos cidadãos dessa sociedade pluralista que caminha a passos largos em busca da democracia material. A legitimação do Direito, em Habermas, é construída a partir da racionalidade discursiva no âmbito da procedimentalidade jurídica garantidora da participação ampla e irrestrita dos cidadãos como coautores das normas jurídicas. Habermas, em sua teoria, tenta afastar o conceito positivista de Direito feito por Weber, para quem “direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito seguindo um processo institucionalizado juridicamente”¹².

Será na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, proposta por Rosemiro Pereira Leal, que se encontra a base para a construção de reflexões jurídicas hábeis à compreensão do mérito não apenas como uma simples análise da matéria fática e jurídica da pretensão deduzida em juízo, mas, acima de tudo, como um espaço de construção participada, isocrítico, em contraditório e na perspectiva da ampla defesa, ou seja, pautado na doutrina da legitimação democrática do direito pro-

¹²HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 193. 2v.

posta por Jürgen Habermas¹³ e na visão crítico-falibilista¹⁴ de Karl Popper¹⁵, que Rosemiro Leal se propõe a estudar o processo constitucional no Estado Democrático de Direito não como uma simples espécie de procedimento, mas como instituição constitucionalizada regente das estruturas procedimentais preparatórias de provimentos estatais. Há uma identidade científica existente entre a Teoria Neoinstitucionalista do processo e a Teoria do modelo Constitucional do Processo, já que ambas buscam o seu fundamento teórico nos Direitos Fundamentais. Todavia, daquela teoria se afasta na medida em que coloca o processo como pressuposto de legitimidade “de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”¹⁶.

¹³“ Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são isentas de violência, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua conveniência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis. As questões políticas distinguem-se das morais. (HABERMAS, 2003, p. 190-191).

¹⁴“[...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e ate mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento”. POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 395-396.

¹⁵“[...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática”. POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 396).

¹⁶LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 97.

A construção participada do provimento jurisdicional, mediante a análise discursiva do mérito da pretensão, somente poderá se dar mediante a efetivação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia processual, ou seja, a processualização da legitimidade democrática dos provimentos dar-se-á através da ampla argumentação e contra-argumentação jurídica, da produção de todas as provas e da utilização de todos os meios de provas lícitamente admitidos em direito, bem como através da igualdade jurídico-constitucional de participação de todos os destinatários do provimento no âmbito processual.

2.1 O Mérito participado

A compreensão crítica do mérito participado perpassa pelo entendimento do processo e das ações coletivas sob a ótica do processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

Toda problemática perpassa inicialmente pela distinção jusfilosófica existente entre direito e interesse. Inicialmente, é importante ressaltarmos o pensamento de Ihering, considerado um utilitarista, compreendia o direito a partir da ideia de existência de um fim prático. É, como explicita Vicente de Paula Maciel Junior, citando Edgard Bodenheimer, “Ihering calcou o ponto central de sua Filosofia do Direito no fim. O fim como criador de todo o Direito, não havendo norma jurídica que não deva sua origem a um fim ou motivo prático”¹⁷. É nesse contexto que Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que “Ihering entendia que os direitos não existem apenas para realizar a ideia de vontade jurídica abstrata”¹⁸. Dessa forma, sabe-se que para Ihering os direitos são vistos como interesses juridicamente protegidos.

A compreensão de Direito, a partir da obra de Ihering, é de caráter liberal e pautada na premissa de direitos individuais. Além disso, não se pode pensar o Direito enquanto ciência sob a ótica processual, uma vez que os fundamentos metajurídicos e de cunho axiológico representam o norte de toda a obra de Ihering. Dessa forma, é possível afirmar que atu-

¹⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

¹⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

almente a inaplicabilidade da Teoria de Ihering evidencia-se na necessidade de proteção jurídica não apenas de direitos individuais e de relações jurídicas e privadas construídas entre particulares, mas, acima de tudo, no interesse em proteger direitos coletivos, cuja titularidade é da coletividade, e não apenas de um indivíduo em si.

A partir dessas considerações iniciais, afirma-se que os interesses jurídicos são construções individuais e de caráter liberal cuja aplicabilidade no âmbito coletivo torna-se inviável. Sabe-se que, juridicamente, o mais adequado não é falarmos em interesses metaindividuais ou transindividuais, conforme preconizam alguns autores, mas, sim, em Direitos Coletivos cuja efetivação se dará através das ações coletivas e do processo coletivo. Nesse sentido, revela-se o entendimento do professor Vicente de Paula Maciel Junior:

Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão interesses difusos foi idealizada tomando como pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses, não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados¹⁹.

