

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS - UNIEVANGÉLICA
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL - MINTER
PRISCILLA SANTANA SILVA**

**A DIGNIDADE DA VIDA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um estudo acerca do processo e do
julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que versou
sobre a validade jurídica das pesquisas com células-tronco, sob as luzes do
magistério doutrinário.**

ANÁPOLIS/BRASÍLIA

2012

PRISCILLA SANTANA SILVA

**A DIGNIDADE DA VIDA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um estudo acerca do processo e do
julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que versou
sobre a validade jurídica das pesquisas com células-tronco, sob as luzes do
magistério doutrinário.**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
conclusão do Mestrado Interinstitucional em
Direito do Centro Universitário de Brasília –
UNICEUB / Centro Universitário de Anápolis-
UniEVANGÉLICA.

Orientador Prof. Dr. Luís Carlos Martins Alves
Júnior.

ANÁPOLIS/BRASÍLIA

2012

BANCA EXAMINADORA
PRISCILLA SANTANA SILVA

**A DIGNIDADE DA VIDA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um estudo acerca do processo e do
julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510, que versou
sobre a validade jurídica das pesquisas com células-tronco, sob as luzes do
magistério doutrinário.**

PROF. DR. LUÍS CARLOS MARTINS ALVES JR.
ORIENTADOR

PROF. DR. DAURY CESAR FÁBRIZ
EXAMINADOR

PROF. DR. GERMANO CAMPOS SILVA
EXAMINADOR

ANÁPOLIS/BRASÍLIA, 26 de outubro de 2012

Dedico este trabalho à minha família, meu bem maior, em especial, às minhas filhas, Rebecka Santana Ribeiro e Sarah Santana Ribeiro - tesouro inestimável - razão das minhas lutas e da minha busca pelo saber, pois é através dele que poderei dedicar a elas uma educação que as provoque para a vida, que as torne melhor como “ser humano”, comprometidas com o próximo, com a cidadania.

*Agradeço a Deus, Senhor e Autor da minha Vida, pela bênção concedida, através deste trabalho, de
mais um aprendizado.*

*Ao meu professor, orientador, Dr. Luis Carlos Martins Alves Jr., que com dedicação e compromisso
demonstrou-se presente nas horas mais difíceis na (des)construção do pensamento a que me propus
desenvolver sobre o tema - minha eterna gratidão!*

*Ao corpo docente do mestrado, que tanto contribuiu para o meu conhecimento, muito obrigada!
Aos colegas de trabalho, que tanto me incentivaram e ajudaram com a leitura deste texto, oferecendo
críticas, emitindo opiniões acerca do tema, meus sinceros agradecimentos.*

*Por fim, obrigada à Uniceub e, em especial, à Unievangélica, que graças à parceria que formaram,
tornaram possível o oferecimento de estudos primorosos, via especialização 'stricto sensu'.*

Essa dialética, implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme o direito, coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais

(PERELMAN, 2004, p. 116).

RESUMO

O presente trabalho estuda o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.510, que versou a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgou-se não haver violação do direito à vida do embrião pré-implanto nos casos em que não possui potencialidade de se tornar pessoa. O estudo visita a hermenêutica jurídica (com ênfase no direito constitucional) através das leituras do magistério doutrinário (Hans Kelsen, Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Eros Grau, Ingo Wolfgang Sarlet, Virgílo Afonso da Silva), os pertinentes textos normativos (Constituição Federal, Lei Federal), as manifestações das partes interessadas (O Procurador Geral da República, a Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e os ‘*amici curiae*’) e os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, avançando nas argumentações de modo a averiguar a coerência narrativa e a consistência normativa dos votos dos ministros à luz dos textos compilados. O primeiro capítulo, apresenta as concepções do magistério doutrinário acerca da hermenêutica jurídica e, o segundo capítulo, visita a ADI n. 3.510, analisando o julgamento proferido pela Corte, se compatível com o texto constitucional. O problema jurídico a ser enfrentado é verificar se o Supremo Tribunal Federal julgou coerentemente, conforme a Constituição Federal, ao decidir que a Lei 11.105/95, em seu artigo 5º, é constitucional, permitindo pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias humanas, por compreendê-las como vida não viável, logo, não lhes sendo aplicável o princípio da dignidade da pessoa humana. Para que o trabalho logre êxito, adota como metodologia a revisão bibliográfica e a análise de textos discursivos.

Palavras-Chave: Direito constitucional. Direitos fundamentais. Dignidade humana. Células-tronco. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present work studies the judgment pronounced for the Supreme Federal Court, in files of legal documents of the Direct Action of Inconstitucionalidade (ADI) N. 3.510, that the constitutionality of the research with cell-trunk turned embryonic. It was judged not to have breaking of the right to the life of the embryo daily pay-I implant in the cases where it does not possess potentiality of if becoming person. The study it visits the legal hermeneutics (with emphasis in the constitutional law) through the readings of the doctrinal teaching (Hans Kelsen, Chaïm Perelman, Ronald Dworkin, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Eros Degree, Ingo Wolfgang Sarlet, Virgílo Alfonso Da Silva), the pertinent normative texts (Federal Constitution, Federal Law), the manifestations of the interested people (the Attorney general of the Republic, Law-Generality of the Union, the National Congress and `amici curiae') and the votes of the ministers of the Supreme Federal Court, advancing in the arguments in order to inquire the coherence narrative and the normative consistency of the votes of ministers to the light of the compiled texts. In the first chapter, it presents the conceptions of the doctrinal teaching concerning legal hermeneutics e, in as chapter, visits ADI N. 3.510, analyzing the judgment pronounced for the Cut, if compatible with the constitutional text. The legal problem to be faced is to verify if the Supreme Federal Court judged coherently, as the Federal Constitution, when deciding that Law 11,105/95, in its article 5º, is constitutional, allowing embryonic to therapeutical research with células-trunk human beings, for understanding them as not viable life, then, them not being applicable the beginning of the dignity of the person human being. So that the work cheats success, it adopts as methodology the bibliographical revision and the analysis of discursivos texts.

Palavras-Chave: Constitucional law. Basic rights. Dignity human being. Cell-trunk. Right action of Inconstitucionalide N. 3.510. Supreme Federal Court.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
2.1 A contribuição de Hans Kelsen.	14
2.2 A contribuição de Chaïm Perelman	22
2.3 A contribuição de Ronald Dworkin	35
2.4 A contribuição de Tércio Sampaio Ferraz Jr	45
2.5 A contribuição de Eros Grau	53
2.6 A contribuição de Virgílio Afonso da Silva	65
2.7 A contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet.....	75
2.8 Considerações Parciais	86
3 O PROCESSO E O JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE N 3.510.....	87
3.1 O caso submetido ao Supremo Tribunal Federal	87
3.2 A petição inicial da Procuradoria-Geral da República	88
3.3 As manifestações da Advocacia-Geral da União e do Congresso Nacional Federal	90
3.4 Das manifestações na audiência pública e os “amici curiae”.	95
3.5 Das manifestações dos ministros pela improcedência da ADI N 3.510.....	106
3.5.1 Ministro Relator Ayres Britto	107
3.5.2 Celso de Mello	112
3.5.3 Joaquim Barbosa	113
3.5.4 Ellen Gracie.	114
3.5.5 Carmem Lúcia	115
3.5.6 Marco Aurélio	116
3.6 Das manifestações dos ministros pela parcial improcedência da ADI N 3.510	117
3.6.1 Cezar Peluso	117
3.6.2 Eros Grau	119
3.6.3 Gilmar Mendes	120
3.6.4 Menezes Direito	121
3.6.5 Ricardo Lewandowisk	129

3.7 Comentários dos votos	131
3.8 Considerações parciais	142
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	149

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto de estudo o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.510. A matéria discutida nesta ação questionava a constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/95 – Lei de Biossegurança, que autoriza a utilização de embriões humanos, em específico, via clonagem embrionária, para fins de pesquisa e terapia.

Pelo fato de o julgado envolver a aplicação, ou não, do princípio da dignidade humana às células-tronco embrionárias, a proposta temática pretende apresentar o desenvolvimento da interpretação¹ dada ao caso.

Como o acórdão entendeu pela inexistência da violação deste princípio posto não haver ofensa ao direito à vida sob a perspectiva de possibilitar tratamento àqueles que sofrem de patologias, o que requer a continuidade das pesquisas com embriões humanos, este trabalho objetiva averiguar a hermenêutica aplicada para o caso, apresentando os pontos centrais dos votos proferidos por cada ministro, para a seguir, ponderar-lhes a argumentação à luz das leituras feitas do magistério doutrinário.

O estudo se justifica diante do entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da abrangência e aplicação do princípio da dignidade humana, e pelas argumentações tecidas que levaram ao julgamento final, ao considerar os direitos da pessoa humana, protegidos pelo Magno Texto Federal, referentes apenas ao indivíduo-pessoa. E, ainda, pretende averiguar a coerência narrativa e a consistência normativa da conclusão do julgado de que o embrião não possui possibilidade de desenvolver-se autonomamente, não obstante entender que cada etapa do desenvolvimento humano deve ser protegida, mas pelo direito comum, razão pela qual foi declarada improcedente a ação, decidindo-se que a Lei de

¹ Sobre o tema merece destacar as obras de: H. Arendt. “A Condição Humana, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002; A. P. Barcellos. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; E. C. B; Bittar. “Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade”, in: A. Almeida Filho: P. Melgaré (Orgs). Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos. São Paulo: Malheiros, 2010; P. Bonavides. “Curso de Direito Constitucional”, 8ª ed. São Paulo. Malheiros, 1999; J. J. G. Canotilho. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999; D. C. Fabríz. “Bioética e Direitos Fundamentais”. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011; C. L. A. Rocha. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social”, In: Revista Interesse Público, nº 04, 1999; R. Rocha. “O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008;

Biossegurança é um conjunto normativo que tutela a dignidade, intrínseca, de toda a forma de vida humana.

Diante das propostas apresentadas, o trabalho, num primeiro momento, visita as leituras dos magistérios doutrinários acerca da hermenêutica jurídica e a aplicação dos direitos fundamentais, em específico, da dignidade humana, como princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro. E, a seguir, discorre sobre o processo e o julgamento da ADI, apresentando o caso submetido ao tribunal federal, a petição inicial da procuradoria-geral da república, as manifestações da advocacia-geral da união, do congresso nacional, na audiência pública e dos “*amici curiae*”, e os votos dos ministros.

Com fundamento no magistério doutrinário, apontam-se os aspectos relevantes dos votos proferidos no julgamento da ADI N 3.510, a motivação que levou à consagração de uma norma de decisão, refletindo acerca da lógica dos mesmos.

Tendo por norte a proposta apresentada de uma lógica interpretativa, que propõe o estudo das técnicas discursivas, a análise dos votos parte, então, das teses proferidas pelos ministros, se consoante ao ordenamento jurídico pátrio e a recepção das mesmas pela sociedade.

Em se tratando do tema, que envolve as concepções constitucionais quanto à tutela dada à vida e a dignidade conferida à mesma, inevitavelmente, o início em que estas se configurariam passou a ser objeto de indagação. Por isso, são apresentados o significado e o alcance dado, pelo Supremo Tribunal Federal, às expressões: vida e dignidade - partindo-se, das prenoções a elas atribuídas – para, a seguir, averiguar se houve acordo acerca da significância que passaram a assumir juridicamente.

Retomando-se a importância de se atribuir sentido e alcance às expressões vida e dignidade para o caso em análise, o uso da razão prática se justifica pelo fato de tais expressões abrangerem várias concepções, o que, inevitavelmente remete ao problema concernente à escolha e decisão, no caso, jurídica, de qual sentido melhor se adequaria à situação. A argumentação, então, passa a ser o norte para tal aferição.

Nessa proposta, averigua-se, como pressuposto da análise dos votos, se a argumentação desenvolvida nos votos pode ser considerada superior do ponto de vista teórico, vez que não se direciona a um auditório especializado, mas sim, ao auditório universal – por defender argumentos que sejam admitidos por qualquer pessoa, consoante proposta dos Tópicos jurídicos. Ressalva-se, nesse ponto que para a argumentação obter a adesão desse auditório, a persuasão torna-se o ponto chave em busca do contado das mentes,

num sentido ainda muito mais restrito – o de convencer, o que, por sua vez, requer o conhecimento do auditório para o qual o argumento é desenvolvido, das teses por ele, a princípio, admitidas. Portanto, deve-se partir do conhecimento que o auditório apresenta acerca de certos padrões semânticos, de seus valores, das noções que carregam acerca dos mesmos.

Com vistas a se alcançar um acordo argumentativo entre as partes - direta ou indiretamente, interessadas no julgado, ou seja, a sociedade brasileira - e que leve à coerência deliberativa para o caso, necessário se faz destacar a importância da linguagem e seu significado – seja no campo do senso comum, seja em sua especificidade jurídica

Sendo assim, o senso comum irá permear o acordo acerca de teses obtidas por conta do significado dado a uma expressão, para a seguir, dimensionar o sentido desta última dentro de uma linguagem particular, como é a jurídica. Ocorre que tal dimensão não se pode dar aleatoriamente – insista-se: há uma lógica para tal.

O problema retoma, então, quando ao sentenciar, o STF, dada a sua importância como Corte Suprema, defensora da ordem constitucional, determina a significância e abrangência de expressões a partir de teses motivadas sob a ótica constitucional. Pronunciando-as como órgão legítimo para tanto, o STF repassa-as à sociedade como palavras de ordem – dotadas de poder. E, este significado, ao final, obtido como norma de decisão deve ser valorado, questionado em sua coerência – sobretudo considerando ser um fato a evolução que uma linguagem assume. Porém, esta não se pode dar sem razão, partindo-se do seguinte pressuposto: de que a língua formal, é na verdade, uma adaptação da língua natural, e não o contrário.

Em prol de um raciocínio que possibilite a análise de uma prática argumentativa, no presente estudo, dos votos proferidos na ADI N 3.510, adotei como ponto de partida para tanto, as considerações, de ordem geral, levadas em conta para o julgado em questão. Nesse propósito, foram apontadas as referências e observações dadas ao caso pelas partes interessadas, e a seguir, pelos votos dos ministros

Tecidas as considerações gerais, delineadoras de cada voto, busquei tratar a coerência das mesmas com a matéria – específica do campo jurídico – que envolve a lide, porém orientada sob o manto da Constituição Federal brasileira – de modo que, no caso da ação que envolve as expressões: vida e dignidade, fosse possível precisar os fins que as matérias jurídicas atinentes ao caso visam ao tratar das mesmas.

Enfim, a monografia tem como objetivos refletir acerca do julgamento da ADI n. 3.510, proferido pelo Supremo Tribunal Federal, predicar se tal julgado foi coerente, ou não, com o sistema jurídico que norteia a justiça brasileira, que por sinal, não é aleatório, sequer arbitrário, ao contrário, é racional e estruturado, porém limitado, razão pela qual, requer-se um grau de constituição e procedimentos para aferição da coerência do discurso jurídico produzido.

Para lograr êxito, o trabalho adota, por metodologia, a revisão bibliográfica e análise de textos discursivos, tendo por embasamento teórico o estudo de autores renomados acerca da matéria.

2 A HERMENÊUTICA JURÍDICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente capítulo visa apresentar as concepções do magistério doutrinário acerca da hermenêutica jurídica, tida como instrumento de compreensão dos fatos e interpretações de textos com vistas à aplicação da solução ao caso concreto, e ainda, apontar como a mesma é compreendida pela doutrina nos casos em que se faz necessário interpretar e aplicar os direitos fundamentais.

2.1 A contribuição de Hans Kelsen

A Teoria Pura do Direito é um marco referencial do pensamento jurídico do Ocidente haja vista que reconheceu ao Direito a condição de ciência. Através de tal teoria, o seu idealizador, Hans Kelsen, redimensionou o tratamento dispensado pelos filósofos e estudiosos acerca do que seria o estudo jurídico e sua aplicação.

Tal teoria tem por objetivo apresentar os elementos essenciais da teoria do Direito, dentro da qual se devem extrair todos os elementos das normas jurídicas, com vistas a garantir-lhe, assim, a isenção de influências ou motivações; por esta razão faz críticas à jurisprudência, no sentido de que a interpretação, que esta se utiliza por vezes, não se perfaz através de uma teoria, que requer para tanto, objetividade, mas através de critérios subjetivos.

Essa proposta é apresentada num contexto histórico em que o Direito era “visto” como “resposta” ao interesse de grupos poderosos, do império austro-húngaro, e por isso, tinha por critérios de sua aplicação e eficácia, interesses particulares, muito além ou aquém da razão de ser de uma norma que se pretendesse, no mínimo, “clara”, coerente e justa, no sentido de adequada quanto a sua aplicação ao caso em lide, em conformidade aos ditames legais – por isso de se propor uma teoria pura, segundo a qual seria vista como ciência justamente por afastar-se de toda e qualquer subjetividade, fulcrando-se num sistema objetivo que levasse à legitimidade e eficácia da aplicação jurídica (KELSEN, 2009, pp. 42-45).

Para melhor elucidação da teoria proposta, mister antes se faz tecer breves comentários acerca da história que precedeu a tal iniciativa do autor. A época em que a tal teoria foi construída, vigorava a orientação de que a ciência do Direito era uma ciência

natural, do espírito. Essa era a visão positivista do século XIX segundo a qual haveria um Direito Natural², anterior à lei posta - positivada, e que seria premissa para a construção do Ordenamento Jurídico.

O período envolto à Primeira Guerra Mundial foi determinante para repensar o Direito como ciência, fato este que passou a ser questionado e discutido através da Escola Neopositivista do Círculo de Viena, que tinha por traço marcante, do seu discurso filosófico, a tendência antimetafísica. Nesse contexto, Kelsen propõe uma ciência que fosse autêntica, no sentido de eximir-se de qualquer raciocínio jurídico-político: que por sua natureza estava inserto de valores – e estes seriam subjetivos, logo não poderia alçar-se como científico. Nesse propósito, o embate envolto acerca da Teoria Pura do Direito³ dá-se pelo fato de que, através da mesma, não mais seria possível o discurso político, seja sobre ela ou através dela, por isso de sua pureza, científica, em face de sua independência, como ciência, galgada pela livre investigação, não sendo mais possível pensar-se da “ciência” do direito como sendo liberalista, fascista, religiosa, etc (KELSEN, 2009, pp. 5-11).

Portanto, Kelsen propõe a construção de uma Teoria que fosse Pura no sentido de possibilitar a livre investigação do direito – por isso, consagrar-se como ciência, ao propor-se objetiva. Nesse intuito, imprime à ciência um campo afastado das inquietações do espírito ao propô-la objetiva e exata.

A presente teoria tem por objeto de estudo o Direito Positivo, envolto pela questão filosófica acerca do “mundo do ser” e do “dever ser”. Trata-se, portanto, de uma teoria da dogmática jurídica segundo a qual a validade das normas estaria no fato de que sua existência para o “mundo” do “dever ser” requereria uma fundamentação – que encontraria, por sua vez, justificativa na teoria da norma fundamental. Nesse pressuposto, ter-se-ia que o objetivo de tal

² O raciocínio judiciário, tal como é atualmente concebido, não permite estabelecer uma distinção tão nítida quanto no século XIX entre o direito natural e o direito positivo. De fato, se o direito positivo é o direito tal como funciona efetivamente em dada sociedade, ele já não coincide com os textos promulgados, pois de um lado os princípios gerais e as regras do direito não escrito virão limitar ou estender o alcance das disposições legislativas e, do outro, certos textos legais, por um outro motivo, deixam de ser aplicados, ao menos em toda a sua generalidade e, embora formalmente válidos, vêem sua eficácia diminuída de modo imprevisível (PERELMAN, 2004, p.186).