Mesmo diante das argumentações jurídicas ora expostas, verifica-se ainda o tratamento jurídico dos Direitos Coletivos enquanto interesses jurídicos metaindividuais ou transindividuais, conforme preceitua a nova Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 2º:

Art. 2º. A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos: I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato; II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual,

¹⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 57-58.

preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio. §1º. A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica. §2º. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Em contrapartida, essa mesma legislação dispõe sobre a necessidade de criação de uma Teoria Geral do Processo Coletivo, com particularidades distintas do processo cujo objeto são Direitos Individuais. Preceitua como princípios o amplo acesso ao Judiciário, a participação social, a duração razoável do processo, a publicidade, a fundamentação jurídica dos provimentos jurisdicionais e a lealdade processual, conforme estabelece o artigo 3º:

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; IV – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; V – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VI – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; VIII – não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos interesses e direitos coletivos; IX - preferência da execução coletiva; X – criação de Juízos, Câmaras e Turmas especializados.

Uma vez esclarecido cientificamente que o objeto das ações coletivas são Direitos Coletivos e não interesses metaindividuais ou transindividuais, é importante esclarecer a distinção do processo coletivo e das ações coletivas. O processo coletivo é uma garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos indistintamente de proteger constitucionalmente os seus Direitos Fundamentais e participar discursivamente da construção participada do mérito processual mediante a efetivação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia processual. Já as ações coletivas devem ser compreendidas como um direito constitucional incondicionado de acesso democrático ao Judiciário.

rio com o propósito de participar da construção do mérito coletivo no âmbito da Jurisdição Constitucional enquanto Direito Fundamental que viabiliza o exercício efetivo da cidadania.

Nesse ínterim, é importante levantar os seguintes questionamentos: Como efetivar a participação do destinatário do provimento na construção do mérito participado? Quem poderá participar da construção discursiva do mérito participado? Quais os requisitos jurídicos a serem observados para garantir ao cidadão a participação no mérito das ações coletivas?

Inicialmente, é importante esclarecer que a participação na construção do mérito das ações coletivas deverá ocorrer nos limites da pretensão levada ao Judiciário, para não incorrer em discussões infinitas que ensejariam violação expressa ao princípio da duração razoável do processo. Outro ponto a ser esclarecido é a necessidade de delimitar um momento processual em que a participação seria possível. Entende-se pertinente a participação na construção do mérito da pretensão coletiva até da fixação dos pontos controvertidos, para que assim seja delimitada a argumentação jurídica e as provas que coerentemente serão produzidas na fase de instrução. Mesmo diante de tais considerações, observa-se a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir até o momento da prolação da sentença, conforme preceitua o artigo 16 da nova Lei de Ação Civil Pública:

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo injustificado para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação específica do réu, no prazo mínimo de 15 (quinze dias), facultada prova complementar. Parágrafo único. Ressalvadas a ação de improbidade administrativa e a ação popular de proteção ao erário, a causa de pedir e o pedido serão interpretados em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

No que tange aos legitimados à participação da construção discursiva do mérito coletivo, entende-se que seriam todas aquelas pessoas que forem, direta ou indiretamente, atingidas pelos efeitos do provimento estatal, justamente para evitar alegações infundadas de pessoas sem qualquer interesse no debate jurídico e que interviriam apenas com o intuito manifestamente protelatório e procrastinatório.

A garantia efetiva da participação pressupõe a publicização e a

divulgação ampla da pretensão através de editais e outros meios de comunicação efetivos, tais como os veículos de comunicação (rádio, televisão, redes sociais e outros meios legítimos de comunicação), para que todos aqueles juridicamente interessados tenham a oportunidade de participação das discussões jurídico-constitucionais da pretensão. Essa foi a proposta adotada pela nova Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 13:

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos, objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Importante esclarecer nessa publicização o objeto exato a ser discutido, com o propósito de impedir alegações e discussões impertinentes e não relacionadas ao objeto em questão. O controle dessa participação dos juridicamente interessados será feito democraticamente pelo Ministério Público e pelo magistrado, priorizando sempre o debate que venha acrescentar e contribuir para o deslinde da pretensão inicialmente deduzida em juízo.

Imagine, por exemplo, uma ação civil pública cuja pretensão é a extinção de festas populares na cidade de Ouro Preto visando à proteção do patrimônio histórico-cultural, que é patrimônio da humanidade. Certamente, o Judiciário deverá se incumbir de divulgar amplamente o objeto da presente ação coletiva para oportunizar efetivamente a participação de todos aqueles interessados na proteção do patrimônio histórico-cultural da cidade de Ouro Preto. Tal participação não será assegurada apenas aos cidadãos de Ouro Preto nem de Minas Gerais, tendo em vista a existência de sujeitos indiretamente interessados no objeto da presente ação coletiva.

Talvez o grande desafio prático enfrentado pelo Judiciário seja

instrumentalizar efetivamente tal participação, argumento esse que deve ser rechaçado e que não pode ser utilizado como subterfúgio à supressão da construção participada do mérito participado das ações coletivas. Considerando que tal participação é um Direito Fundamental assegurado a todos os cidadãos juridicamente interessados e atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional, afirma-se que problemas estruturais enfrentados pelo Judiciário jamais poderão ser argumentos utilizados como parâmetro para suprimir tal participação.

Ressalta-se, ainda, a obrigatoriedade de observância efetiva dos princípios constitucionais da isonomia processual, contraditório e ampla defesa, para que não enfrentemos participações meramente formais na discussão do mérito das ações coletivas. No momento da construção do provimento jurisdicional, o magistrado deverá apresentar argumentos jurídicos suficientes para admitir ou rechaçar as alegações apresentadas por todos aqueles que participaram do debate jurídico da pretensão coletiva.

É importante que fique claro que o foco de discussão para a construção participada do mérito na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas é o objeto e não o sujeito, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional não se limita em oportunizar a todos os cidadãos o direito de participar diretamente da construção do provimento, mas, sim, oportunizar, mediante o princípio da publicidade, que sejam apresentados todos os temas e argumentos possíveis, coerentes e pertinentes com a pretensão inicialmente deduzida. É nesse sentido que o mérito participado deve ser pensado: garantir efetivamente a oportunidade de apresentação de todos os temas, argumentos e alegações pertinentes à pretensão inicialmente deduzida em juízo como forma de definir o objeto do processo coletivo e, conseqüentemente, viabilizar a construção participada do mérito.

A seguir, desenvolver-se-á um estudo jurídico-processual, pautado na crítica científica, com o propósito de averiguar se, na análise da ADIN 3510, que tem como objeto a discussão da constitucionalidade da utilização de células tronco embrionárias em pesquisa científica, foi efetivamente oportunizada a participação dos destinatários do provimento na sua construção.

3 ADIN 3510

Em 31 de maio de 2005, foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto foi o artigo 5º e seus parágrafos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que autoriza pesquisas científicas com células tronco embrionárias, conforme citação abaixo:

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 nos respectivos procedimentos, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de 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 pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997²⁰. (grifo nosso)

Todo debate jurídico se pautou, estritamente, na discussão acerca da interpretação a ser dada ao Direito Fundamental à Vida, ou seja, buscou-se esclarecer, a partir das alegações do Procurador-Geral da República, se a vida, enquanto Direito Fundamental, deve ou não ser interpretada extensivamente, assim como os demais Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Participaram diretamente do presente debate jurídico e da construção legitimamente participada do provimento jurisdicional a CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E

²⁰Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=b>. Acesso em: 1 maio 2012.

GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Com fundamento no §1º do artigo 9º da Lei 9868/99, foi determinada a realização de Audiência Pública, experiência considerada inédita na história do Supremo Tribunal Federal. Vinte e duas das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à Tribuna para discorrer sobre o objeto da presente ADIN. Do presente debate jurídico, construído a partir da Audiência Pública, verifica-se a existência de duas correntes muito bem delineadas: 1) a pautada na Teoria Concepcionista, cuja interpretação do Direito Fundamental à Vida deve ser obrigatoriamente extensiva, conforme observado na íntegra do acórdão:

Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de *autoconstitutividade* que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de *habitat*, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobretudo, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se que não irrompe como um simples projeto ou u'a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, o trabalho de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana, em sua individualidade genética e especificidade ôntica, já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano *nativivo*). Mas, em ambos os estádios ou etapas do processo, a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a ideia do zigoto

ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa²¹.