³ Na construção dessa teoria, Kelsen é marcado pela Filosofia Acadêmica do Ceticismo, segundo a qual é atacada, numa visão geral, a ideia da verdade objetiva, admitindo-a apenas para as alegações descritivas, como as contidas na matemática ou na física, por exemplo. Logo, para tal corrente de pensamento, as alegações valorativas, tais como as morais, éticas e outras, não poderiam ser consideradas verdade objetiva, posto que carregadas de valores, portanto, isentas de um raciocínio lógico, que garantisse a constatação da verdade, quando esta obtida por critérios objetivos – sistematizados (PERELMAN, 2004, pp. 92-94).

teoria era o de descrever o objeto da ciência jurídica objetiva, circunscrevendo-se à análise do Direito positivo como realidade jurídica (KELSEN, 1998, pp. 83-88).

Nessa proposta, a Teoria Pura do Direito se constrói como ciência ao ser capaz de produzir uma verdade objetiva, por isso passível de raciocínio lógico formal, desde que produtora de alegações descritivas. Nesse entendimento, para tal teoria, a norma descreveria uma disposição válida, enquanto que o seu enunciado não valeria, posto que sujeito à valoração, por isso da proposta da mesma no sentido de que as disposições jurídicas, quando descritivas, seriam passíveis de investigação quanto a sua função. E, ainda, teria por objetivo, evidenciar a estrutura do Direito Positivo, através das regras da lógica, que levariam às proposições suscetíveis de verdade. Então, numa visão geral da norma, não haveria a produção da verdade objetiva, pelo fato de não haver lógica nas normas, mas, haveria a verdade quanto às proposições descritivas das normas, desde que disposições jurídicas (KELSEN, 1998, pp. 62-66).

Nessa busca pela ciência, como revelação da verdade, tem-se, portanto, a adoção de uma postura cética, visto que aquela, só se configurava quando extiparda de valores. Assim sendo, para a filosofia acadêmica do ceticismo, que combatia o caráter ideológico da doutrina jurídica tradicional para a qual se inclinava a Teoria da Direito Natural, a norma jurídica não era mais entendida como juízo hipotético, postura adotada pela Teoria Pura do Direito, como associação específica de um fato, expresso de maneira condicionada, mas sim, “como proposição jurídica, que apresenta a forma básica da lei” (KELSEN, 2009, p. 97).

Nessa ótica do ceticismo ao qual Kelsen se filiava, as alegações valorativas eram negadas, já que não haveria verdade nas concepções de moral, ética, justiça... Porém, essa verdade, quando objetiva, seria admitida, para as alegações descritivas. É nessa proposta que se embasa a Teoria Pura do Direito, uma “teoria da dogmática jurídica”, vez que contempla, normativamente, regras efetivas, impostas por homens para homens, isto é, dispositivos de dever ser, como normas; daí a consequência antijurídica – “a lei jurídica associa condição jurídica à consequência jurídica” – formando-se um entrelaçamento dos fatos que se dá pela imputação. Assim sendo, “a consequência jurídica, pelo fato antijurídico, tem sua razão de ser ao atribuir-se à condição jurídica – esse é o sentido do enunciado” (KELSEN, 2009, p. 97).

A Teoria Pura do Direito, então, “liga-se ao empirismo lógico, no empenho pelo conhecimento racional e a ética da pureza metódica”; nessa proposta trata-se, num sentido

filosófico, de uma teoria realista, haja vista “a validade das normas como fenômeno específico na esfera do dever ser” (KELSEN, 2009, p. 46).

Porém, a Teoria Pura do Direito apresenta dois problemas. O primeiro deles relaciona-se ao conflito das normas, que se resolve “mediante regras de direito”, utilizando-se do brocardo jurídico: “a lei posterior derroga a anterior”. Já o segundo problema, dá-se em torno do silogismo normativo, o qual diferencia os processos intelectuais da ciência do direito dos de execução e aplicação do direito, e é neste campo que se dá o embate em torno do tema quando da decisão do juiz, já que a ciência do direito não pode ser decisão deste – logo, a interpretação, para o referido autor, não é ciência, mas sim, política, justamente por se tratar de alegações valorativas, não passíveis de verificação, de verdade (KELSEN, 1998, pp. 193-197).

Portanto, a proposta de Hans Kelsen foi criar, metodologicamente, uma teoria que fosse pura quanto ao método silogístico de aplicação da norma pela norma. Porém, tal teoria mostrou-se incapaz, como o próprio Kelsen admitia, de garantir uma lógica formal para o julgador quando da interpretação da lei. Nesse sentido, para o referido autor, o juiz, quanto à interpretação da lei, procederia livremente; logo, para este campo, não haveria racionalidade, mas apenas a vontade⁴ do julgador ao emitir sua decisão que, na imputação⁵, por sua vez, como construção normativa, vincula os termos da norma.

⁴ Assim como o legislador não interpreta a constituição, mas decide votar certas leis, em virtude do poder legislativo que a constituição lhe atribui, assim também o juiz, ao aplicar a lei, não tem como missão dizer qual é seu sentido correto (*richtig*), mas decidir de fato, prolatando seu aresto, qual é, dentre as interpretações possíveis da lei, aquela que ele quer favorecer na ocorrência: sua decisão, assim como a do legislador, não é segundo Kelsen, a expressão de um conhecimento, mas um ato de vontade. A motivação de uma decisão judiciária, bem como o preâmbulo que justifica um projeto de lei, pertence não à teoria do direito, mas à política jurídica, sendo mister dissociar nitidamente uma da outra (PERELMAN, 2005, pp. 475).

⁵ Kelsen propõe, nestes termos, uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a normas ou a relações entre normas. O princípio de sua proposta está numa radical distinção entre duas categorias básicas de todo o conhecimento humano: ser e dever ser, a partir da qual se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen reconhece que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto de uma Sociologia, História, Antropologia, Psicologia, Ética etc. Para a Ciência do Direito *stricto sensu*, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é *pela sua especial forma normativa*. Um dos conceitos-chave ao qual Kelsen dá um especial tratamento é o da vontade. Para ele, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do direito: a chamada *imputação*. *Imputação* é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, donde temos a noção de delito: o comportamento que evita a pena e não é imputado nos dá a noção de *dever jurídico*: assim, sujeitos de direito nada mais são do que centros de imputação normativa e *vontade*, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 37).

Assim sendo, em face da imputação, reconhece-se a função de aplicador do direito ao julgador. E a aplicação do Direito, por sua vez, está direcionada à determinação ou indeterminação de seu ato, como ocorre em casos de lacunas⁶ da lei.

O ato de aplicação do Direito é vinculativo e determinado no sentido de se reconhecer a relação jurídica existente entre uma legislação superior e outra inferior. Assim, há uma ordem jurídica, reguladora do processo, do conteúdo da norma e do ato executivo, que se manifesta através dessa relação, segundo a qual “a norma do escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior” (KELSEN, 2009, p. 388). Ocorre que:

Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer (KELSEN, 2009, p. 388).

É nesse ponto que a interpretação se torna inevitável quando da indeterminação, total ou parcial, do ato jurídico em que o direito será aplicado. Tem-se, então, que “quer seja um ato, de criação jurídica quer seja um ato de pura execução é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado” (KELSEN, 2009, p. 389).

Ocorre que, mesmo quando se reconhece tal indeterminação, há “um quadro ou moldura” para o qual esta deve se adequar. Caso contrário, o que se teria, quando de um ato que se formasse fora desse “quadro ou moldura”, seria a arbitrariedade do julgador na aplicação do Direito.

Assim, o estabelecimento ou fixação de uma norma simplesmente geral opera-se sempre – em correspondência com a natureza desta norma geral – sob o pressuposto de que a norma individual que resulta da sua aplicação continua o processo de determinação que constitui, afinal, o sentido da

⁶ O preenchimento da chamada lacuna do Direito é uma função criadora de Direito que somente pode ser realizada por um órgão aplicador do mesmo; e esta função não é realizada pela via da interpretação do Direito vigente (KELSEN, 2009, p. 395).

seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas (KELSEN, 2009, p. 389).

Logo, apesar de se reconhecer várias possibilidades à aplicação jurídica, esta deve ser dar em consonância ao Direito para que se repute legítima, “pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível” (KELSEN, 2009, p. 390).

Vale esclarecer que a indeterminação do ato jurídico nem sempre é intencional, já que também pode decorrer da pluralidade de significações de uma expressão – e nesse sentido a interpretação, mais uma vez, torna-se imprescindível quando da busca do sentido ideal ou real expresso através de certas palavras. Mas, reitera-se:

Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 2009, p. 391).

Logo, o ato interpretativo não pode ser objetivo, por não lhe ser possível elaborar um método que seja capaz de, nos parâmetros do positivismo, indicar uma única decisão como correta. Por direcionar-se pela vontade do órgão julgador, esse ato é simplesmente volitivo, mas deve se constituir dentro da moldura jurídica – campo específico para o qual se constrói o Direito – e uma vez indicada a solução para o caso – esta, então, tornar-se-á, como ato decisório, o Direito positivo. Nesse sentido, para Hans Kelsen:

Apesar de todos os esforços da jurisprudência tradicional, não se conseguiu até hoje decidir o conflito entre vontade e expressão a favor de uma ou da outra, por uma forma objetivamente válida. Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto. (...) É um

esforço inútil querer fundamentar “juridicamente” uma, com exclusão da outra (KELSEN, 2009, p. 392).

Reforça-se que mesmo quando da aplicação da Constituição, como parâmetro interpretativo, ao caso litigioso, não se é possível determinar a única lei correta, por isso que o juiz, ao julgar, com órgão aplicador do Direito, é um criador deste último, sendo, por todo o exposto, relativamente livre nesta função (KELSEN, 2009, p. 393).

Em todo o caso, o que se deve atentar é para a adequação da hermenêutica à “modura” jurídica, posto que esta irá direcionar a atividade cognoscitiva do juiz - por sua vez de livre apreciação -, à luz do Direito positivo. Portanto, toda a aplicação interpretativa que se der para além dessa moldura:

não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo (KELSEN, 2009, p. 389).

Então, como bem adverte Hans Kelsen, a liberdade do ato interpretativo leva, por conseguinte, à produção do Direito; e sobre este, criado dentro da norma jurídica aplicada, positivamente, não se é possível delegar “certas normas metajurídicas como a Moral, a Justiça, etc”. Entretanto, caso o fosse, estas também, “transformar-se-iam em normas de Direito positivo” (KELSEN, 2009, p. 394).

Diante dessa liberdade do órgão aplicador das normas, que via de consequência, cria o Direito, a interpretação por este realizada é chamada de autêntica, posto que criadora do Direito, mesmo quando apenas se aplica a um caso concreto “quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção”. Assim sendo, “da interpretação através de um órgão aplicador do Direito distingue-se toda e qualquer outra interpretação⁷ pelo fato de não ser autêntica, isto é, pelo fato de não criar Direito” (KELSEN, 2009, p. 395).

⁷ Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas um das várias interpretações possíveis da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, de entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função

Assim, Kelsen não se dispôs a fazer uma teoria da argumentação; sendo cartesiano na sua concepção de ciência, a aplicação da norma não é um problema científico para ele, já que não há um silogismo para o enquadramento de uma norma, tratando-se, portanto, para o referido autor, de um ato discricionário. Por isso, ser a interpretação, para a Teoria Pura do Direito, política e não ciência⁸. Pretende, portanto, a referida teoria descrever unicamente o objeto da ciência jurídica objetiva, posicionando-a no campo da ciência, e não mais como era vista a ciência do direito, como ciência natural, do espírito. Logo, apenas o sistema de normas pode ser descrito – Direito Objetivo. A norma, então, é um “dever ser”.

A Teoria Pura do Direito, nesse entendimento, insurge-se contra as intenções políticas e tendências ideológicas, já que apresenta o direito como é, “sem legitimá-lo como justo ou desqualificá-lo como injusto – porta-se como ciência, sem compromisso com nada” (KELSEN, 2009, p. 81). Existe um objeto que é puramente jurídico, que é a norma. Porém, ao tratar da aplicação da norma, já não mais há em que se falar de ciência para o autor, que adota uma neutralidade científica, e para o juiz, não há neutralidade, pois ao aplicar a norma, o faz como um ato político. Assim, a Teoria Pura do Direito pensa a norma pela norma, e descreve o dever ser a partir de suas relações de imputação, sendo que os fatos não estão na órbita da ciência do direito, já que o que está em jogo é a relação da norma com a sua consequência (KELSEN, 1998, p. 133).

O Direito, então, se dá no sentido de reconhecer a necessidade de normatização com vistas a garantir a paz e a justiça sociais. Nesse importe, vários estudos foram desenvolvidos acerca do ideal de um Direito que fosse, o quanto possível, o mais justo. Nesse

jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem (KELSEN, 2009, p. 389).

⁸ A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito (KELSEN, 2009, p. 393).

afã é que se consagra, nos meios acadêmicos, a importância da Teoria Pura do Direito como resultado dessa busca, incansável, de se racionalizar, ponderar e minimizar conflitos – o que reflete, em contrapartida, a natureza humana controversa: posto que ao reconhecer a importância de mecanismos de controles sociais, como o é a norma jurídica, constata, por conseguinte, o “estado de guerra”⁹ que impe a condição do indivíduo, como ser humano que é – conflituoso. Nesse aspecto, constrói-se o Direito à luz de um sistema condicionado à paz e justiça.

Por fim, não obstante a importância dos estudos de Hans Kelsen sobre o tema, fato é que a realidade de uma sociedade que está em constantes mudanças, requer, igualmente pelo fato de reconhecer-se democrática, o diálogo, o repensar de leis dogmáticas que, ao se justificarem lógicas por sua neutralidade, incoerentemente, levam, por vezes, a abusos sociais incompatíveis com a razão de ser do Direito, qual seja: a busca pela paz e a justiça. E, é nesse importe que se passa a discorrer e analisar a proposta de uma lógica, que se consagre jurídica, a partir dos ideais de uma nova retórica.

2.2 A contribuição de Chaim Perelman

Para melhor compreendermos o que vem a ser o Direito, antes se faz necessário discorrer acerca de como o mesmo tem sido “pensado” no Ocidente. “Desde a instauração, em 1790, da obrigação de motivar as decisões judiciais, é na motivação dos tribunais que encontraremos as melhores amostras da lógica jurídica” (PERELMAN, 2004, p. 29).

A maneira pela qual se chega a uma conclusão, no caso específico do raciocínio jurídico: a uma sentença, tem sido objeto de controvérsias haja vista a preocupação com o

⁹ A visão de Hobbes, de política como ciência, tem como diretriz o pensamento não empírico, que adota, já que como matemático que era, utiliza-se de dedução, não dependente da experiência para a configuração da verdade. É nessa linha de raciocínio que passa a conceber critérios para o alcance da paz, e mesmo da justiça, pois parte da concepção de que o homem, em sua natureza, é ruim, no sentido de ser ganancioso, avarento, egoísta, sendo que, por isso mesmo, busca na figura do Estado, a garantia para se viver em sociedade, através da paz que é o resultado da cessação do estado de guerra, este inerente à condição do homem natural (...). Antes do Estado Social, o que se tem não é o direito, que visa impor limites para se viver em coletividade, mas sim, o estado da natureza, que se traduz no caos, logo, para Hobbes, segundo sua obra, *Leviatã*, esse estado não poderia conter as premissas do direito e da justiça, fundamentos da concepção jusnaturalista, pois sendo os homens livres, podem tudo, e por isso, não têm nada; não há, por isso, de se perquirir o direito. Ao contrário dessa posição, reitera-se, os jusnaturalistas defendiam que o ser humano gozava de um direito natural, numa visão singular do indivíduo, já que este pode reivindicar seus direitos independentes de positivação, pois inerentes à própria condição humana (SILVA, 2011, p.30 e 32).

acerto da resposta que é dada para um caso em lide, e que, indubitavelmente, trará reflexos à sociedade, posto que abrirá precedentes a outras situações similares, ou até mesmo, requererá uma modificação do teor da sentença que coadune com a evolução social.

Então, a lógica que permeia as decisões judiciais passou a ser “orientada pela ideologia que guia a atividade dos juízes, pela forma como eles concebem seu papel e sua missão, pela concepção deles do direito e pelas suas relações com o poder legislativo” (PERELMAN, 2004, p. 29).

Reconhecendo-se que, na atualidade, o raciocínio jurídico requer uma renovação de sua concepção, sobretudo por conta da celeridade que permeia as relações sociais, alcançando, por conseguinte, o sistema judiciário, é que já não se é possível pensar a aplicação do Direito de uma maneira positivista.

O positivismo jurídico - defendido pela escola da exegese, segundo a qual a aplicação dos textos jurídicos se daria através de uma concepção analítica e dedutiva, e a seguir, igualmente defendido na escola funcional ou sociológica, que segundo esta a interpretação dos textos legais deveria coadunar com a vontade do legislador - torna-se impraticável diante dos casos de omissão da lei, em que o juiz, ao aplicar o direito, precisa recorrer-se à valoração e à interpretação, posto que, ideologicamente, é “negador de qualquer filosofia dos valores” (PERELMAN, 2004, p. 91).

Sob esses parâmetros, com vistas a se adequar a lógica à realidade da prática judiciária, é que o raciocínio vinculado às decisões judiciais requer uma renovação de sua concepção¹⁰, posto que a valoração torna-se presente quando do ato interpretativo do juiz na aplicação da norma ao caso em julgamento. Nesse sentido, não há como considerar tal valoração arbitrária, fora de uma lógica, ou de uma razão que justifique as escolhas da mesma, e que o positivismo, defendido por Hans Kelsen¹¹, não admitiria por força da lógica

¹⁰ Esta tendência para aumentar o poder dos juízes na elaboração do direito acentuou-se em decorrência dos danos causados pelo regime nacional-socialista e da repercussão mundial do processo de Nuremberg. O saudoso professor Marcic falou, a esse respeito, da transição do Estado governado pelas leis ao Estado governado pelos juízes. Com essa nova visão das relações entre o legislativo e o judiciário, vai de par a uma concepção renovada do raciocínio jurídico, especialmente judiciário, que parece impor-se no Ocidente, na segunda metade do século XX (PERELMAN, 2004, p.89).

¹¹ Se é incontestável que o direito é um meio visando à realização de fins sociais de toda espécie, só tem como objeto o estudo dessas normas e dos significados delas, independentemente das consequências que resultariam de sua aplicação. Todo recurso a uma interpretação teleológica das normas jurídicas sai, segundo o nosso autor, dos âmbitos da ciência do direito e pertence à política jurídica. A teoria pura do direito se caracteriza, como acabamos de mostrar mui brevemente, por um intransigente dualismo que opõe, de um lado, o ser ao dever-ser, a realidade ao valor, o conhecimento à vontade (e, conjuntamente, as ciências da natureza às ciências do espírito, a natureza à sociedade, assim como a causalidade à imputabilidade) e, de outro, o direito à moral, e o direito

analítica, defendida para justificar um Direito como ciência, livre de filosofias, interesses políticos e até pessoais, inclusive do juiz, no seu ato de julgar.

Ora, diante dessa conclusão, a problemática, então, volta-se ao julgamento quando da necessidade de interpretação de uma norma¹². Em sendo assim, a preocupação dos estudiosos do tema é acerca do subjetivismo do julgador, dos pontos de vista que o mesmo acaba imprimindo à decisão, o que poderá comprometer a justiça e a paz sociais.

Todos procuram, não obstante, limitar à sua maneira, a arbitrariedade daqueles que imporiam leis unicamente em nome da força de que dispõem. As leis deveriam amoldar-se, quer a uma realidade prévia, quer a um sistema racional, concebido com o intuito de realizar um fim ideal. Pois uma regra justa não é arbitrária. Deve possuir um fundamento justificativo sem razão, mesmo que esse fundamento não suscite um acordo unânime (PERELMAN, 2005, p. 76).

Portanto, o que há de comum entre os autores contemporâneos é a busca de limites da atuação do juiz de maneira tal que sua decisão não descambe à arbitrariedade do julgamento. Chaim Perelman, por sua vez, retoma os estudos clássicos acerca da retórica e da dialética¹³, apresentando uma reeleitura dos trabalhos empreendidos por Aristóteles acerca da argumentação:

positivo ao direito natural. A ciência do direito, por ser o conhecimento do direito positivo, tem de eliminar implacavelmente todas as considerações que são, por essência, alheias ao seu objeto e introduzem subrepticiamente, por intermédio de ideologias de toda espécie, posicionamentos vinculados à política jurídica, fazendo-os passar por resultados cognitivos, pertencentes à ciência do direito. Foi tirando as consequências lógicas das teses que acabamos de expor que Hans Kelsen concebeu a teoria pura do direito, na qual o ponto inicial (a norma fundamental), assim como todos os pontos de passagem (de uma norma geral para uma norma mais particular, ou de uma norma para um caso de aplicação desta) dependem de decisões, de atos de vontade, que não são fundamentados no direito, mas justificados por considerações de ordem política ou moral (PERELMAN, 2005, p. 476).

¹² Em comentário: Ronald Dworkin, autor de *O Império do Direito*, igualmente trata da importância da função do juiz quando da aplicação da norma. O referido autor, em sua obra, volta seu discurso para a questão das consequências políticas da discricionariedade. Por isso, esclarece que, mesmo o juiz não tendo regras para aplicar a norma, deve ater-se ao que ele denomina de metáforas: juiz onisciente, romance em cadeia e integridade. Sobre o tema, entende que: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 2007, p. 291).

¹³ Ao contrário da dialética, que seria a técnica da controvérsia com outrem, e da retórica, técnica do discurso dirigido a muita gente, a lógica se identifica, para Schopenhauer como para J. S. Mill, com as regras aplicadas para conduzir o pensamento próprio. É que, neste último caso, o espírito não se preocuparia em defender uma tese, em procurar unicamente argumentos que favoreçam um determinado ponto de vista, mas em reunir todos os que apresentam algum valor a seus olhos, sem dever calar nenhum e, após ter pesado os prós e os contras, decidir-se, em alma e consciência, pela solução que lhe parecer melhor (PERELMAN, 1996, p. 45).

(...) a obra de lógico empreendida por Aristóteles não se limita aos *Primeiros analíticos* e o *Organon*, comporta, além das obras consagradas às provas analíticas, aquelas que examinam longamente as provas dialéticas e que pertencem a uma teoria da argumentação. Grande número de historiadores da lógica, um tanto incomodados com esse fato, saem-se airoso considerando os *Tópicos* uma obra de juventude, superada pelos trabalhos posteriores de Aristóteles. Mas esta última afirmação nunca foi a do próprio Aristóteles, que concedia às provas dialéticas um papel específico que é impossível cumprir por meio das provas analíticas (2005, p. 472).

A importância de tais estudos é consagrar a argumentação como meio racional de se auferir validade a uma decisão, quando a mesma é tida por coerente e justa¹⁴, através de uma lógica jurídica, que não pressupõe as verdades das premissas, mas sim, a plausibilidade e verossimelhança das mesmas. E, é sobre esse norte que a argumentação jurídica, comprometida com a justiça e a paz sociais, deve se desenvolver. Mas, haveria critérios a serem observados para tal desenvolvimento? Chaim Perelman a esse respeito ressalva que, não obstante “reconhecer a relatividade do raciocínio jurídico”, há limites que demarcam a atuação do juiz de maneira que este possa julgar conforme as regras de justiça (2004, p. 09). Portanto, não é preocupação do autor apresentar um critério que seja absoluto, pois, caso o fosse, estaria engendrando uma postura positivista; ao contrário, o que caracteriza os trabalhos apresentados pelo autor acerca do tema é exatamente a proposta de se reconhecer a especificidade do Direito quanto à variabilidade dos temas e institutos jurídicos, que por esta razão, igualmente, são permeados pela argumentação.

¹⁴ Para Aristóteles, o equitativo é justo; não é o legalmente justo, mas uma correção da justiça legal. Pois, precisa ele, enquanto a lei é universal, não é possível regulamentar certas situações por meio de enunciados universais que sejam corretos. A equidade do juiz paliará a imperfeição da lei, válida para casos habituais, mas não para os casos aberrantes. Será justo decidir o que o legislador teria decidido se estivesse presente e tivesse conhecido o caso em questão. Santo Tomás aconselha da mesma forma, quando a lei é defeituosa, a não julgar de acordo com a letra da lei, mas a recorrer à equidade, de acordo com a intenção do legislador. Retoma o parecer formulado no *Digesto (I, 3 de Leg. Sentusque Consul.25)* segundo o qual “é inadmissível prescrições, sabiamente introduzidas com vistas à utilidade dos homens, se lhes tornem prejudiciais, por causa de uma interpretação por demais estrita pela qual se chega à severidade”. Mesmo a lei sendo incompleta, obscura ou insuficiente, o juiz deve julgar (ar. 4º do Código de Napoleão). A equidade do juiz deverá suprir a lei, mas sua decisão já não será justa por razões puramente formais: a própria regra aplicada deverá ser justa. É possível que uma máquina perfeita tenha condições de administrar uma justiça formalmente correta, mas nunca poderia julgar com equidade. Assim que, por uma ou outra razão, há desacordo quanto à aplicação da lei, nasce o problema da regra justa. Ele se apresenta em circunstâncias variadas, seja porque haja empenho em especificar, no conjunto do direito vigente, a regra precisa aplicável na ocorrência, seja porque se trate de suprir o silêncio da lei e de julgar com equidade, seja porque haja franca oposição à lei positiva, invocando-se prescrições de uma ordem, regras morais, prescrições religiosas ou o direito natural (PERELMAN, 2005, p.71-72).

Em referência à argumentação jurídica, esta se torna necessária para os raciocínios dialéticos quando não for possível se utilizar da subsunção¹⁵ da lei a um caso concreto. Portanto, o juiz deve se utilizar das regras que o Direito lhe reserva de maneira tal que alcance uma solução justa. O uso de tais regras reforça a necessidade de se assimilar, e não excluir, os lugares da argumentação (no caso, do campo jurídico) ao se aplicar a subsunção ou a interpretação ao caso em lide.

O raciocínio jurídico deixa de ser, nessa perspectiva, uma simples dedução silogística cuja conclusão se impõe, mesmo que pareça dezarrazoada, mas não é tampouco simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor. Pois, desse modo, o juiz deixaria de ser atado pelo legislador, o que suprimiria a distinção tradicional entre o justo de *lege data* e o justo de *lege ferenda*. A tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito: o teórico deverá apenas examinar os métodos que o juiz utiliza para chegar a esse resultado (PERELMAN, 2004, p. 114).

Retomando a questão envolta aos critérios delimitadores da argumentação jurídica, a verdade, então, como resposta jurídica, para o Direito, está aquém de ser obtida por critérios de uma lógica formal, cujo “campo” de atuação fulcra-se, a priori, nas ciências dedutivas. Nesse sentido é que o raciocínio dialético, proposto por Chaïm Perelman, como próprio ao Direito, passa a traçar as diretrizes de juízos equitativos, razoáveis ou justos.

Vale reforçar que o autor discorre acerca dos raciocínios dialéticos, através dos quais ter-se-ia o silogismo, conhecido por entimema – já que não são enunciadas todas as premissas, uma vez que se subentende serem estas conhecidas ou aceitas pelo auditório – e aquelas nas quais nos fundamentamos são verossímeis ou plausíveis. Para tal análise, o autor parte do raciocínio dialético, defendido por Aristóteles, como sendo aquele que não se refere a demonstrações científicas, mas a deliberações e controvérsias. Diante dessa observação, assinala que, enquanto para o silogismo analítico a passagem da premissa à conclusão é obrigatória, para o silogismo entimema, não se tem tal obrigação. (PERELMAN, 2004, pp. 2-3)

¹⁵ Será verdade, como pretendem vários juristas, que o raciocínio do juiz pode, de um modo esquemático, ser reduzido a um silogismo, no qual a maior enunciaria a regra de direito, a menor forneceria os elementos fáticos, e a conclusão constituiria a decisão judiciária? Mesmo apresentada como uma simplificação, essa análise é inadmissível, pois teria como efeito suprimir, como que com um toque de varinha de condão, todas as dificuldades levantadas pela distinção do fato e do direito (PERELMAN, 2005, p. 572).

Nesse entendimento, insere-se a seguinte questão: seria a função do discurso persuasivo levar a uma decisão? A resposta é negativa, pois tal passagem não é obrigatória diante de todo o exposto, daí a especificidade do raciocínio jurídico, posto que:

No direito, em contrapartida, é essencial que os litígios terminem num lapso de tempo razoável para que se alcance a paz judiciária. É necessário, portanto, soluções que possam intervir definitivas. É preciso evitar que, logo no início, se instaurem debates intermináveis a propósito de qual auditório é competente para decidir da solução do litígio(...) (PERELMAN, 2004, p. 16).

Nesse sentido, o raciocínio pode ser estudado independentemente das condições de sua elaboração, desde que em conformidade a certas regras ou esquemas conhecidos de antemão – a este exame denominamo-lo de lógica. Ocorre que, para a referida obra, em se tratando de lógica jurídica, esta não “é parte da lógica que examina, do ponto de vista formal, as operações intelectuais do jurista.” (PERELMAN, 2004, p. 04).

Logo, não haveria a lógica jurídica, haja vista que a mesma não consiste na aplicação da lógica geral aos fins específicos da jurisprudência, mas apenas a lógica formal (pura e simples). Não obstante a esse fato, mister se faz salientar que há um raciocínio ideal a ser considerado, para tanto deve-se evitar as generalidades, usando-se também de argumentos em sentido opostos que visam a obrigar o sopesar dos valores de cada um deles, chegando-se a uma conclusão mais razoável. O Direito, então, sob essa ótica, teria um caráter dialético, sendo que, na concepção de Chaïm Perelman, a questão envolvida se dá muito mais no plano do aceitável do que no plano da verdade (2004, p. 3).

A dialética e da retórica, ainda, para a aplicação do direito, em casos de lacunas¹⁶ da lei, viabilizariam um raciocínio jurídico específico, por envolver conhecimentos sistemáticos, já que se reconhece ao ato interpretativo do direito uma atividade ordenada segundo princípios e regras próprios.

¹⁶ Um sistema formal é incompleto quando não se pode deduzir dos axiomas do sistema, mediante regras de dedução aceitas, uma proposição, que se pode formular nesse sistema, nem sua negação. Mas só falaremos de lacunas em direito quando tentativas de interpretar a lei não chegaram a resultado satisfatório. Ora, as controvérsias jurídicas concretas demonstram que é frequente, a este respeito, constatar um desacordo entre os intérpretes, o que acarreta, consequentemente, um desacordo sobre a existência ou sobre a própria inexistência da lacuna (PERELMAN, 2004, p. 66).

A percepção de uma lacuna na lei significa claramente que para o juiz, a solução não poderá ser obtida por dedução, a partir do texto legal. Se ele tiver, não obstante, de preencher a lacuna, motivando ao mesmo tempo sua decisão, só poderá fazê-lo recorrendo a formas de raciocínio diferentes das da lógica formal.

O problema das lacunas nasceu com o princípio da separação dos poderes que impõe ao juiz a obrigação de aplicar um direito preexistente e que se supõe ser-lhe conhecido. Antes da Revolução Francesa, este problema não existia, pois o juiz devia encontrar a regra aplicável; na ausência de uma regra expressa, podia procurar outras fontes do direito além da lei positiva e, se as fontes não fossem concordes, importava saber em que ordem deveriam ser classificadas essas fontes de direito supletivo. Como não era proibido aos juizes formularem regras por ocasião de litígios (“as sentenças de regulamentação”) e não tinham de motivar suas sentenças de forma expressa, compreende-se que o problema das lacunas não tenha surgido antes do século XIX (PERELMAN, 2004, p. 63).

Logo, em referência à constatação de omissão da lei que requer, em todo o caso, uma decisão justa consoante às regras de justiça, torna-se importante discorrer acerca das técnicas de raciocínio jurídico que visam limitar o arbítrio do judiciário. Entre elas, têm-se a antinomia¹⁷ que encontra justificativa no fato de que o juiz deve “buscar a interpretação mais razoável” (PERELMAN, 2004, p. 52), que permita a solução melhor, a mais equitativa para determinado caso.

Ante o exposto, a nova retórica torna-se necessária para a interpretação do Direito em casos de omissão legislativa e na aplicação dos princípios gerais do direito, e que, por isso, podem colocar em questionamento a segurança jurídica e, por conseguinte, o devido processo legal, já que o juiz, ao julgar nesses casos, acaba se utilizando do subjetivismo para suas decisões.

E ainda, por vezes, o juiz, visando a solução da lide nessas situações, recorre a recursos tais como a antinomia ou a ficção¹⁸. O problema desses recursos, sobretudo deste

¹⁷ Diremos que estamos, num sistema de direito, diante de uma antinomia quando, em relação a um caso específico, existem no sistema duas diretrizes incompatíveis, às quais não se pode conformar-se simultaneamente, seja porque uma proíbe o que a outra permite e não é possível se conformar a uma sem violar à outra. As antinomias, assim compreendidas, não dizem respeito ao verdadeiro ou ao falso, não afirmam simultaneamente duas proposições contraditórias, mas consistem em uma norma única ou várias normas cuja aplicação conduz, em dada situação, a diretrizes incompatíveis (PERELMAN, 2004, p.54).

¹⁸ A ficção jurídica, diferentemente da presunção irrefragável, é uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica. Se esta realidade é determinada pelo legislador, sua decisão, qualquer que seja, jamais constitui uma ficção jurídica, mesmo que se afaste da realidade de sentido comum. Assim é que, ao atribuir personalidade jurídica a associações, o legislador não institui uma ficção jurídica, mesmo que a assimilação dos grupos a pessoa físicas se afaste da realidade psicológica e moral. Mas, se o juiz confere a um grupo que não tem

último, que se traduz na falsa qualificação dos fatos, posto que contrária à realidade jurídica, são as relações produzidas entre a verdade e a justiça. Ante o exposto, o autor admoesta que:

Estes diversos exemplos demonstram que nosso direito admite a existência de situações em que outros valores passam a ser considerados mais importantes do que a própria verdade, e isto mesmo nos casos em que a decisão justa depende do conhecimento objetivo dos fatos. Embora nossas análises concernentes à ficção judiciária tenham indicado como o recurso a essa técnica pode ser o único meio de evitar uma decisão iníqua, cumpre, não obstante, insistir nos perigos dessa técnica, que pode tornar derrisória a administração da justiça que menosprezasse a verdade em nome de considerações inconfessáveis. É por essa razão, que, nos regimes democráticos, o recurso às ficções judiciárias não é habitual entre os juízes togado, mas entre júrís (PERELMAN, 2004, p. 198).

No que pertine às argumentações opostas, as razões para as mesmas estão justificadas, a princípio, nos diálogos platônicos, tendo aquelas por objetivos colocar o adversário em má situação, excluir certos argumentos, eliminar já que despropositadas, certas soluções preconizadas, entretanto, sem impor uma única solução impositiva – por isso, tal raciocínio não é coercível; e ainda, inserir o problema controvertido numa tradição e evidenciar a similitude do caso a ser julgado com uma decisão já aceita ou subsumi-lo. (PERELMAN, 2004, p. 10)

É nesse último ponto em que se dá o debate acerca do discurso produzido nos tribunais pátrios, em específico, do STF. Para o autor:

Muitas vezes, a passagem da descrição à qualificação não é óbvia, pois as noções sob as quais devem ser subsumidos os fatos podem ser mais ou menos vagas, mais ou menos imprecisas, e a qualificação dos fatos pode depender da determinação de um conceito, resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia. (2004, p. 47)

Logo, o embate em torno do tema se dá, também, quando não se está óbvia a passagem da descrição dos fatos para a qualificação jurídica, exigindo para tanto, o uso da interpretação para o caso objeto da lide, que ficará a intento, em específico, do juiz. Porém, vale ressaltar que o juiz não é um historiador, não sendo seu papel descobrir o que se deu

personalidade jurídica o direito de interpor uma ação judicial, quando tal direito é reservado pela lei apenas às pessoas jurídicas, ele recorre à ficção (...) (PERELMAN, 2004, p. 86).

quando da discussão e votação de uma lei. Mas, deve, sim, buscar a interpretação mais razoável, a melhor solução ao caso particular.

A questão volta-se, então, para os critérios norteadores da interpretação mais razoável, haja vista que a obrigação de se preencher lacunas da lei concede ao juiz a faculdade de elaborar normas. Mas, onde encontrar garantias de imparcialidade no uso desse poder? (PERELMAN, 2004, p. 63)

No que tange à elaboração das normas, mister se faz discorrer o fato de que, quando o legislador pretende diminuir o poder de apreciação do juiz, introduz elementos quantitativos aos termos da lei. Já, quando apela a critérios, padrões não definidos, deixa ao juiz um poder de apreciação maior (PERELMAN, 2004, pp. 47-49).

Para evitar a arbitrariedade do juiz ao julgar, deve este motivar sua decisão, apreciar-lhe o valor, e julgá-la se justa ou, ao menos, sensata. Tem-se, então configurada a necessidade de um raciocínio jurídico, como instrumento de justificação. Nesse tocante, vale salientar que:

É impossível identificar direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objetos de uma legislação expressa, impõe-se a todos para quem o direito não é só a expressão da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, sendo, em primeiro lugar, o da justiça (PERELMAN, 2004, p. 95).

A problemática, diante dessa realidade, volta-se então à tendência de se aumentar o poder dos juízes requerendo, para tanto, o repensar de uma nova visão das relações legislativo e judiciário – concepção esta renovada do raciocínio jurídico. Na lógica ora apresentada pelo referido autor, somente diante do limite é que o raciocínio do juiz se restringe à aplicação do silogismo judiciário. Então, o esforço dos juristas dá-se no sentido de conciliar as técnicas de raciocínio jurídico com a justiça ou, pelo menos, com a aceitabilidade social da decisão, haja vista a insuficiência do direito de um raciocínio puramente formal - que controla a correção das inferências em fazer um juízo de valor sobre a conclusão. Assim, se o resultado é inadmissível, o jurista é levado a introduzir uma distinção¹⁹, sobretudo

¹⁹ A arte de distinguir, tão característica da argumentação escolástica, também está no âmago do raciocínio jurídico: de fato, se, graças aos argumentos *a simili* e *a fortiori*, o alcance de uma decisão é estendido a outras situações, graças ao argumento *a contrario* este alcance é delimitado de modo que exclua a aplicação da regra de justiça aos casos assim distintos (PERELMAN, 2004, p. 12).

quando não há a possibilidade da subsunção, exigindo do julgador interpretação condizente com o caso litigioso (PERELMAN, 2004, pp. 138-139).

Quanto às distinções, mister se faz discorrer acerca dos argumentos produzidos, que são classificados em similar, quais sejam, *a fortiori* (posterior), que busca o espírito da lei, como por exemplo, no caso de se punir alguém porque golpeou e feriu outro homem, deve-se também punir outrem que golpear alguém, matando-o. E, ainda, em argumentos contrários, que são aplicados a uma regra, como no caso de a lei promulgar disposições relativas a filhos herdeiros, e que se dividem em argumentos *a simili* (similares), que no exemplo dado se daria quando tais disposições se estendessem às filhas, e, por fim, em argumentos *a contrario* (contrários), propriamente ditos, configurado, no caso em comento, quando da não aplicação às filhas de tais disposições. Já quando o argumento é aplicado em consonância ao precedente, como por exemplo, no caso de um homem ser condenado à morte por assassinar um inocente, se ocorrer o fato de uma criança matar seu irmão, a esta deveria ser aplicada a mesma pena, pelo menos, a princípio, a não ser que, recusando-se a tal medida, o julgador produza um argumento *a contrario*, através do qual seja introduzida uma distinção – um raciocínio controverso (PERELMAN, 2004, pp. 10-13).