A segunda teoria preza pelo progresso da ciência mediante o desenvolvimento de pesquisas científicas com embriões humanos:

a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explicações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo – como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de

²¹ Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia” (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V)²².

Para os defensores da tese de que não existe vida humana em um embrião congelado, a utilização de embriões humanos em pesquisa científica não representaria a prática do aborto, conforme preceitua a Dra. Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença²³.

Em sentido absolutamente contrário, temos o posicionamento da Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. [...] Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento [...]. Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas [...]. Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível²⁴.

²²Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

²³Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

²⁴Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

Ao final do relatório do acórdão em questão, verifica-se nitidamente que o presente julgamento passou a integrar um dos grandes momentos históricos do Supremo Tribunal Federal em virtude de efetivar a ruptura de um processo cujos julgamentos sempre foram proferidos isoladamente e pautados na percepção individual de cada Ministro do STF para oportunizar o debate científico interdisciplinar de um tema de interesse coletivo. Senão vejamos:

À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e unísono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios. Inequivoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe o biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório²⁵.

O relator da presente ADIN foi o Ministro Carlos Ayres Brito que se manifestou inicialmente no sentido de proteger a dignidade de toda a forma de vida humana, e que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino, como é o caso do embrião *in vitro*. Ressalta, ainda, a existência de alternativas para o progresso científico no que tange à pesquisa de cura de algumas doenças através das células tronco obtidas no cordão umbilical, no líquido

²⁵Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

amniótico, na medula óssea. Mesmo assim, manifesta-se, ao final do seu voto, pela total improcedência da presente ADIN essencialmente pautado no Direito Fundamental à Saúde e à Livre Expressão da Atividade Científica.

No voto do Ministro Carlos Alberto Direito, verifica-se a procedência parcial do pedido da ADIN, ressaltando a necessidade de controle estatal das clínicas de reprodução assistida em virtude da possibilidade de realização de clonagem humana pela falta de fiscalização. Apesar de ser defensor da vida do embrião humano, não se opôs ao progresso científico, sob o argumento da necessidade de pesquisas com células tronco embrionárias, desde que controladas pelo Estado, observados os limites da Ética Médica e mediante a proteção jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. Ressaltou em seu voto a importância de proteger a vida humana, mesmo que tenha que ser utilizado o embrião humano *in vitro*. Diante disso verificam-se as seguintes conclusões de seu voto:

1 - no caput do artigo 5º (que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias), declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, “para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões ‘pesquisa’ e ‘terapia’ como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos”.

2 - Ainda no caput do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, “para que a fertilização ‘in vitro’ seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal”.

3 - No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como “referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de

clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco”.

4 – No inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), ou que, já congelados na data da publicação da Lei 11.105, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause suas destruição”.

5 – No parágrafo primeiro, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores”²⁶.

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie explicitou o entendimento acerca da inexistência de um momento inicial da vida humana e deixou claro não ser papel do Supremo estabelecer conceitos que não estejam previstos explícita ou implicitamente na Constituição de 1988. Ao final de seu voto, manifesta-se pela improcedência da ADIN sob o argumento de que o embrião humano é formado quatorze dias após a fecundação, uma vez que, antes do término dessa etapa, o que se tem é uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo. Dessa forma, o que temos são pré-embriões *in vitro* e congelados, com uma remota possibilidade de serem aproveitados nos procedimentos médicos de reprodução assistida. Em virtude disso, entende a Ministra que ficou clara a opção legislativa de dar destinação nobre a esses embriões excedentários com remotas possibilidades de se tornarem um feto. Por isso, manifestou-se no sentido da utilização apenas dos embriões humanos inviáveis aos procedimentos médicos de reprodução assistida. Ressalta, ainda, a obrigatoriedade do consentimento dos genitores e a participação efetiva dos Comitês de Ética em Pesquisa na análise da utilização dos embriões humanos em pesquisas científicas. Tipificou como delito penal a utilização de embriões humanos em pesquisas de clonagem. Ao final, concluiu que não configura violação do princípio da dignidade humana a utilização de embriões humanos inviáveis e congelados em pesquisas científicas, tendo em vista que não teriam outro destino senão o descarte.