A referência a tais recursos, outrossim, visa destacar que a busca dos mesmos não pode ser subterfúgio ao desrespeito do ordenamento jurídico em vigor, mas muito antes, reconhecer que, em casos específicos, a aplicação da lei pode resultar em abuso de direito. Nesse sentido, necessário se faz questionar a validade da dogmática jurídica²⁰ para cada situação, daí a defesa de “uma concepção mais flexível e mais sociológica do raciocínio jurídico com a busca de uma decisão judiciária que seja equitativa, sensata, em uma palavra, aceitável” (PERELMAN, 2004, p. 112). Fato que justifica a procura por uma metodologia que se associe à prática judiciária posto que:

A enumeração dos métodos de interpretação dos textos, o recurso aos precedentes e aos princípios gerais, às finalidades e aos valores que o legislador busca promover e proteger, todo esse arsenal de argumentos é totalmente insuficiente para guiar o juiz no exercício de suas funções, pois nenhum sistema estabelecido a priori pode indicar-lhe, num caso concreto, a qual método de raciocínio deve recorrer, se deve aplicar a lei literalmente,

²⁰ A dogmática jurídica não pode eximir-se de tomar posição nas controvérsias em que juízos de valor opostos venham a chocar-se num caso particular. Seu papel é fornecer argumentos que permitirão aos advogados militantes, e principalmente aos juízes, eleger uma posição e fundamentá-la no direito (PERELMAN, 2004, p. 111).

ou, ao contrário, restringir ou alargar seu alcance (PERELMAN, 2004, p. 113).

O norte, então, para uma decisão justa e razoável estaria na motivação judiciária²¹, na análise do caso, permeada por juízos de valor, segundo os quais o juiz deveria fundamentar suas razões dentro dos limites da segurança jurídica. E, para se assegurar uma motivação acertada, alguns critérios delimitadores da argumentação devem ser observados pelo julgador. A dialética, que visa a busca por uma solução convincente para o caso jurídico, torna-se de fundamental importância à construção da motivação judiciária.

Portanto, a dialética e a retórica, orientadoras do raciocínio jurídico, encontram subsídios, para a formação de uma razão prática - esta consagrada através dos entimemas que formam a lógica jurídica - nas máximas jurídicas, nos tópicos jurídicos - delimitados pelos lugares jurídicos, na nova retórica, no conhecimento do auditório e no acordo.

Quanto às máximas, para o campo jurídico, estas se traduzem em frases, provérbios, obtidas através das diretrizes que o ordenamento jurídico adota quanto a sua vigência e validade. Sua importância para a lógica jurídica está em conduzir a coerência de uma decisão.

Embora diferentes por natureza dos princípios gerais do direito, as máximas representam pontos de vista que a tradição leva em consideração e fornecem argumentos que a nova metodologia, que busca conciliar a fidelidade ao sistema com o caráter sensato e aceitável da decisão, não pode desprezar (PERELMAN, 2004, p. 119).

São também consideradas verdades de ordem geral, e nesse sentido, advêm da aplicação do direito a um caso concreto, em que se lhe exige uma qualificação²² do fato

²¹ Concluindo, motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências (PERELMAN, 2005, p. 570).

²² A organização dos dados com vistas à argumentação consiste não só na interpretação deles, no significado que se lhes concede, mas também na apresentação de certos aspectos desses dados, graças aos acordos subjacentes na linguagem que é utilizada. Essa escolha se manifesta da forma mais aparentes pelo uso do *epíteto*. Este resulta da seleção visível de uma qualidade que se enfatiza e que deve completar nosso conhecimento do objeto (PERELMAN, 1996, p. 142).

jurídico condizente com o sistema vigente. Outrossim, fundamentam-se nos precedentes, contribuindo para a elaboração de uma ordem jurídica, daí a sua importância (PERELMAN, 2005, p. 578).

Ao lado das máximas, têm-se os Tópicos Jurídicos, igualmente importantes para a construção do raciocínio jurídico que direcionarão a motivação do judiciário, e se referem “aos lugares específicos de Aristóteles, os que dizem respeito a matérias particulares, opostos aos lugares-comuns, que utilizamos no discurso persuasivo, em geral, tratados por Aristóteles nos Tópicos” (PERELMAN, 2004, p. 120).

Os tópicos jurídicos são de suma importância para a construção do direito, já que dão razão à motivação judiciária, apresentando-se ora como argumentos, ora como pontos de vista. Em todo o caso, ressalva-se que, não obstante a imprecisão “desses lugares”, o consenso geral ao qual certos lugares devem se amoldar, indica justamente que os mesmos “se prestam a interpretações diferentes” e, caso haja uma discussão sobre estas, dever-se-á, “como quando há conflito entre lugares diferentes, chegar a uma interpretação ou a uma escolha que pareça fornecer a solução mais razoável à situação litigiosa” (PERELMAN, 2004, p. 129).

Nesse sentido, os tópicos jurídicos possibilitam a elaboração de uma metodologia jurídica prática, capaz de guiar os raciocínios jurídicos, “que em vez de opor o direito à razão e à justiça, se empenharão em conciliá-los” (PERELMAN, 2004, p. 131).

Os auditórios²³, por sua vez, traduzem-se no receptor da mensagem argumentativa proferida. Requer-se, então, para a compreensão do discurso, a adesão do destinatário à mesma, por isso da necessidade do contato de espíritos; “não basta falar ou escrever, cumpre ainda ser ouvido, ser lido” (PERELMAN, 1996, p. 19). Nesse sentido, necessário se faz a comunicação entre auditório e orador, o que requer para tanto, não só que aquele seja persuadido²⁴, mas muito antes, convencido.

Finalmente, os acordos se reportam à concordância da argumentação que é desenvolvida com o auditório para o qual se destina. “Com efeito, tanto o desenvolvimento, como o ponto de partida da argumentação, pressupõem acordo do auditório” (PERELMAN, 1996, p. 73).

²³ Em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como *o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação*. Cada orador pensa, de uma forma mais ou menos consciente, naqueles que procura persuadir e que constituem o auditório ao qual se dirigem seus discursos (PERELMAN, 1996, p. 22).

²⁴ Propomo-nos chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional (PERELMAN, 1996, p.31).

Requer, portanto, a articulação de uma mensagem sobre o pressuposto do reconhecimento da mesma pelos envolvidos no discurso. As premissas, sua formulação e desenvolvimento partem da perspectiva de admissão e compreensão do ouvinte e carregam um valor argumentativo.

O acordo, enfim, é fundamental para a construção de uma metodologia que direcione os procedimentos intelectuais desenvolvidos pelo juiz em seu ato decisório. Assim sendo, é tido como resultado a ser alcançado decorrente de critérios objetivos - propostos por uma lógica racional - em casos de divergências acerca da aplicação do direito, norteado pelo método da dialética que visa à solução de problemas práticos. Logo, não obstante ser desprezado pelos “filósofos racionalistas e positivistas”, o acordo torna-se primordial para a consagração de uma filosofia prática, que envolve valores, confirmando ser possível, sim, predicar uma decisão como sendo justa, racional e convincente (PERELMAN, 2004, pp. 137-139).

Portanto, quando da necessidade da interpretação para a solução de uma demanda judicial o juiz deve valer-se de critérios ao integrá-la ao caso em lide. Deve, ainda, adotar, por tese preferível, a suposição de que existe uma ordem jurídica, pois seria, de outro modo, impossível motivar, de forma juridicamente válida, o dispositivo da sentença. Então, o raciocínio jurídico deve ater-se a motivar coerentemente, tendo por fim assegurar a paz jurídica, que se dá através de um argumento jurídico aceitável (PERELMAN, 2004, p.219).

Diante de tal raciocínio, constata-se, por fim, a volta da concepção aristotélica que, ao lado das leis especiais, escritas, afirma a existência de um direito geral – “todos esses princípios não escritos que se supõe ser reconhecidos em toda a parte” (PERELMAN, 2004, p. 103).

Por todo exposto, tal raciocínio defendido parte da premissa de que estamos prestes a abandonar a idéia de que o direito se limita à lei escrita, como outrora se justificava a razão de ser do direito positivo. Encontramo-nos, então, na terceira fase da evolução do pensamento jurídico posterior ao Código de Napoleão (PERELMAN, 2004, p. 31) – o que nos remete à realidade de que os tribunais, em específico, os brasileiros, estão reinterpretando os textos jurídicos, haja vista que não mais adotam uma ideologia positivista e legalista do direito. Porém há de se ressaltar que tal fato não significa, a priori, o renascimento do direito natural – de uma jurisprudência universal, já que tal direito, sob o enfoque racionalista, acreditava poder formular princípios unívocos de alcance universal, e o que não é o caso, por

isso da defesa de um discurso jurídico à luz dos raciocínios dialéticos e retóricos. Em contrapartida, até poderia, sim, considerar-se tal renascimento caso fosse adotada uma postura de rejeição da concepção positivista e legalista – estatizante (PERELMAN, 2004, p. 99).

Não obstante consagrar-se uma nova fase do pensamento jurídico, fato é que não se pode menosprezar a segurança jurídica, devendo-se, para tanto, evitar a subjetividade e a arbitrariedade do juiz, já que, a incerteza e instabilidade das soluções gerariam uma anarquia jurídica, segundo a qual, “no momento em que se deixasse o poder de formular regras abstratas descer da esfera intangível, na qual o abrigava a plenitude soberana da lei, para o domínio versátil do juízo individual, expomo-nos-ia a uma desconcertante flutuação das decisões de direito”(PERELMAN, 2004, p. 97).

Essa é a problemática que norteia o presente trabalho - a questão que envolve a interpretação feita, em específico, do Supremo Tribunal Federal; se tem sido convincente, ou não, e se por tal razão, tem garantido a segurança jurídica, razão maior da aplicação do direito, da norma e das leis, para então, auferir-se valor de subjetividade ou arbitrariedade a determinado julgado, quando, para apenas satisfazer anseios populares, tem-se praticado o ativismo judicial, muito além da competência do domínio, quiçá, especulativo da “massa social” que leva a decisões conflitantes.

2.3 A contribuição de Ronald Dworkin

Para melhor entendimento da pretensão suscitada de uma nova retórica, à luz de Chaïm Perelman, que condicione o raciocínio jurídico dentro de uma lógica que se perfaz num campo próprio do saber, qual seja, o do Direito; e, ainda, tendo em vista a proposta do método dialético, que perfaz a construção de uma metodologia, redimensionadora da teoria do conhecimento jurídico em prol de soluções dos problemas práticos, que por sua vez, requerem acordos quanto à aplicação do direito; torna-se importante, justamente, consoante a essa perspectiva, promover o debate do tema com outros autores. Por isso, passa-se a discorrer acerca dos estudos desenvolvidos por Ronald Dworkin, que conforme já descrito, objetivando a garantia de julgamentos imparciais e justos, apresenta uma reflexão acerca de como o Direito é, ou deveria ser, concebido.

Acerca de tal concepção, Ronald Dworkin, em sua obra, *O Império do Direito*, inicia sua análise sobre o tema tratando discorrendo acerca das divergências quanto ao que

seja direito haja vista o modo em que os juízes decidem as causas, salientando que “é importante saber o que eles pensam que é o direito, e quando divergem sobre esse assunto, o tipo de divergência que estão tendo também importa” (2007, p. 5).

Nesse norte, enfoca-se que nos processos judiciais suscitam, a priori, três tipos de questões a serem avaliadas: “as questões de fato, questões de direito e as questões interligadas de moralidade, política e fidelidade”. Quanto às questões de fato, as mesmas se dão diretamente, já que quando há divergência entre os juízes sobre os fatos concretos e históricos envolvidos na lide, tem-se clarividente sobre o que estão divergindo. Quanto à questão da moralidade e fidelidade, avalia-se que “esse tipo de divergência não suscita nenhum problema especial no tribunal, pelo fato de que as pessoas divergem quanto ao que é certo e errado em termos morais”. Porém, no que tange à questão do direito, “advogados e juízes parecem divergir com muita frequência sobre a lei que rege um caso; parecem divergir, inclusive, quanto às formas de verificação a serem usadas” (DWORKIN, 2007, p. 6).

Logo, para a obra em comento, a problemática se dá em torno dos fundamentos teóricos do direito, já que os juristas discordam sobre o sentido da lei, sobre a sua natureza, e é nesse sentido que o livro apresenta como tema a divergência teórica do direito, objetivando “compreender de que tipo de divergência se trata para, a seguir, criar e defender uma teoria sobre os fundamentos apropriados do direito” (DWORKIN, 2007, p. 15).

O direito é um fenômeno social, porém caracterizado pela complexidade de sua estrutura, haja vista ser a sua prática, argumentativa -“aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições, que só adquirem sentido através do âmbito dela mesma.” (DWORKIN, 2007, p. 17). A prática, então, estaria em mobilizar e em discutir essas proposições, daí o seu aspecto argumentativo. Sobre esse raciocínio, há dois pontos de vista a serem observados; um externo – sociológico (historiador); e, outro, interno – dos que fazem as reivindicações. O livro adota o ponto de vista interno, do participante, com o propósito de apreender a estrutura e natureza argumentativa da prática jurídica. Então, apresenta-se como foco o estudo do argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz em relação à questão da omissão da lei, que se dá em torno da problemática: Qual a melhor interpretação da lei (DWORKIN, 2007, p. 106)?

Para embasar seus argumentos, o autor faz críticas ao ceticismo, como meio de busca pela verdade, discorrendo que este se explica externamente e internamente. Defende que o ceticismo externo, na forma seletiva de valor está errado, porque para se afirmar que

algo é verdadeiro ou não, deve-se partir, nesse caso, de um domínio valorativo interno, e não externo (como o entende o ceticismo externo), e que não devemos ser sempre céticos, mesmo sobre os valores²⁵. Ronald Dworkin critica, por isso, também, o ceticismo interno, que se configura a partir de um julgamento moral, supondo a verdade de algum julgamento de valor positivo²⁶, mas que é falho porque não avalia os valores morais alegados nas proposições, que o autor chama de externas. Para ele, trata-se de uma escolha moral²⁷, por isso necessário se faz estruturar teoricamente a moral (2007, pp. 94-105).

Ante o exposto, tem-se o problema do ceticismo, sendo a sua forma mais perigosa a que se dá seletivamente sobre o valor, uma vez que, ao se afirmar que não existe uma verdade objetiva sobre, no caso em análise, a interpretação, retira-se o mérito ou o sucesso da mesma, apresentando, por isso, como um problema, a auto-fé da verdade, o que compromete a discussão pública e política (DWORKIN, 2007, pp. 102-013).

²⁵ Mesmo os arquimédicos precisam de algum lugar para se fixar, tal como seu progenitor concebeu. Eles devem assumir que algo do eu eles pensam (em um mínimo absoluto, as suas convicções sobre a boa fundamentação), não são apenas invenções deles próprios ou de suas culturas, mas são então de fato verdadeiros ou válidos. Caso contrário eles só poderiam apresentar os seus postos de vista como telas “subjetivas” das quais não podemos usar nada, a não ser um interesse biográfico. Ceticismo, no sentido de incredulidade, deve ser construído a partir de algum tipo de crença; não se pode ser cético todo o tempo. O grosso da versão arquimédica propõe, em formas extremas, ficar de fora tanto quanto possível. A versão seletiva, a qual vou discutir, principalmente, propõe, mais modestamente, ficar de fora de todos os domínios valorativos. Estes céticos arquimédicos seletivos se propõem a justificar o seu argumento cético – que esses domínios não podem fornecer uma verdade objetiva – a partir de premissas que não sejam elas próprias valorativas. Argumentam, segundo, eles, não sobre suposições éticas, morais ou estéticas, mas a partir de teorias não-valorativas acerca de que tipo de propriedades existe no universo, ou sobre como nós podemos adquirir conhecimento ou crença confiáveis sobre qualquer coisa (1996, p. 87).

²⁶ Um julgamento moral positivo atribui um predicado moral a um ato ou pessoa ou evento; um negativo, nega tal atribuição. A classe de julgamentos morais positivos não inclui apenas atribuições simples, como o julgamento de que igualdade é bom ou aborto é ruim. Também inclui formas mais complexas de tal atribuição, inclusive condicionais, como afirmar que igualdade é moralmente desejável contanto não conduza à indolência ou como o julgamento de que aborto ainda seria ruim mesmo se ninguém pensasse que é. Também inclui atribuições que assumem que as pessoas teriam propriedades morais em certas circunstâncias específicas satisfeitas, quando na verdade não estão satisfeitas; por exemplo, inclui a proposição comum de que não há nenhum Deus e que moralidade é besteira. Também inclui proposições no sentido de que a moralidade como um todo embute ou pressupõe uma evolução. Já a demanda utilitarista propõe que o ponto mais fundamental da moralidade é maximizar a felicidade humana global, assumindo, por exemplo, que a felicidade humana é um bem, e que o ponto fundamental é reconhecer e honrar o valor inerente de todo ser humano, assumindo que os seres humanos têm um valor inerente. É uma questão interpretativa se um extrato geral sobre moralidade é um julgamento moral positivo. Convicções morais de outros povos não são sociologicamente avaliadas, porque a sociologia não endossa ou pressupõe qualquer avaliação moral. (DWORKIN, 1996, p. 91).

²⁷ A conseqüência poderosa é esta. Moralidade é uma dimensão distinta, independente da nossa experiência, e ela exerce a sua própria soberania. Nós não podemos nos afirmar livres dela exceto pela sua própria licença, exceto, por assim dizer, fazendo as pazes com ela. Nós podemos descobrir que o que nós agora pensamos sobre virtude ou vício, dever ou direito é inconsistente com outras coisas que nós também pensamos, sobre cosmologia, ou psicologia, ou história. Se é assim, nós devemos tentar restabelecer a harmonia, mas isto é um processo cujos resultados devem fazer sentido moral em algum nível profundo para decidir se esta dúvida é justificada e quais realmente são suas conseqüências para a virtude e o vício, o dever e o direito (DWORKIN, 1996, p.128).

Nesse sentido, Ronald Dworkin critica a Teoria Pura do Direito proposta por Hans Kelsen, posto que este adota uma postura cética ao propor uma teoria descrita sob a ótica do ceticismo externo, visando enquadrar o Direito como uma ciência ao extirpá-lo de valores, resultando, por isso, numa norma válida – daí o positivismo kelseano: “da norma pela norma”.

Logo, por todo o exposto, a questão foca-se no fato de a lógica, proposta pelos cétricos arquimedianos²⁸, acabar por justificar qualquer ato – o que é perigoso! Para eles²⁹, por exemplo, não haveria critérios para se afirmar que o nazismo foi errado. Porém, para a obra em comento, o nazismo foi um erro, porque a verdade se dá, também, no consenso, não podendo se limitar a ser relativa, mas sim, histórica – e esse consenso existe e é racional.

O Império do Direito, então, apresenta uma crítica ao positivismo - quando da aplicação de normas carentes de silogismo para que fossem enquadradas - por defender, que em tal situação, o juiz usaria da discricionariedade, porém, caso este carecesse de uma norma “clara”, deveria, então, recorrer aos princípios que a norteariam.

Nesse entendimento, o discurso se volta para a questão das conseqüências políticas da discricionariedade. Por isso, mesmo que o juiz não detivesse regras para a aplicação da norma, deveria ater-se às metáforas: juiz onisciente, romance em cadeia e integridade.

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas (DWORKIN, 2007, p. 291).

²⁸ Tanto na versão geral quanto na limitada, estas influentes teorias são “arquimédicas”, como vou chamá-las. Eles preferem estar fora de um corpo inteiro de convicção, e julgá-lo como um todo a partir de premissas ou de atitudes que nada tem de relacionado a ele (DWORKIN, 1996, p. 88).

²⁹ O arquimediano concorda com a maioria das pessoas de que genocídio e escravidão estão erradas, por exemplo. Ele apenas nega que estas práticas estão realmente erradas, ou que a injustiça está fora delas. Ele insiste que a injustiça está “dentro”, em nossos próprios peitos, que nós “projetamos” a qualidade moral a partir da realidade, que os eventos não são, neles mesmos, certos ou errados, bons ou ruins, apartados de nossas emoções, projeções ou convenções, que nossas convicções morais não são, afinal de contas, verdade ou falsidade ou parte do que nós sabemos ou não sabemos, mas são apenas, de maneiras complexas, produtos de nossa invenção ou criação. Ele não é cético, em outras palavras, sobre convicções, mas sobre o que nós poderíamos chamar de “valor de face” destas convicções (DWORKIN, 1996, p. 90).

Logo, para o enquadramento da norma, necessário se faria o recurso aos princípios, uma vez que se reconhece a natureza daquela, não obstante avaliar acerca da possibilidade de se aplicar o critério racional para dizer se a mesma foi boa e ruim, e esse critério racional se daria através do condicionamento das metáforas: a história que nos precede dá critérios principiológicos valorativos, morais para que o juiz possa decidir; sob essa perspectiva, o juiz apenas “escreve” o final dessa história – é nessa coerência que se configura a integridade – se condizente com o “romance” – com o conjunto de valores construídos ao longo da história da sociedade. Por isso, há como predicar se uma decisão é melhor que a outra, e que o nazismo foi ruim (DWORKIN, 2007, pp. 272-279).

No caso da aplicação de princípios, como o da dignidade humana, tema do presente estudo – tomada por um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro -, tendo em vista a sua dimensão jurídica como qualidade intrínseca e indissociável do ser humano, deve ser reconhecida não só diante da capacidade de ser, do indivíduo, em sua autonomia; mas também, mesmo quando esta lhe é privada, deve ainda assim lhe ser tutelada a dignidade³⁰ (DWORKIN, 1998, pp. 306-307).

A história humana – à luz do que sugere o romance em cadeia -, referente às concepções de dignidade, induz que, mesmo em situações nas quais a pessoa não é capaz de defender-se, de auto determinar-se, como nos casos de doenças mentais que a privem do discernimento mínimo necessário para os atos da vida, a sua dignidade deve ser tutelada em razão da relativização que esta possui em face da dimensão autonômica e protetiva dispensada ao indivíduo; portanto, pressupõe-se que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas” (DWORKIN, 1998, p.306-307).

Nesse pressuposto, há de ser dispensado um tratamento condizente com determinado caso, sob os parâmetros da relativização da dignidade humana. É o que se observa na situação dos presos, que mesmo encarcerados, detêm o direito de lhe ser

³⁰ Em comentário: Coadunando com a reflexão apontada por Dworkin, no sentido da autonomia do indivíduo, Emmanuel Kant adverte que o ser humano não pode ser tratado como objeto – instrumentalizado - de forma que venha a servir a outrem, por constituir o homem um fim em si mesmo, por isso, não deve ser usado como meio para propósitos arbitrários ou escusos de uma vontade. Ademais, acrescenta: “É verdade que a humanidade poderia subsistir se ninguém contribuísse para a felicidade dos outros, contanto que também lhes não subtraísse nada intencionalmente; mas se cada qual se não esforçasse para contribuir na medida das suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como um fim em si mesmo. Pois se um sujeito é um fim em si mesmo, os seus fins têm de ser quanto possível os meus, para aquela ideia poder exercer em mim toda a sua eficácia” (KANT, 1980, p. 134-137).

preservada a dignidade, na condição de seres humanos, não podendo ser tratados como coisas. Logo, possuem o direito a um tratamento digno, apesar de não terem direito à beneficência. Assim, a pessoa jamais pode ser tratada como objeto, como instrumento de realização de interesses alheios (DWORKIN, 1998, pp. 307-309).

A dificuldade, porém, quanto à determinação de se respeitar a dignidade de outrem está em lhe dimensionar uma proteção, sobretudo diante do fato de que há uma contextualização histórica e cultural que constrói a concepção do que seja um tratamento digno. Em sendo assim, a sociedade é quem irá nortear os padrões culturais que determinarão, naquele contexto sócio-histórico, o que constituirá o respeito à dignidade humana (DWORKIN, 1998, pp. 305).

Para a aplicação jurídica da dignidade humana, portanto, na condição de um princípio aberto, requer-se o dimensionamento de seu significado, relativizado para o caso judicial em julgamento, vez que deve refletir os direitos da pessoa em sua autodeterminação, como medida protetiva de sua condição humana, ou ainda, sopesado em face do direito à dignidade igualmente garantida a outra parte. Com vistas a se garantir a adequação justa desse princípio, então, a motivação torna-se essencial na construção e fundamentação de tal princípio como norma jurídica.

Nessa perspectiva, suscita-se a importância de se averiguar a consistência, jurídica, no campo específico do saber: o do Direito, quando da motivação judicial, na aplicação da interpretação para o Direito, como ocorre na qualificação e conceituação da dignidade humana, diante de um caso em lide. E, a coerência de um julgamento, proposta por Chaïm Perelman, encontra seus fundamentos na lógica da motivação, como resultante de uma coerência que se perfaz quando em observância a critérios objetivos de um raciocínio jurídico de interpretação. Por isso, propõe-se uma mudança de paradigmas, posto que a coerência, para a lógica jurídica, impõe-se como única justificativa de uma solução que possa ser qualificada como razoável, vislumbrando-se sua manifestação através do debate, da retórica e da dialética, conforme as regras específicas do raciocínio jurídico – e que levam a uma resposta judicial acertada³¹ (à luz de Ronald Dworkin). Trata-se, portanto, da constatação de uma

³¹ Quando os juristas estão divididos sobre qual a melhor resposta, na verdade não há nenhuma, pois o direito é indeterminado sobre aquele assunto. Essa tese de que não há resposta correta não pode ser verdadeira somente porque há um vácuo no direito mais do que há na ética, na estética ou na moral. Ela não segue o fato de que não há um argumento imbatível que demonstra que o caso para o requerente, consideradas todas as coisas, é melhor ou pior que o caso do requerido (DWORKIN, 1996, p. 137).

lógica que perfaz a produção significativa de uma resposta judicial fulcrada na motivação jurídica construída através do discurso jurídico.

A sentença do juiz, nesse sentido, traduz-se na resposta dada a um caso litigioso. Porém, essa resposta se constrói num campo específico do saber, qual seja, o do Direito, que por sua vez, encontra-se sistematizado em normas e sanções. Logo, deve o juiz ater-se a esta sistematização ao sentenciar, sob pena de estar sendo arbitrário em sua decisão.

Quando a resposta do judiciário encontra-se na lei, a princípio, bastaria, por dedução, aplicá-la ao caso concreto. O problema é que, muitas das vezes, a lei não mais traduz os anseios sociais – razão maior do Direito -, e a sua aplicação legalista acaba gerando sentenças injustas e incoerentes com a realidade. E, ainda, há os casos de omissão e lacunas da lei, que não obstante constatá-las, o juiz, diante do dever de sentenciar, deve buscar interpretá-las condizentemente ao ordenamento jurídico em vigor. Portanto, a característica peculiar do raciocínio jurídico é que a sua resposta deve traduzir-se em resultado final do mesmo. Ela é necessária por ter como objetivo trazer a paz social. Seja em casos de subsunção da lei, ou de integração normativa, a interpretação permeará o raciocínio judiciário com vistas a se garantir uma sentença justa e razoável. Mas, como encontrar tal garantia?

A motivação torna-se, então, a “mola mestra” em prol de uma sentença justa. É na motivação que se fundamentarão as justificativas da argumentação, a qualificação necessária para análise da situação em juízo, e estas, por sua vez, não poderão ser aleatórias, já que devem respeitar a lógica permeadora do raciocínio judiciário.

Logo, por todo o exposto, se há uma verdade produzida no Direito, esta é um conceito útil, posto que é modificada e adequada à coisa quando colocada em questão. Porém, a problemática que se dá em torno do tema é como essa verdade se constrói, haja vista que há um sistema judiciário, não arbitrário, racional e estruturado, porém limitado.

Sobre essa referência, é que Ronald Dworkin (2007, p. 89) acresce a importância da integridade na produção da resposta jurídica, posto que em conformidade ao que o autor apresenta como “romance em cadeia”, o juiz ao decidir, apenas “escreve o final da história”; história essa que nos precede, dando critérios principiológicos e morais para que o juiz decida.

Quanto aos paradigmas adotados para a construção de uma “história”, para o referido autor, estes “fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”(DWORKIN, 2007, p. 89). A reflexão sobre os

paradigmas, diante da proposta desta pesquisa, torna-se primacial, sobretudo quando necessário se faz qualificar os fatos, rompendo³² com as noções que se tinham anteriormente sobre os mesmos, para, a seguir, atribuir-lhes um valor, dependente, ademais, de uma determinação conceitual, como ocorre com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, e que por sua vez, deve resultar em uma sentença que alcance o mérito de ser declarada correta, ou ao menos, justa e aceitável.

Nesse sentido, o juiz equipara-se a um cientista, diante da necessidade de atribuir um significado, que se reporte atualizado, ou novo, a dada expressão, que rompa com a noção social que, até então, se tinha sobre a mesma, devendo cuidar, mais ainda, à coerência do julgado, para que este não projete ao caso uma argumentação especulativa, e descompromissada com a realidade. Logo, ele “deve estar pronto a julgar, bem como a reportar as afirmações que fazem seus sujeitos, pois, a menos que possa julgá-los, não poderá compreendê-los” (DWORKIN, 2007, p. 78). Porém, quando se pretende um julgamento que rompa com as prenoções³³ sociais acerca de um “dado”, de uma “prática social”, este deve cuidar de que a interpretação não se limite a apenas conversar com o discurso, mas muito mais do que isso, consoante a realidade normativa de um julgamento, tal interpretação deve ser construtiva:

Portanto, cada um dos adeptos de uma prática social deve estabelecer uma distinção entre tentar decidir o que outros membros de sua comunidade pensam que a prática exige, e tentar decidir, para si mesmo, o que ela realmente requer. Uma vez que se trata de questões diferentes, os métodos interpretativos que ele usa para responder a esta última questão não podem ser os métodos da interpretação conversacional, dirigida a indivíduos um a um, que usaria para responder à primeira. Um cientista social que se oferece para interpretar a prática deve estabelecer a mesma distinção. Se assim o desejar, ele pode dedicar-se apenas a reportar as diversas opiniões que diferentes membros da comunidade têm a respeito daquilo que a prática exige. Mas isso não configuraria uma interpretação da prática em si; se ele se dedicar a esse outro projeto, deve abrir mão do individualismo metodológico e empregar os métodos que os que estão submetidos a sua análise usam para formar suas próprias opiniões sobre aquilo que a cortesia realmente exige.

³² Em comentário: Nesse entendimento, ao argumentar acerca da interpretação e da verdade produzida com a linguagem a partir de sua valoração, e que perfazem o saber do campo jurídico, Jürgen Habermas (1984, p. 102) faz ressalvas acerca da produção do conhecimento a partir da ciência, observando que: “Um cientista social deve ser pelo menos um participante “virtual” das práticas que pretende descrever.”

³³ Para os estóicos, especialmente para Epícteto, a existência de um acordo sobre o que qualificam de “prenoções”, que são valores do senso comum, universalmente admitidos, não impede desacordos sobre casos de aplicação, quando se trata de passar dos valores comuns aos comportamentos concretos que deveriam guiar (PERELMAN, 2004m p.151).

Ele deve, portanto, aderir à prática que se propõe compreender; assim, suas conclusões não serão relatos neutros sobre o que pensam os membros da comunidade, mas afirmações sobre a cortesia que competem com as deles (DWORKIN, 2007, pp. 77-78).

No caso, em específico de um julgamento firmado na dignidade da pessoa humana, necessário se faz distinguir as prenoções: como condições objetivas de valoração e conhecimento para a aplicação da mesma, das noções éticas e da liberdade: que envolvem aspectos subjetivos do que se entende por dignidade³⁴. Tal observação se faz diante do significado jurídico-constitucional que tal expressão assume no ordenamento brasileiro, construído a partir da interpretação dos textos normativos, e que por sua vez, levam à construção de normas jurídica.

Diante dessa realidade, reportando-se para a aplicação do Direito, deve o julgador buscar o espírito das leis, que por sua vez só será encontrado na razão de ser de uma regra, consoante as expectativas e necessidades sociais. Por isso da metáfora do “romance em cadeia” defendida por Ronald Dworkin, já que, para sentenciar, antes necessário se faz ao juiz motivar tal sentença, e esta deve buscar a coerência com a história que precede um ordenamento legal. Em sendo assim, o julgador deve buscar dialogar com as partes

³⁴ Em comentário: Um Estado secularizado e neutro, fulcrado em ditames democráticos e inclusivos, não deve tomar partido diante de debates que envolvam a ética no que tange à dignidade da pessoa humana, bem como a questões que envolvam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (HABERMAS, 2001, p.71). No caso específico de se aplicar tal dignidade, como princípio, à vida humana, antes mesmo do seu nascimento - é o caso do julgado que envolveu as células-tronco embrionárias (objeto de estudo desta pesquisa a ser abordado no próximo capítulo) - acaba-se por adentrar em questões que envolvem conteúdo ético, não obstante não poder o juiz abster-se de julgar. Logo, o dissenso é que norteará o debate jurídico em prol de uma norma de decisão justa, razoável e acertada (HABERMAS, 2001, p. 72). Neste passo, impõe-se seja ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio, na medida em que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna – acaba por operar como critério material no âmbito especialmente da hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática. Neste contexto, a despeito de já se ter apontado – e, na época – não sem boa dose de razão – para a ausência, entre nós, de experiências jurisprudenciais mais avançadas no que diz com a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, o fato é que, cada vez mais, se encontram decisões nos nossos Tribunais valendo-se da dignidade da pessoa como critério hermenêutico, isto é, como fundamento para solução das controvérsias, notadamente interpretando a normativa infraconstitucional à luz da dignidade da pessoa humana, muito embora o incremento em termos quantitativos nem sempre corresponda a uma fundamentação consistente da decisão. Com efeito, não são poucas as decisões que apenas referem uma violação da dignidade da pessoa, sem qualquer argumento adicional demonstrando qual a noção subjacente de dignidade adotada e os motivos segundo os quais uma conduta determinada (seja qual for sua procedência ou natureza) é considerada como ofensiva (ou não) à dignidade, o que, de certo modo, a despeito da nobreza das intenções do órgão julgador, acaba, em muitos casos, contribuindo para uma desvalorização e fragilização jurídico-normativa do princípio do que para a sua maior eficácia e efetividade (SARLET, 2011, pp. 95-96).

envolvidas no caso a ele exposto. Porém, tal diálogo deve ultrapassar os limites do plano conversacional. Deve-se buscar, antes de tudo, uma interpretação construtiva (no sentido de ser conquistada quando o julgador também adira ao caso em lide, que antes de julgado, deve ser compreendido), que só será verdadeiramente alcançada quando da participação (do juiz), ao menos “virtual”, do caso em julgamento, uma vez que se reconheça estar o Direito sendo construído pelas partes envolvidas na lide. Ou seja, partindo-se do pressuposto de que a norma jurídica é construída pelas partes envolvidas no discurso judiciário, o juiz, em específico, inevitavelmente, em seu julgamento, estará produzindo a norma, porém não a criando – competência esta que seria do Legislativo.

Contudo, sobre o tema, Ronald Dworkin (2007, p. 79) admoesta: “Não posso discutir aqui a ontologia do espírito de grupo ou a validade da sugestão de que ele oferece uma solução ao problema do isolamento cultural. Vale assinalar, contudo, que o problema será difícil e ameaçador somente se o que estiver em questão for a interpretação conversacional, e não a interpretação construtivista.”

Por isso, é preciso um método interpretativo que possa ser usado para pôr a prova o julgamento daquela entidade; uma vez descoberto, esse método não pode consistir numa conversação com essa entidade ou com qualquer outra coisa, deve ir além, construindo a mesma. Assim, poderá provocar mudanças suficientes para cortar o fio da continuidade dessa história. Trata-se, portanto, de uma questão de interpretação, e a resposta dependeria do porquê do surgimento da questão da continuidade (DWORKIN, 2007, p. 86).

Necessário se faz, ainda, apresentar a coerência ou consistência da motivação a partir da construção e intenção desta através do compartilhamento dos critérios factuais, a que Ronald Dworkin (2007, p. 55) chama de agulhão semântico³⁵. Ou seja, necessário se faz

³⁵ Em termos gerais, as pessoas concordam com as proposições mais genéricas e abstratas sobre a cortesia, que formam o tronco da árvore, mas divergem quanto aos refinamentos mais concretos ou as subinterpretações dessas proposições abstratas, quanto aos galhos da árvore. Por exemplo, numa certa etapa do desenvolvimento da prática, todos concordam que a cortesia, em sua descrição mais abstrata, é uma questão de respeito. Mas há uma importante divisão sobre a correta interpretação da idéia de respeito. Alguns consideram que se deve, de maneira mais ou menos automática, demonstrar respeito a pessoas de certa posição ou grupo, enquanto outros pensam que o respeito deve ser merecido individualmente. Os primeiros se subdividem ainda mais, questionando quais grupos ou posições sociais são dignos de respeito; os segundos se subdividem a propósito de quais atos conferem respeito. E assim por diante, ao longo de infindáveis subdivisões de opinião.

Em tais circunstâncias, o tronco inicial da árvore – a ligação até o momento incontestável entre cortesia e respeito – funcionaria, tanto nos debates público quanto nas reflexões privadas, como uma espécie de patamar sobre o qual se formariam novos pensamentos e debates. Seria então natural que as pessoas considerassem essa ligação importante e, à guisa de conceito, dissessem, por exemplo, que o respeito faz parte do “próprio significado” da cortesia. Não querem dizer com isso que alguém que o negue seja culpado de autocontradição, ou não saiba como usar a palavra “cortesia”, mas apenas que o que ele diz coloca-o à margem da comunidade do discurso útil, ou pela menos habitual, sobre a instituição. Nosso filósofo servirá a sua comunidade se puder

intervir no campo da “intenção” da produção do Direito, quando se pretende “cortar o fio da continuidade”, através de um debate no próprio campo jurídico, em prol da construção de um conceito, ou ao menos, de uma concepção do que se está aplicando à motivação judicial.

Por fim, conclui-se que, quando da interpretação para a aplicação da norma, necessário se faz atermos aos limites em que a mesma se torna viável, cuja premissa para tanto se manifesta através da segurança jurídica, segundo a qual, apenas no limite é que cabe ao juiz reportar-se a técnicas interpretativas. Daí a importância de um raciocínio jurídico para o campo específico do Direito - possível através do uso da Dialética e da Retórica - por isso a constatação de que o sistema no qual se enquadra tal raciocínio, não é arbitrário, mas racional.

Em sendo assim, a problemática volta-se para o reconhecimento da racionalidade desse sistema, e que diante da proposta de uma decisão coerente a este sistema, necessário se faz focar no método ao qual se vincula a argumentação para que seja reputada como “certa” ou “errada”, segundo a proposta de Ronald Dworkin, e que, por fim, leve a uma decisão justa, eqüitativa e razoável, à luz da nova retórica argüida por Chaïm Perelman. Então, são predicáveis, como “válidas”, as motivações que levam a uma sentença, quando coerentes com o sistema ao qual se inserem, nesse importe é que se considera a coerência jurídica, consoante as proposições levadas a efeito para a motivação da decisão judicial, quando da necessária interpretação da norma como resposta judicial. Daí a importância da interação na comunicação entre os envolvidos no discurso jurídico.