²⁶ Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia se manifestou pela improcedência da presente ação no sentido de legitimar a Liberdade Científica voltada para a proteção da vida humana. Nesse sentido temos:

A ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor àquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Entendo que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta - não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida²⁷.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes julgou improcedente a ADIN desde que as pesquisas científicas envolvendo células-tronco embrionárias sejam condicionadas à prévia autorização e aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, verifica-se a procedência parcial do pedido nos seguintes termos:

- i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;
- ii) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;
- iii) inc. 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;

²⁷ Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em : 1 maio 2016.

- iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado;
- v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005²⁸.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do relator e julgou improcedente a ADIN pautado no princípio da razoabilidade.

A legitimidade democrática e a construção participada do mérito e do provimento jurisdicional da ADIN 3510 se deram mediante a oportunidade ampla de apresentação de temas, argumentos e alegações pertinentes à pretensão inicialmente deduzida em juízo, bem como através do amplo debate interdisciplinar do tema, ocorrido no Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, é possível afirmar que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional final no Estado Democrático de Direito somente será garantida mediante a participação discursiva e isocrítica de todos os sujeitos afetados pelos efeitos jurídicos do provimento final, destacando-se que a sociedade civil não participou diretamente do debate de mérito das questões controversas que integraram a respectiva ação direta de inconstitucionalidade.

4 Conclusão

A efetiva da participação na construção do mérito das ações coletivas pressupõe não apenas a mera participação formal dos destinatários do provimento em sua pseudo-construção, uma vez que toda a argumentação jurídica apresentada deve ser levada em consideração quando da análise do mérito. Considerando-se o processo como um *lôcus* da discursividade ampla de todas as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo, sabe-se que a formação participada do mérito processual nas ações coletivas deve ser a forma de legíti-

²⁸ Disponível: <http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 1 maio 2016.

ma para a construção da vontade popular, de modo que as ações e o processo coletivo sejam revistos a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

A construção participada do mérito e a legitimidade democrático-discursiva do provimento jurisdicional da ADIN 3510 foi limitada em razão da taxatividade dos legitimados da ADIN que participaram do debate da questão de mérito; não houve a participação ampla e efetiva de todos os destinatários do provimento final, e a sociedade civil ficou alheia ao debate dos pontos controversos da demanda, embora seja diretamente afetada pelos efeitos jurídico-legais do provimento final. Somente seria possível afirmar que o respectivo provimento jurisdicional foi legitimamente construído de forma participada se houvesse amplo debate e efetiva oportunização de participação interdisciplinar na discussão e construção do mérito da pretensão deduzida em juízo, ou seja, se os argumentos e os temas trazidos para o processo por cada interessado difuso ou coletivo fossem realmente objeto de apreciação, debate e discursividade por parte do julgador. No momento em que o magistrado ignora ou deixa de analisar um ou mais argumentos ou questões de fato e de direito que integram o mérito, certamente teremos o cerceamento de defesa (não houve uma análise jurídica pelos Ministros do STF de todos os pontos controversos levantados e debatidos pelas partes). Importante ressaltar que a observância e a efetivação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual e do devido processo legal condicionam-se ao dever do magistrado se manifestar de forma juridicamente fundamentada sobre todas as questões suscitadas pelas partes interessadas ao longo da relação processual.

Mesmo que se considere que a ADIN 3510 represente um marco histórico no Supremo Tribunal Federal, continuam-se verificar, nos votos dos Ministros, julgamentos solitários e que, muitas vezes, não se pautaram e nem levaram em consideração os argumentos fáticos, jurídicos e científicos apresentados pelas partes interessadas no provimento final, além de não se verificar a participação direta da sociedade civil.

A proposta jurídica de mérito democrático nas ações coletivas se condiciona efetivamente à consolidação acadêmico-pragmática da Teoria Processual das Ações Coletivas como Ações Temáticas, que se trata de uma proposição teórica utilizada para pensar e repensar o processo coletivo democrático sob a perspectiva do sistema participativo.

O MÉRITO PROCESSUAL deve ser visto como um procedimen-

to bifásico através do qual as partes podem exercer o direito de participar inicialmente da definição das questões que inicialmente integrarão o objeto da demanda para, em seguida, na segunda fase, ter a oportunidade de debater, ampla e isonomicamente, todos os pontos controversos que integram a pretensão deduzida e, assim, viabilizar a construção discursivamente democrática do provimento final.

Referências

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006

POPPER, Karl R. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987. 2v.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.