2.4 A contribuição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Retomando a consagração do raciocínio, específico do campo jurídico, autor brasileiro de referência sobre o tema é Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, ao defender o direito como ciência, assim o entende pelo fato de o mesmo envolver conhecimentos

demonstrar essa estrutura e isolar essa ligação “conceitual” entre cortesia e respeito. Ele pode apreendê-la na proposição de que, para essa comunidade, o respeito oferece o conceito de cortesia, e que as posições antagônicas sobre as verdadeiras exigências do respeito são concepções desse conceito. O contraste entre conceito e concepção é aqui um contraste entre níveis de abstração nos quais se pode estudar a interpretação da prática. No primeiro nível, o acordo tem por base idéias distintas que são incontestavelmente utilizadas em todas as interpretações; no segundo, a controvérsia latente nessa abstração é identificada e assumida. Expor essa estrutura pode ajudar a aprimorar o argumento, e, de qualquer modo, irá melhorar a compreensão da comunidade acerca de seu ambiente intelectual (DWORKIN, 2007, p. 87).

sistemáticos, segundo princípios e regras próprios que o perfazem como sendo uma ciência interpretativa³⁶.

A Ciência do Direito teria, neste sentido, por tarefa interpretar textos e situações a ela referidos, tendo em vista uma finalidade prática. A finalidade prática domina aí a tarefa interpretativa, que se distinguiria de atividades semelhantes das demais ciências humanas, à medida que a intenção básica do jurista não é *simplesmente* compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador que estabelece o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo-o em presença dos dados atuais de um problema (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 14).

Nessa atividade interpretativa³⁷, o jurista se utilizaria de diversas técnicas – o que resultaria num problema pela diversidade das mesmas e ausência de uma relação hierárquica unitária entre elas. Outro problema que levaria à operacionalização científica do direito é a pluralidade dos métodos que “desconcerta o teórico”, não havendo um equilíbrio epistemológico na abordagem científica do Direito (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 17).

Ocorre que a ciência do direito também seria reconhecida pelo caráter normativo³⁸ de seus enunciados – fato este bastante discutido já que para muitos teóricos da ciência, “os enunciados científicos são descritivos e nunca normativos”. Mas, no direito a situação

³⁶ A captação da norma na sua situação concreta faria então da Ciência Jurídica uma ciência interpretativa. A Ciência do Direito teria, neste sentido, por tarefa interpretar textos e situações a ela referidos, tendo em vista uma finalidade prática. A finalidade prática domina daí a tarefa interpretativa, que se distinguiria de atividades semelhantes das demais ciências humanas, à medida que a intenção básica do jurista não é simplesmente compreender um texto (...) (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 14).

³⁷ Como deve haver um princípio dogmático que impeça o recuo ao infinito (pois uma interpretação cujos princípios fossem sempre abertos impediria a obtenção de uma decisão), ao mesmo tempo em que a sua identificação é materialmente aberta, notamos, então, que o ato interpretativo tem um sentido problemático localizado nas múltiplas vias que podem ser escolhidas, o que manifesta a liberdade do intérprete como outro pressuposto básico da hermenêutica jurídica. A correlação entre estes dois pressupostos, um atendendo a aspectos objetivos e o outro a aspectos subjetivos da interpretação, portanto, a correlação entre dogma e liberdade, nos leva a um novo pressuposto, ou seja, o caráter deontológico e normativo da interpretação. A tensão entre dogma e liberdade é, na verdade, uma tensão entre a instauração de um critério objetivo e o arbítrio do intérprete. Ora, no Direito, segue-se, em vista desta tensão, que não apenas estamos obrigados a interpretar (não há norma sem sentido nem sentido sem interpretação), como também deve haver uma interpretação e um sentido que preponderem e ponham um fim (prático) à cadeia das múltiplas possibilidades interpretativas. O critério para entender-se este fim prático é a própria questão que anima a ciência jurídica: o problema da decidibilidade, isto é, criar-se condições para uma decisão possível (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 73).

³⁸ O controle jurídico vale-se de uma referência básica das relações comunicativas entre as partes a um terceiro comunicador: o juiz, o árbitro, o legislador, numa palavra, o sujeito normativo, ou ainda, a norma. A norma não é necessariamente a lei ou sentença, mas toda e qualquer intervenção comunicativa de um terceiro elemento, numa relação diádica, capaz de definir vinculativamente o cometimento entre as partes (FERRAZ JÚNIOR, 1986, pp. 100-101).

constatada é outra - já que diante de teses diversas o juiz não pode se eximir de opinar qual delas melhor responderia à situação, para, por fim, decidir – daí decorre a importância do intérprete³⁹, em sua tarefa, sobretudo, de se ater às possíveis técnicas interpretativas (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 15). Por isso:

Sendo vista como uma atividade interpretativa normativa, o jurista se obrigaria ao uso de variadas técnicas. Fala-se em interpretação gramatical, lógica, sistemática, teleológica, sociológica, histórico-evolutiva etc. A multiplicidade terminológica das diferentes técnicas provoca muitas dificuldades, mesmo porque os seus termos ora coincidem, ora se entrecruzam. Mesmo aqueles que procuram expor ordenadamente estas diferentes técnicas reconhecem a ausência, entre elas, de uma relação hierarquicamente unitária. Mais grave que esta pluralidade das técnicas é, porém, o problema da unidade do método que ela implica (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 15).

Então, o problema enquanto se compreende o direito como ciência estaria na decisão que este requer, já que “seja qual for o objeto que determinemos para a Ciência do Direito⁴⁰, ele envolve a questão da decidibilidade” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 42). E, não obstante a preocupação doutrinária com as condições de possibilidade da decisão⁴¹, necessário

³⁹ A primeira tarefa do intérprete, pois, é estabelecer uma definição. A definição jurídica oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra; isto é, o uso corrente da palavra para a designação do fato, e o aspecto semasiológico, isto é, a sua significação normativa (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 75).

⁴⁰ Em suma, o desenvolvimento da Ciência Jurídica como teoria de sistemas de controle (jurídico) do comportamento é, no fundo, uma concepção ampliada do problema de decisão, pois vislumbra nos fenômenos de direito um momento de domínio e de estratégia de domínio, caracterizado pela possibilidade, num sistema de interações, de decisões fortalecidas, capazes de promover, evitar, contornar, autorizar, proibir etc. certas reações. Com isso, a teoria jurídica, enquanto teoria da decisão, ganha aspectos novos e ampliados que requerem uma metodologia própria. Esta metodologia consiste afinal em tratar o direito como um comportamento específico, caracterizado como um procedimento decisório regulada por normas. Nesta concepção, o ponto de partida não é necessariamente a norma ou ordenamento, mas conflitos sociais referidos a normas, como por exemplo, a questão do controle antes apontada. Segue-se da concepção da questão conflitiva, como conjunto de alternativas possíveis, o delineamento de diversos procedimentos que são caminhos percorriáveis com o intuito de resolvê-la. Este procedimentos são encontrados no próprio ordenamento (contratuais, estatutários, institucionais etc.), mas extravasam os limites dogmáticos, pois incluem também alternativas econômicas, políticas, sociais no sentido amplo. O problema da teoria jurídica é não descrever os comportamentos procedimentais que levam à decisão, mas mostrar-lhes a relevância normativa em termos de seu eventual caráter mais ou menos vinculante, tendo em vista as possíveis reações dos endereçados da decisão. Com isto, evidentemente, a Ciência Jurídica passa a desenvolver aquela analítica especial, que se preocupa com a exegese das normas não como centro de sua atividade mas como um dos instrumentos capazes de obter enunciados tecnológicos para a solução de conflitos possíveis. Este caráter tecnológico que a teoria guarda permite, por último, separá-la de uma mera compreensão sociológica do direito que se limita a descrever como se dá o comportamento, pois a finalidade da Ciência Jurídica permanece propiciar orientação para o modo como devem ocorrer os comportamentos procedimentais que visam a uma decisão das questões conflitivas (FERRAZ JÚNIOR, 1986, pp. 102-103).

⁴¹ A doutrina mais tradicional preocupa-se tanto mais com as condições de possibilidade da decisão quanto mais se supõe uma distância entre a norma que regula o comportamento e o comportamento enquanto deva estar regulado pela norma. Esta preocupação, contudo, tradicionalmente, fica presa a certos requisitos técnicos da

se faz pensar o Direito como um sistema, uma teoria⁴² de controle do comportamento⁴³. Inclusive, em termos próprios da positivação, a obra entende que:

Toda decisão implica, além disso, motivos decisórios, premissas de valor que se referem a condições sociais e nelas se realizam. O que caracteriza o Direito positivado é, neste sentido, o fato de que estas premissas de decisões jurídicas só podem ser pressupostas como direito válido quando se decide também sobre elas. Daí podermos entender por positivação do Direito o fenômeno segundo o qual todas as valorações, normas e expectativas de comportamento na sociedade têm que ser filtradas através de processos decisórios antes de poder adquirir a validade (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 41).

Para o autor, ao reconhecer as considerações positivistas para o direito, visto como ciência, o próprio fenômeno da positivação fora reduzido em sua compreensão posto que “o legalismo do século passado entendeu isto de modo restrito, reduzindo o direito à lei, enquanto norma posta pelo legislador” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 41). E, mais, defende ainda que:

Positivação e decisão são termos correlatos. Decisão é termo que tomamos num sentido lato, que ultrapassa os limites da decisão legislativa, abarcando também, entre outras, a decisão judiciária, à medida que esta pode ter

chamada justa decisão, procurando-se prever instrumentos para o decididor que lhe permitam, por assim dizer, adaptar sua ação à natureza mesma dos conflitos, desde a vinculação à lei e ao direito, passando pela maior autonomia, que lhe é atribuída nos casos dos conceitos indeterminados, normativos e discricionários, até o extremo do preenchimento das lacunas, cuja relevância já examinamos nos quadros do modelo hermenêutico, que, aqui, toma o sentido de uma ampla abertura para o decididor em contornar os conflitos. As regras de preenchimentos (analogia, equidade, princípios gerais de direito, indução amplificadora etc.) tornam-se aqui verdadeiras “normas” permissivas para a “criação” do direito pelo próprio aplicador (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 98).

⁴² A possibilidade de uma teoria jurídica do direito enquanto sistema de controle de comportamento nos obriga a reinterpretar a própria noção de sistema jurídico visto, então, não como conjunto de normas ou conjunto de instituições, mas como um fenômeno de partes em comunicação. Admitimos que todo comportamento humano é ação dirigida a alguém. O princípio básico que domina este tipo de enfoque é o da interação (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 98).

⁴³ Uma teoria jurídica do controle de comportamento cuida, portanto, não apenas da organização “jurídica” do exercício do poder, mas também, e sobretudo, dos mecanismos “políticos” que dão àquele exercício um caráter efetivo no sentido de capacidade de suscitar a obediência. Ela faz da Ciência do Direito um conhecimento que se liberta dos quadros estritos da mera exegese, como se o Direito fosse apenas um dado que competiria ao jurista examinar. Ela vai mais adiante e exige uma concepção do direito como uma verdadeira técnica de invenção, algo que não está pronto mas está sendo constantemente construído nas interações sociais (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 101).

também qualidade positivante quando, por exemplo, decide sobre regras costumeiras (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 41).

Entretanto, o direito positivado, uma vez que pode ser mudado por decisão, acaba por gerar certa insegurança em face das verdades e princípios reconhecidos, sendo que tal fenômeno “forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito”. Logo, uma vez que as premissas de decisões jurídicas, assim compreendidas quando positivadas, também advêm de uma decisão – valoradas como verdades postas, então, estas também podem ser mudadas conforme à conveniência, ou não, da decidibilidade judicial, o que leva à insegurança (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 42).

Nesse sentido, a decisão⁴⁴ torna-se central no discurso jurídico requerendo para tanto o desenvolvimento de raciocínios específicos com vistas a garantir a segurança jurídica no direito – por isso, atribuí o autor que a Ciência do Direito se manifesta através do pensamento a que ele chama de tecnológico⁴⁵. Tal pensamento é assim entendido por

⁴⁴ O ato decisório é visto aqui como um componente de uma situação de comunicação entendida como um sistema interativo, pois decidir é ato de comportamento que, como tal, é sempre referido a outrem, em diferentes níveis recorrentes. Decisão é termo correlato de conflito, que é entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade no enfoque dos interesses, da diversidade das condições de avaliação etc., que não prevêm, em princípio, parâmetros qualificados de solução, exigindo, por isso mesmo, decisão. A decisão não é, necessariamente, estabelecimento de uma repartição equitativa entre as alternativas de melhores chances, pois isso pressupõe a situação ideal de um sujeito que delibera apenas depois de ter todos os dados relevantes, podendo enumerar e avaliar as alternativas de antemão. A decisão, neste sentido, não é um mero ato de escolha, possível em situações simples, que não constituem a regra nas situações complexas, onde as avaliações não são nítidas nem as alternativas são tão claras. Sua finalidade imediata é a absorção de insegurança, no sentido de que, a partir de alternativas incompatíveis (que, pela sua própria complexidade, constituem, cada uma por si, novas alternativas: pagar ou sujeitar-se a uma processo, sendo pagar entendido como pagar a vista, a prazo, com ou sem garantias, etc.), obtemos outras premissas para uma decisão subsequente, sem ter de retornar continuamente às incompatibilidades primárias. Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecidíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores (FERRAZ JÚNIOR, 1986, pp. 89-90).

⁴⁵ Ao envolver uma questão de decidibilidade, a Ciência do Direito manifesta-se como pensamento *tecnológico*. Este possui algumas características do pensamento científico *stricto sensu*, à medida que parte das mesmas premissas que este. Os seus problemas, porém, têm uma relevância *prática* (possibilitar decisões: legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais etc.) que exige uma interrupção na possibilidade de indagação das ciências em geral, no sentido de que a tecnologia dogmatiza os seus pontos de partida e problematiza apenas a sua aplicabilidade na solução de conflitos. Para entender isto vamos admitir que em toda investigação jurídica estejamos sempre às voltas com perguntas e respostas, problemas que exigem soluções, soluções referentes a certos problemas. Surgem daí duas possibilidades de proceder à investigação, quer acentuando o aspecto pergunta, quer o aspecto resposta. Se o aspecto *pergunta* é acentuado, os conceitos-chave, as dimensões que constituem as normas e as próprias normas na sua referibilidade a outras normas, que permitem a organização de um sistema de enunciados, são postos em dúvida. Isto é, aqueles elementos que constituem a base e conferem a estrutura a um sistema patente ou latente dentro do qual um problema se torna inteligível conservam o seu caráter hipotético e problemático, não perdem a sua qualidade de tentativa, permanecendo abertos à crítica. Eles servem, pois, primariamente, para delimitar o horizonte problemático de um campo temático dado, mas ao

dogmatizar os pontos de partida e problematizar a aplicabilidade rumo à solução dos conflitos (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 45).

Traçando as diretrizes da investigação científica, nessa linha de raciocínio, ora o mesmo acentua a pergunta – direcionando o caso à pesquisa, tratando-o como questão zetética; ora acentua a resposta – reconhecendo ao caso o caráter dogmático da questão que o envolve (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 46).

As questões ‘dogmáticas’ revelam o ato de opinar e ressalvam certas opiniões (dokein). As questões ‘zetéticas’, ao contrário, desintegram, dissolvem meras opiniões (zetein) pondo-as em dúvida, o que pode ocorrer ainda dentro de certos limites (na perspectiva empírica das ciências: Sociologia, Psicologia, Antropologia Jurídicas etc.) ou de modo a ultrapassar aqueles limites, por exemplo na perspectiva da Filosofia do Direito. As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Neste sentido, elas têm uma função diretiva explícita. Pois a situação nelas captada é configurada como um dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são dogmáticas, sendo sempre restritivas (finitas) e, neste sentido, ‘positivistas’ (de positividade). As questões jurídicas não se reduzem, entretanto, às dogmáticas, à medida que as opiniões postas fora de dúvida – os dogmas – podem ser submetidas a um processo de questionamento, mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas, procurando-se, através do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação. O jurista revela-se, assim, não só como o especialista em questões ‘dogmáticas’, mas também em questões ‘zetéticas’ (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 46).

Apesar de as duas questões encontrarem-se separadas pela análise, possuem uma “correlação funcional”. Mesmo reconhecendo maior liberdade, no sentido de sua abertura, às questões zetéticas – como é o caso da presente pesquisa que envolve a temática dos atributos da dignidade à vida humana – posto que “a pesquisa pode trocar com facilidade os seus conceitos hipotéticos” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 47), estes últimos não se constroem aleatoriamente.

mesmo tempo ampliam esse horizonte, trazendo esta problematicidade para dentro deles mesmos. No segundo aspecto, ao contrário, determinados elementos são subtraídos à dúvida, predominando o lado *resposta*. Isto é, postos fora de questionamento, mantidos como *respostas* não atacáveis, eles são, pelo menos temporariamente, postos de modo absoluto. Eles dominam, assim, as demais “respostas”, de modo que estas, mesmo quando postas em dúvida, não os podem pôr em perigo; ao contrário, devem ajeitar-se a eles de maneira aceitável (FERRAZ JÚNIOR, 1986, pp. 45-46).

O recurso às questões zetéticas, atualmente, tem sido inevitável, sobretudo diante da realidade de que a legitimação a dogmas, referente a valores fixados pela fé, pela razão, ou pela sua natureza, vêm perdendo a sua simplicidade. O problema é que as questões dogmáticas não se estruturam em face de uma opinião qualquer. Os dogmas devem ser, de algum modo legitimados. Mas, até para aqueles que pretendem uma exclusão radical das questões zetéticas, como o querem “normativistas do tipo Kelsen”, não a conseguem diante da dificuldade de se fornecer pressupostos convincentes – dogmáticos. “Nestes termos, as distinções estabelecidas, por necessidade da análise, entre questões ‘zetéticas’ e ‘dogmáticas’ mostram, na práxis da ciência jurídica, uma transição, poderíamos dizer, entre o ser e o dever-ser” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 47).

Por representar, a positivação, “uma legalização do câmbio do direito”, sendo o problema central do direito não propriamente a verdade, mas sim, a decidibilidade, o autor defende os enunciados da Ciência do direito, no sentido de que deles decorrem “conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo o caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras”. (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 44).

Esses enunciados, criptonormativos⁴⁶, não seriam verificáveis ou refutáveis, como condição de seu reconhecimento científico. Para a ciência, os enunciados são apenas descritivos, pois quando informativos, passam a ser refutáveis – logo, não científicos. Porém, mesmo, por vezes, carregados de informação, o enunciado criptonormativo é científico pelo fato de a refutabilidade não excluir “a possibilidade de um enunciado ser verdadeiro”, e, ainda, “a validade da ciência independe de sua transformação numa técnica utilizável” (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 44). Por isso, tais enunciados, assim cognominados, teriam sua validade justamente por sua relevância prática.

Portanto, sendo o enunciado científico basicamente descritivo, quando carregado de conteúdo informativo, acaba sendo refutável; mas, mesmo se reconhecendo validade universal à verdade que o enunciado indica, esta não é absoluta. Assim sendo: “Uma

⁴⁶ Mantemos a ideia diretriz que comanda nossa exposição, qual seja, de que o pensamento jurídico é um pensamento tecnológico específico, voltado para o problema da decidibilidade normativa de conflitos. Nestes termos, o modelo empírico deve ser entendido não como descrição do direito, como realidade social, mas como investigação dos instrumentos jurídicos de e para controle do comportamento. Não se trata de saber se o direito é um sistema de controle, mas assumindo-se que ele o seja, como devemos fazer para exercer este controle. Neste sentido, a ciência jurídica se revela não como teoria sobre a decisão mas como teoria para a obtenção da decisão. Mais uma vez se acentua o seu caráter criptonormativo (FERRAZ JÚNIOR, 1986, pp. 87-88).

proposição basicamente descritiva, significativamente denotativa (dá uma informação precisa), impõe-se parcialmente (está sempre sujeita à verificação), embora seja aceita universalmente (é verdadeira)”. Ocorre que no Direito, compreendido como ciência, os enunciados são normativos, posto que o direito positivo “surge da imputação da validade do direito a certas decisões”, e não apenas, da “criação da decisão legislativa (relação de causalidade)”, por isso, a validade dos enunciados depende da relevância prática dos mesmos, sendo que o problema do direito não é a questão de verdade, mas sim, da decidibilidade (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 43).

Reforça-se que as questões dogmáticas são tecnológicas, têm uma função diretiva explícita, de dever-ser, logo, as questões jurídicas são dogmáticas. Mas, mesmo os dogmas podem ser submetidos a um processo de questionamento. Em sendo assim, se admitirmos as proposições da Ciência do Direito como prescrições – então, tem-se um saber prático que nos diz o que deve ser feito em tais e tais condições, daí porque serem os enunciados do Direito normativos, e não, descritivos. A verdade está ligada à propriedade com que se respeitam as condições tendo em vista uma finalidade a cumprir – o pensamento tecnológico está ligado ao fazer e à realização de uma proposta, que deve ser compreendida desta e não daquela maneira (de acordo com sua realidade). Porém, retomando a questão da decidibilidade, fato é que as decisões jurídicas não eliminam conflitos, mas impede a continuação dos mesmos. Não os terminam através de uma solução, mas os solucionam pondo-lhes um fim (FERRAZ JÚNIOR, 1986, pp. 54-56).

Logo, com as considerações do autor, o que podemos concluir é que, independentemente de se adotar uma postura jusnaturalista ou positivista para o caso, a decisão é sempre o grande problema para o direito em sua interpretação lógica⁴⁷. A compreensão-interpretativa, no entender do autor, uma vez admitida apenas no âmbito científico, constrói-se sob a premissa da verdade, e a investigação científica, “sempre faz frente ao problema da verdade” sendo que a mesma se traduz através de enunciados, que

⁴⁷ A Ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como um atividade sistemática que se volta principalmente para as normas (positivas, vão dizer alguns). Ciência da norma, a Ciência do Direito desenvolveria, então, um método próprio que procuraria captá-la na sua situação concreta. Ela envolve teses diferentes de diferentes escolas jurídicas. Não se identifica, pois, pura e simplesmente, com as teses da Escola Técnica ou com as da Teoria Pura do Direito. Delas nos aproximamos quando ouvimos falar em ciência dogmática. Delas nos afastamos quando se menciona a captação da norma na sua situação concreta (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 14).

independentemente do contexto em que são retirados, visam a uma verdade universal (FERRAZ JÚNIOR, 1986, p. 42).

2.5 A Contribuição de Eros Grau

Ainda em busca de uma racionalidade que aponte uma hermenêutica indicativa da melhor decisão judicial, em específico, no caso da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, Eros Grau passa a discorrer acerca da construção da norma jurídica e norma de decisão quando do ato interpretativo do juiz.

Coadunando com a proposta de uma lógica de juízos de valor que seja capaz de traçar diretrizes à construção de uma motivação⁴⁸ coerente, mister se faz reconhecer que a valoração é inerente ao direito, posto que guiará o processo da aplicação da lei.

Partindo-se da premissa de que os juízos valorativos são racionais, constata-se que as nuances dessa lógica estão na adesão e no acordo do auditório às teses proferidas na motivação. Assim, enquanto a lógica formal parte do pressuposto da evidência⁴⁹, como ponto de partida do raciocínio analítico, tendo como resultado uma verdade, sobre a qual não se pode discutir nada⁵⁰, a lógica de valores tem como ponto de partida o acordo das mentes acerca do valor que se adotará como premissa para, a seguir, resultar numa decisão, segundo a qual não se reportará à sua verdade, mas sim, à sua adesão⁵¹, por isso da personalidade inerente às tomadas de decisão.

⁴⁸ Daí a problemática que envolve a motivação: “saber se tais juízos são a expressão de nossos impulsos, de nossas emoções e de nossos interesse, e portanto, subjetivos e inteiramente irracionais, ou se, ao contrário, existe uma lógica dos juízos de valor” (PERELMAN, 2004, p. 135).

⁴⁹ Descartes e os racionalistas puderam deixar de lado a retórica na medida em que a verdade das premissas era garantida pela evidência, resultante do fato de se referirem a ideias claras e distintas, a respeito das quais nenhuma discussão era possível. Pressupondo a evidência do ponto de partida, os racionalistas desinteressaram-se de todos os problemas levantados pelo manejo de uma linguagem (PERELMAN, 2004, p.142).

⁵⁰ As verdades são impessoais, e o fato de serem, ou não, reconhecidas, nada muda em seu estatuto (PERELMAN, 2004, p. 143).

⁵¹ A adesão é sempre a adesão de um ou mais espíritos aos quais nos dirigimos, ou seja, ao auditório (PERELMAN, 2004, p. 143).

Esta última forma de raciocínio torna-se superior do ponto de vista teórico, já que requer, para a sua constatação, justamente o debate que leve, em última instância, à adesão a argumentos que seriam por todos admitidos, daí a referência ao auditório universal⁵².

Para se alcançar o auditório, por sua vez, é necessário que seja utilizada uma linguagem de acesso, comum aos espíritos. Daí a importância da conceituação, do uso dessa linguagem em sua significação, de sua qualificação, por isso da valoração atribuída às palavras, permeada pela lógica dos juízos de valor, já que elas é que serão ditas, ou escritas, por meio de textos, quando da argumentação proferida que levará à sentença do juiz. Porém, como bem reforça Eros Roberto Grau (2009, p. 82), a “palavra” jurídica, em sua conceituação, é construída ao longo da interpretação a que é submetida, e:

O texto, preceito, enunciado normativo é *alográfico*⁵³. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete. Mas, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, distinto do *texto*. É a *norma*.

Vale esclarecer que as normas⁵⁴ não se confundem com os textos normativos, já que estes últimos é que são interpretados, levando-se à construção das normas jurídicas. E estas, por sua vez, levam às normas de decisão proferidas na sentença judicial. “A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas” (GRAU, 2009, p.2 7). Assim, o significado que se atribui ao texto é a norma, sendo esta derivada do ato interpretativo, que por sua vez, conclui-se, não é isolado, sendo completado quando da aplicação do direito.

A lógica dos valores, então, torna-se essencial para a atribuição dada ao texto normativo pelo intérprete, uma vez que para tanto, é inevitável a valoração que se reporta à

⁵² Trata-se do apelo à razão, posto que os argumentos devem ser convincentes, aceitos por “qualquer ser racional” (PERELMAN, 2005, p. 570), conforme já nos reportamos aos mesmos nos Tópicos Jurídicos.

⁵³ Podemos distinguir dois tipos de expressão artística: o das artes *alográficas* e o das artes *autográficas*. Nas artes *alográficas* (música e teatro) a obra apenas se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete; nas artes *autográficas* (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra (ORTIGUES, 1987, p. 221).

⁵⁴ O que na verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo (GRAU, 2009, p. 27).

melhor interpretação cabível para o caso. Logo, interpretam-se e se aplicam os textos normativos e os fatos, o que requer compreensão e valoração dos mesmos.

Interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo – já o vimos, linhas acima -, não nos limitamos a interpretar (= compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (= interpretamos) os fatos. A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a norma de decisão. Esta é definida a partir daquelas (GRAU, 2009, p. 28).

Diante dessa perspectiva, tem-se que a norma é construída pelos operadores do direito, decorrente do processo de concretização⁵⁵ deste último. E a concretização se superpõe à interpretação, estando a esta vinculada como etapa derradeira do processo interpretativo. Logo, tal processo não é um ato solitário, posto que se constrói através das partes envolvidas no mesmo; o direito, nesse sentido, é construído, já que o texto normativo, para se completar, necessita, não apenas do sentido nele impresso pelo legislador, mas também, pelo produzido através da interpretação (GRAU, 2009, pp. 29-30).

Acrescendo a tais considerações, importante se faz reportarmos aos limites da produção de uma norma jurídica, diferentemente de sua criação. Há de se mensurar o que delimita o campo de atuação do judiciário, daí a crítica acerca do ativismo⁵⁶ ou proativismo judicial.

⁵⁵ A concretização implica um caminhar do texto da norma para a norma concreta (a norma jurídica), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado; a concretização somente se realiza em sua plenitude no passo seguinte, quando é definida a norma de decisão, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto (GRAU, 2009, p. 29).

⁵⁶ Em comentário: A idéia de ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos como resultante da atuação interpretativa do Poder Judiciário em face da Constituição ampliando o sentido e alcance desta. O objetivo dessa atuação proativa seria de o direito corresponder à realidade social, porém, tal fenômeno passou a ser criticado, tido por muitos como uma disfunção do exercício judicial, por extrapolar sua competência, e ainda, invadindo a do legislativo (RAMOS, 2010, pp. 106-107). O ativismo judicial é comum no sistema consuetudinário, em que é criado a partir da jurisprudência, porém tal concepção passou a ser adotada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal cuja justificativa seria a de garantir a participação do judiciário na efetivação dos direitos e garantias fundamentais (BARROSO, 2009, p. 335). Trata-se, para os que o defendem, de um reforço à democracia, já que sua justificativa maior seria a de efetivar os fins previstos no texto constitucional. Logo: “Cabe a crítica doutrinária auxiliar o Poder judiciário a encontrar o equilíbrio entre a ousadia e a criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade” (RAMOS, 2011, p. 130).

Apesar da defesa dos adeptos de tal fenômeno, têm-se os que o contestam por considerá-lo como sendo uma afronta ao princípio constitucional de Separação dos Poderes, já que o judiciário estaria, sob a justificativa de uma atuação proativa, na verdade, legislando, função esta específica do Poder Legislativo.

A problemática se dá, então, quanto aos limites da atuação do judiciário, frente ao princípio inserto na constituição brasileira da separação dos poderes, uma vez que o judiciário, seguindo o pressuposto de uma atuação proativa, acaba por criar normas, e não seria esta a sua função, mas sim, o de apenas produzi-las⁵⁷, posto que:

A norma encontra-se em estado de potência involucrada no texto e o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete “produz a norma”. O Intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação (GRAU, 2009, p. 32).

Logo, a própria idéia de proativismo do judiciário requer uma valoração para que sejam definidos os termos de sua atuação, pois por uma questão de respeito ao sistema jurídico democrático brasileiro pelo qual é gerido, não pode o judiciário, no caso específico de julgados da Suprema Corte, ultrapassar-lhe as determinações. E, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição Federal, tem por dever fazer respeitar as normas por ela estabelecidas⁵⁸.

No que toca, ao tema em comento, precisamente quando da necessidade de interpretação⁵⁹ para os casos de lacuna ou controvérsias sobre a aplicação de uma norma, tem-

⁵⁸ Apesar desse pressuposto, infelizmente, a realidade brasileira tem mostrado que: Com pouco tempo de existência e tendo por trás de si, um passado de desrespeito às normas constitucionais, a atual Carta Política se afivela ao tipo nominal, uma vez que ainda está a depender tanto dos detentores quanto dos destinatários do poder o fortalecimento do sentimento de constitucionalidade e o apego ao respeito das normas constitucionais, especialmente as de caráter limitado ou de conteúdo programático, voltadas para as correções das profundas e graves injustiças sociais reinantes em nosso País. A Constituição atual ainda não é norma plenamente eficaz, entretanto, pode vir a ser, se levada a sério pelos Poderes, com especial relevo ao Supremo Tribunal Federal como seu guardião. E se defendida pelos principais interessados em sua efetiva aplicabilidade: o povo (ALVES Jr., 2004, p. 447).

⁵⁹ Em linhas gerais, a interpretação concretizadora do texto constitucional radica no postulado de que a norma constitucional é construída pelo intérprete, mediante o processo e preenchimento dos espaços existentes nos enunciados (dispositivos) constitucionais, consideradas as circunstâncias do problema e os pré-conceitos do próprio intérprete e sua relação com o problema em si e com o mundo em redor (ALVES Jr., 2004, p. 105).

se a importância do presente estudo em face da hermenêutica jurídica dispensada às qualificações normativas que envolvem os direitos fundamentais⁶⁰.

Portanto, tecer os limites da atuação proativa do Judiciário é de suma importância para a garantia do Estado Democrático de Direito. E, com essa preocupação, é que a motivação judiciária coerente, como norma jurídica a ser construída, será o alicerce em prol da tomada de uma decisão que possa ser predicada como justa, delimitando, no mais, a competência e atuação do Judiciário. Tal motivação, por sua vez, só será alcançada graças à adequada⁶¹ interpretação⁶².

A produção de normas, sob esses parâmetros, dá-se justamente através da interpretação e aplicação⁶³ do direito, e este, a priori, é criado através do texto normativo, o qual passará a indicar o caminho para a concretização da norma aplicável ao caso, por isso da racionalidade jurídica inerente à valoração dada ao sentido do texto normativo, que deve adequar-se à realidade do fato em julgamento.

Há, nessa lógica, uma necessária integração entre direito posto, criado pelo legislador como texto normativo e orientador, e direito aplicado – segundo o qual o intérprete, sob o princípio da existência de um ordenamento jurídico, retira-lhe o sentido, valorando-lhe o significado consoante ao caso concreto. Logo:

O intérprete atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência (Comparato): a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada (Larenz). A norma não é objeto de

⁶⁰ Em comentário: Vez que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade do ser humano” (CASTRO, 2003, p. 19). Ocorre que, conforme enfatizado acerca das carências que a Constituição Federal enfrenta: “A dignidade da pessoa humana (ao menos nesta formulação e no que diz com sua expressa previsão pelo direito constitucional positivo), ainda não foi integrada de forma definitiva à totalidade das Constituições de nosso tempo, muito embora esta seja, ao que nos parece, a benfazeja e - assim esperamos, também irreversível tendência a ser saudada com entusiasmo e esperança, sem que com isto se esteja a recair na ingenuidade de não reconhecer que a positividade jurídica, por si só, não tem o condão de impedir violações concretas da dignidade das pessoas” (SARLET, 2011, p. 79).

⁶¹ Em comentário: Nessa perspectiva, a jurisdição constitucional, para se tornar efetiva, está adstrita à obediência de, pelo menos, três cânones: a) unidade e sistematicidade da Constituição; b) máxima efetividade da Constituição; e c) interpretação das leis em conformidade com a Constituição e da presunção de constitucionalidade das normas jurídicas⁶¹ (ALVES Jr., 2004, p. 105).

⁶² Uma adequada interpretação constitucional pressupõe o estabelecimento de algumas pré-compreensões, ou seja, a formulação de pré-conceitos daquilo que se quer compreender (ALVES Jr., 2004, p. 103).

⁶³ Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário, superpondo-se (GRAU, 2009, p. 35).

demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o *aceitável* (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução (Heller). Daí por que afirmo que a problematização dos textos normativos não se dá no campo da ciência: ela se opera no âmbito da prudência, expondo o intérprete autêntico ao desafio desta, e não daquela. São distintos, um e outro. Na ciência, o desafio de, no seu campo, existirem questões para as quais ela (a ciência) ainda não é capaz de conferir respostas; na prudência, não o desafio da ausência de respostas, mas da existência de múltiplas soluções corretas para uma mesma questão (Adomeit) (GRAU, 2009, p.39).

Insta esclarecer que a interpretação jurídica pode ser feita pelo advogado, pelo cientista e pelo juiz. A função interpretativa do advogado é a de provocar a decisão do juiz a favor de sua tese. Quanto ao cientista do Direito, seu papel está em apresentar as possíveis interpretações para o caso em juízo. Não lhe cabe apontar a melhor interpretação, ou a correta, mas sim, valorar as existentes sob a premissa dos juízos de valores, coerentes com a lógica jurídica. Logo, o cientista formula proposições, mesmo porque não há como indicar uma interpretação correta diante das possibilidades jurídicas interpretativas existentes para um mesmo caso. A vencedora será aquela que conseguir a adesão do judiciário⁶⁴.

Portanto, para Luís Carlos Martins Alves Júnior (2010, p. 77) há de se destacar a diferença entre norma e proposição, vez que aquela teria força vinculante por conta da legitimidade que é atribuída a quem a profere. Em contrapartida, esta última, por ser proferida por quem não é legítimo a “dizer” o direito, não seria capaz de gerar qualquer consequência jurídica. Têm-se, também, os enunciados sobre os quais se emitem as significações. Para o autor, portanto:

(...) o ‘enunciado’ é o símbolo lingüístico sujeito a diversas significações. A ‘proposição’ é uma das múltiplas propostas de significação que toda e qualquer pessoa pode fazer acerca dos ‘enunciados’. E a ‘norma’ é a significação válida e juridicamente vinculante que obriga ou proíbe ou faculta as condutas e os comportamentos humanos (2010, p. 78).

⁶⁴ Assim, como a ‘interpretação’ do ‘advogado’, a ‘interpretação científica’ não tem força vinculante nem tem validade jurídica. Só a ‘interpretação’ do ‘juiz’ tem validade e vincula condutas e comportamentos. Só a interpretação do juiz é decisiva. Todas as demais ‘interpretações’ não passam de meras, ainda que respeitáveis, ‘proposições’. Só o ‘juiz’ decide. Só quem decide produz a norma jurídica (dever-ser válido e vinculante que ou obriga ou proíbe ou faculta) que resolverá uma controvérsia ou problema jurídico. Insisto com Hans Kelsen. O advogado apresenta uma interpretação parcial. O cientista apresenta todas as interpretações possíveis. O juiz escolhe uma dentre as interpretações possíveis e resolve a controvérsia jurídica. O drama reside nesse ‘ato de escolha’ do juiz (ALVES Jr., 2010, p. 86).

Seria, então, legítimo a “dizer” o direito, o “intérprete autêntico”- o juiz -, que assim seria reconhecido dado o poder de decisão que possui, fazendo-a valer socialmente. Diferentemente seria a situação dos demais intérpretes, que apenas interpretam consoante a necessidade que possuem de identificar, ou não, o enquadramento da norma ao caso em lide. Para Eros Grau, mesmo nesse caso, os intérpretes não-autênticos estão produzindo normas já que:

O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã interpreta um texto de direito – que coíbe o furto -, *produzindo norma*. Porque a interpretação do direito consiste em *concretar a lei em cada caso*, isto é, na sua *aplicação* (Gadamer 1991:401), o homem faminto, então, ao interpretar a lei, desde o seu caso concreto, a *aplica*. Não obstante, unicamente o intérprete autêntico cria direito, no sentido de definir normas de decisão (GRAU, 2009, p. 90).

Nesse entendimento, Luís Carlos Martins Alves Júnior (2010, p. 143) acrescenta que diante da escolha de múltiplas interpretações, o juiz deverá ser imparcial, agindo com ciência, consciência e experiência, não obstante jamais ser neutro, já que para o ato de atribuir sentido à norma, quando da motivação judiciária, ele carrega toda a sua visão de mundo, logo tem os seus paradigmas, por isso, é inerente ao julgamento que profere a valoração que atribui ao texto normativo através da interpretação. Portanto, essa subjetividade do juiz, no ato da decisão judicial, é relativa, posto que lhe requer discricionariedade judicial. E, ainda:

O que se tem denominado de discricionariedade judicial é poder de criação de norma jurídica que o intérprete autêntico exercita formulando juízos de legalidade (não de oportunidade). A distinção entre ambos esses juízos encontra-se em que o juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente: o juízo de legalidade é atuação, embora desenvolvida no campo da prudência, que o intérprete autêntico empreende atado, retido, pelo texto normativo e, naturalmente, pelos fatos (GRAU, 2009, p. 57).

Tem-se, ainda, que o ato do juiz não é solitário, mas construído por todos os interessados envolvidos na solução da controvérsia, encontrando também limites nas “palavras” da Lei e nos controles exercidos pelas partes. Logo, o juiz não extrai o sentido da

norma⁶⁵ para resolver um caso, pois se assim o fosse, ter-se-ia a crença de que o Direito seria pré-existente.

E, diante da pesquisa proposta de um estudo crítico acerca da aplicação da dignidade da pessoa humana, como princípio⁶⁶ geral de direito, mister se faz pontuarmos a sua concreção⁶⁷ em face da aplicação da hermenêutica diante da constatação da liberdade do juiz em escolher a melhor interpretação que entenda cabível para um caso em julgamento, sobretudo pelo fato de o conteúdo em torno da noção de dignidade ser vago, o que remete a um conceito aberto, que precisa ser construído ao longo da prática constitucional – que por sua vez, é construída pelas partes envolvidas com a lide.

Reforça-se, quanto às regras de interpretação, não haver uma hierarquia entre elas quando do uso de cânones hermenêuticos, por isso da valoração atribuída à motivação judiciária, posto caber ao intérprete a escolha, consoante sua prudência - juízos de valor – da melhor interpretação para o caso em lide. Nessa orientação, os princípios devem ser valorados quanto à sua aplicação, tendo-se por pressuposto que são determinantes para a construção de normas jurídicas⁶⁸.

Sob o manto dos princípios⁶⁹, então, o paradigma⁷⁰ da força normativa do direito passa a traduzir-se na correspondência deste com a realidade social, alcançada graças à

⁶⁵ (...)se ele atribui sentido à norma para resolver um caso, ele reconhece que o Direito não era pré-existente, nem que estava latente, mas que foi construído para a solução da controvérsia. Sucede que essa “construção” da decisão (da norma) é realizada pelo juiz, com o auxílio das partes (ou procuradores) interessadas e conflitantes (ALVES Jr., 2010, p. 143).

⁶⁶ Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (DE MELLO, 2004, p. 841).

⁶⁷ Importa considerarmos, ainda, que as regras são concreções, são aplicações dos princípios (GRAU, 2009, p. 53).

⁶⁸ Norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios – entre estes últimos incluídos tanto os princípios explícitos quanto os princípios gerais de direito (GRAU, 2009, p. 49).

⁶⁹ Todo o edifício jurídico se alicerça em princípios supremos que formam as suas idéias directivas e o seu espírito, e não estão expressos, mas são pressupostos pela ordem jurídica. Estes princípios obtêm-se por indução, remontando de princípios particulares a conceitos mais gerais, e por generalizações sucessivas aos mais elevados cumes. E é claro que quanto mais alto se leva esta indução, tanto mais amplo é o horizonte que se abrange (FERRARA, 1978, p. 160).

⁷⁰ Se, como demonstrou Thomas S. Kuhn, em sua obra consagrada às revoluções científicas, cada busca científica insere-se em uma visão do mundo e em uma metodologia, que não podem dispensar juízos de valor, apreciações preliminares a qualquer teoria e a qualquer classificação, a qualquer elaboração de uma terminologia apropriada, relegar tais juízos de valor ao arbitrário e ao irracional retira todo fundamento científico do edifício da ciência, o qual garante os juízos de realidade cuja objetividade parecia a mais segura. De fato, como as

atualização dada ao texto jurídico por aqueles. O que se deve cuidar, entretanto, é o risco que se tem de procurar justificar “qualquer coisa” à luz de princípios. Portanto, a pré-compreensão⁷¹ destes últimos torna-se o diferencial valorativo rumo à construção jurídica da norma de decisão.

Então, reconhecendo a existência e o influxo de elementos valorativos no procedimento de individualização do direito, encontra na pré-compreensão o fator inicial do qual parte o procedimento do intérprete, considerando a sua fundamental importância para a tomada da decisão judicial (GRAU, 2009, p. 110).

Acrescendo a tal reflexão, Eros Grau, no mais, adverte: “Ora, se o direito é definido, enquanto sistema, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios, cumpre indagarmos quais princípios compõem essa ordem” (2009, p. 47). Por isso, algumas referências quanto à aplicação dos princípios⁷² tornam-se importantes como orientadoras da lógica jurídica que se pretende empreender.

Nessa direção, em suma, destaca-se que os princípios estão divididos em explícitos – posto que expressos no texto da Constituição ou da lei, implícitos, quando não claros no texto jurídico, mas resultados da análise de preceitos normativos, e ainda, em princípios gerais de direito, obtidos através do direito pressuposto⁷³.

Quanto aos princípios gerais de direito, estes se encontram insertos no ordenamento jurídico, por isso, não são criados, mas sim, descobertos, haja vista já se encontrarem no interior desse ordenamento, logo, positivados. Para Eros Grau, os mesmos

ciências não são mais que o produto da atividade científica, a metodologia dela só pode elaborar-se se negamos a existência de critérios que permitiriam considerar preferíveis certas hipóteses, certas teorias, uma certa terminologia e um certo uso da linguagem (PERELMAN, 2004, p. 153).

⁷¹ Compreender significa, primariamente, entender-se na coisa e apenas secundariamente destacar e compreender a opinião do outro como tal – a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter que ver com o assunto mesmo (GRAU, 2009, p. 114).

⁷² Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do direito (ou do próprio direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições. Tomem-se, aí, *disposições* por *regras* (MIRANDA, 1987, p. 198).

⁷³ Em síntese, a ordem axiológica ou teleológica que o direito é compreende os princípios explícitos e os implícitos. Os primeiros são recolhidos no texto da Constituição ou da lei. Os segundo, implícitos, são descobertos em textos normativos do direito posto ou no direito pressuposto de uma determinada sociedade. Estes últimos são chamados de princípios gerais de direito (GRAU, 2009, p. 147).

encontram-se apenas em estado de latência; não obstante existirem no direito posto, precisam do direito pressuposto para que possam emergir como norma jurídica (GRAU, 2009, p. 47).

A questão então está em reconhecer-lhes a existência, por isso de sua positivação e não serem transcendentais por já se encontrarem insertos no ordenamento. Em sendo assim, sob o paradigma dos princípios, passa-se a refletir acerca da oposição e contradição dos mesmos e como se daria a aplicação do direito para o caso. Tal reflexão é de suma importância haja vista que os juízos de valor devem atuar em determinado campo lógico sob pena de incoerência sistemática de sua justificação. Nesse intento, não se pode confundir “valores (teleológicos) com princípios (deontológicos)” (GRAU, 2009, p. 52).

Ora, quando da aplicação de um princípio geral de direito – compreendido este, ainda, como sendo o específico de determinada matéria – primeiro deve-se partir da premissa de que a sua qualificação não pode fugir aos limites do ordenamento jurídico – posto que se tem por referência que o mesmo já se encontra positivado, não obstante em estado de latência. Em sendo assim, o valor que lhe deve ser atribuído, igualmente, deve estar adstrito, por questão de coerência lógica, ao âmbito normativo para a sua aplicação. Logo, “os conflitos e as oposições entre princípios são conflitos e oposições entre normas”. Nesse sentido, não haveria antinomia⁷⁴ jurídica quando do confronto entre princípios; trata-se apenas de escolha de qual deveria ser adotado “no contexto do caso”. Em tal situação, via de consequência, partindo-se da premissa de que as normas é que operam concreção aos princípios, as mesmas são afastadas, não sendo aplicáveis em determinada hipótese. (GRAU, 2009, p. 52). Caso o conflito se dê entre os princípios e regras jurídicas⁷⁵, jamais se manifestaria a antinomia, justamente pelo fato de que aqueles “encontram-se, a cada momento, inteiramente nas regras que os aplicam, sem nunca se esgotarem em nenhuma delas” (EWALD, 2000, p. 68).

Em se tratando, em específico, do princípio da dignidade da pessoa humana, este requer extrema acuidade quanto à sua aplicação, haja vista a amplitude conceitual a que remete a expressão “dignidade”. Nesse importe, necessário se faz a valoração teleológica do termo, posto reconhecer que o direito também se constrói dos fatos concretos que são colocados ao judiciário, e ainda, a deontológica, por sua condição jurídico-normativa. Nesse

⁷⁴ *Antinomia jurídica*, pois, é situação que impõe a extirpação, do sistema, de uma das regras (GRAU, 2009, p. 194).

⁷⁵ O vocábulo “regra” (jurídica) é aqui utilizado sob conotação diversa daquela que lhe atribui Kelsen, para quem regra jurídica é a proposição descritiva, formulada no nível, doutrinário, da ciência do direito. Aí a distinção: normas jurídicas – proposições prescritivas – são criadas pelas autoridades incumbidas de legislar; regras jurídicas ou de direito são proposições, descritivas, estabelecidas pela ciência do direito (GRAU, 2009, p. 167).

sentido, “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)” (GRAU, 2009, p. 45). Por isso, a valoração deve partir da prenoção que é dada ao termo dignidade, supondo-se a apreensão feita pelo senso-comum do termo para, a partir de então, valorá-la conforme os meandros jurídico-normativos.

Para a lógica de valores, a valoração dada à expressão “dignidade da pessoa humana”, no contexto jurídico, resulta na normatização da mesma, via interpretação, que portanto, não é declaratória, mas sim, constitutiva, posto que “consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão” (GRAU, 2009, p. 38).

Logo, diante das considerações apresentadas, seja no caso de constatação da antinomia ou do reconhecimento da positivação dos princípios gerais de direito, antes mister se faz esclarecer acerca da noção de dignidade da pessoa sob o enfoque jurídico-constitucional. A qualificação, então, norteará o vínculo entre tal noção e a construção de um conceito capaz de justificar um julgamento coerente.

Se o texto jurídico contiver elementos quantitativos determinantes, a aplicação do mesmo pelo julgador se dará de imediato, posto que a passagem da descrição à qualificação, a princípio, já estará delimitada. O problema é quando essa passagem não é clara, sobretudo quando as noções sob as quais se devem subsumir os fatos são imprecisas, o que leva a necessidade de qualificação dos fatos, e por sua vez, à determinação de um conceito⁷⁶. E, tal observação é constatada quando da apreciação do significado, na aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo em face da expressão dignidade, que se reporta, conforme a um conceito vago e impreciso⁷⁷.

⁷⁶ Conceito este que, por sua vez, “resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia” (PERELMAN, 2004, p. 47).

⁷⁷ Tal constatação, todavia, não significa que, consoante apontam diversas vozes críticas, se deva renunciar pura e simplesmente a busca de uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana e nem que se deva abandonar a tarefa permanente de construção de um conceito. Que possa servir de referencial para a concretização, já que não se deve olvidar que a transformação da dignidade em uma espécie de tabu (considerando-a como uma questão fundamental que dispensa qualquer justificação), somada à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face de cada possível violação) o seu conteúdo, pode de fato resultar em uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade. Na tentativa, portanto, de rastrear argumentos que possam contribuir para uma compreensão não necessariamente arbitrária e, portanto, apta a servir de baliza para uma concretização também no âmbito do Direito, cumpre salientar, inicialmente e

Em prol da construção de um conceito que satisfaça a razão de ser da expressão dignidade, há de se lhe atribuir aspectos incontestáveis quando à sua significância. Não se pode olvidar que a expressão deve associar-se a todo e qualquer ser humano, como um valor que lhe é inerente, e ainda, em seu aspecto jurídico-normativo, por conta do ideário de uma constituição que se fulcra nos direitos fundamentais, no caso da brasileira, a dignidade deve ser compreendida, a princípio, como condição irrenunciável e inalienável do ser humano, por isso de sua proteção constitucional.

Por fim, diante da construção argumentativa que é adequada pela valoração, a preocupação quanto a esta se torna latente ao se buscar o desenvolvimento de uma motivação coerente em prol de uma decisão judicial que possa ser predicada como sendo a que melhor por convencer as partes, revelando-se como uma “correta” interpretação⁷⁸ dos fatos e adequada à aplicação do direito.

A motivação⁷⁹, com efeito, externará a visão de mundo do juiz, posto que este carrega consigo sua história de vida, o que influirá, inevitavelmente, na norma de decisão, porém, isso não significa ratificar a parcialidade do ato sentencial. Ao contrário, reconhece-se que tal ato não é neutro, porém deve ser imparcial na construção de uma sentença justa e razoável. E, para que estes objetivos possam ser alcançados, a racionalidade jurídica torna-se essencial na construção de uma lógica de valores, que deverá adequar-se aos casos em

retomando a ideia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Assim, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. (SARLET, 2011, pp. 52-53).

⁷⁸ A interpretação, pois, é um processo intelectual através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. Atividade voltada ao discernimento de enunciados semânticos veiculados por *preceitos* (enunciados, disposições, textos). O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (o texto): neste sentido, o intérprete produz a *norma* (GRAU, 2006, p. 83).

⁷⁹ Concluindo, motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências. A motivação se adaptará ao auditório que se propõe persuadir, a suas exigências em matéria de direito e de justiça, à idéia que ele se forma do papel e dos poderes do juiz no conjunto das instituições nacionais e internacionais. Como essa concepção varia conforme as épocas, os países, a ideologia dominante, não há verdade objetiva a tal respeito, mas unicamente uma tentativa de adaptação a uma dada situação. O direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão (PERELMAN, 2005, p. 570).

juízo, através de uma metodologia que perfaça uma lógica de preferência razoável para a escolha da melhor interpretação cabível à lide. Tal metodologia buscará delimitar os valores envolvidos, inclusive, nos casos de aplicação dos princípios de direito, como é o da dignidade da pessoa humana, por isso da importância da significação da mesma para o direito.

2.6 A contribuição de Virgílio Afonso da Silva

A Constituição Federal de 1988, conhecida como cidadã, alicerça-se nos chamados Direitos e Garantias Fundamentais do ser humano⁸⁰, reconhecendo-os em sua importância como cláusulas pétreas⁸¹, antecedendo-os, na estrutura do texto constitucional, os Princípios Fundamentais.

Portanto, a dignidade encontra-se registrada na Constituição Federal, em seu início: como fundamento, no artigo 1º; como objetivo a ser alcançado, no artigo 3º; como princípio regente das relações internacionais brasileiras, no artigo 4º e como direito e dever individual e coletivo, no artigo 5º. Todos estes construídos sob os anseios da democratização do país, em que o povo brasileiro desejava romper como o regime autoritário, antecedente⁸² à sua promulgação⁸³.

⁸⁰ Em comentário: Desde o preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). Se no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito, perceber-se-á que o Texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro. (PIOVESAN, 2012, p. 82).

⁸¹ O art. 60, § 4º, apresenta as cláusulas pétreas do Texto Constitucional, ou seja, o núcleo intocável da Constituição de 1988. Integram esse núcleo: I) a forma federativa de Estado; II) o voto direito, secreto, universal e periódico; III) a separação dos Poderes; e IV) os direitos e garantias individuais. Vale ressaltar que a Constituição anterior resguardava como cláusula pétrea a Federação e a República (art. 47, § 1º da Constituição de 1967, não fazendo menção aos direitos e garantias individuais (PIOVESAN, 2012, p.89).

⁸² Em comentário: Esses precedentes levaram à culminância, jurídica de uma nova ordem que institucionalizasse a instauração do regime democrático no Brasil. Sob essa perspectiva, construiu-se uma Carta constitucional que consolidou as garantias e direitos fundamentais. “A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil” (PIOVESAN, 2012, p.80).

⁸³ A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começara assim que instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição de Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só

Dada a importância da hermenêutica jurídica para o Direito, e tendo este trabalho como tema a dignidade da vida humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, necessário se faz refletir sobre a mesma, em sua condição de Direito Fundamental, como princípio de alta relevância⁸⁴ para o ordenamento pátrio vigente.

Virgílio Afonso da Silva adverte acerca das considerações que os tribunais e doutrinadores têm tecido quanto ao conteúdo e núcleo essencial dos direitos fundamentais – que irão nortear a valoração e interpretação dos princípios, no caso específico, da dignidade humana, quando de sua aplicação. Reforça que a existência desse conteúdo essencial deve ser respeitada pelo legislador, mesmo reconhecendo-se à Constituição Federal brasileira o caráter de rigidez – que leva à impossibilidade de reformas constitucionais por força das cláusulas pétreas (2010, pp. 22-24).

Logo, declarar a essencialidade de um conteúdo de direitos fundamentais compete ao legislador ordinário, já que sendo a sua tarefa concretizar tais direitos, deve, então, atentar ao núcleo essencial dos mesmos. E, a preocupação com essa tarefa, no caso específico dos direitos humanos, constata-se, sobretudo, nas constituições pós regimes autoritários e totalitários⁸⁵, como ocorreu no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se seguiu à ditadura (SILVA, 2010, pp. 24-26)

poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social (SILVA, 2000, p.80).

⁸⁴ Em comentário: Como exposto, a dignidade da pessoa humana, na condição de superprincípio, tornou-se diretriz do texto constitucional. Nesse sentido, para Jorge Miranda: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado” (1988, p.166). Mas, para que este princípio alcançasse tamanha relevância, os precedentes históricos foram determinantes à sua consagração como núcleo da ordem jurídica constitucional.

⁸⁵ Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei, como leciona Luís Roberto Barroso. Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente como justificativa para os crimes cometidos. A respeito, destaca-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a idéia da ‘banalidade do mal’, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações. Nesse contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emergem a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal. É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de uma lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Esta será a marca das Constituições européias do Pós-Guerra. Observe-se que, na experiência brasileira e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcarão a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política. Basta atentar à

O controle do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, por sua vez, pode se dar objetivamente ou subjetivamente. Sob o enfoque objetivo, tal conteúdo deve ser definido a partir do significado desses direitos para a sociedade, como um todo:

Proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental, nesse sentido, significa proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles. Como se percebe, esse enfoque assemelha-se muito à própria idéia de cláusulas pétreas (SILVA, 2010, p. 27).

Quanto ao enfoque subjetivo, a garantia da essencialidade do conteúdo não pode ser obtida através da sociedade, como um todo, mas sim, individualmente, em cada situação “deveria haver, segundo esse enfoque, um controle para se saber se o conteúdo essencial foi, ou não, afetados” (SILVA, 2010, p. 27).

Há ainda duas outras formas de se determinar tal conteúdo. A primeira, intuitiva, entende ter, em cada direito fundamental, um conteúdo essencial absoluto. Já a segunda forma, conhecida pela teoria relativa, defende que a definição do que seja essencial, logo protegido, “depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto” (SILVA, 2010, pp. 27). Para o autor, a questão trata de um fenômeno complexo, que levam aos problemas: “(a) a definição daquilo que é protegido pelas normas de direitos fundamentais; (b) a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (c) a fundamentação tanto do que é protegido como de suas restrições” (SILVA, 2010, p. 27).

Sob essas premissas, ao discorrermos acerca da dignidade da pessoa humana e sua aplicação no ordenamento pátrio, é preciso considerar o problema envolto ao seu significado e conteúdo, essencial, posto ser um direito fundamental. Ao reconhecê-la como princípio normativo fundamental, consagrado expressamente como fundamento de nosso ordenamento jurídico⁸⁶, já lhe é atribuído, qualificativamente, o caráter de norma jurídica constitucional, e por conseguinte, valorada a sua significação, ao menos no âmbito jurídico.

Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2012, p. 84-85).

⁸⁶ Em comentário: Sobre tais parâmetros, traçou-se nova perspectiva político-filosófica do Estado - constitucional e democrático - que, ao ter a dignidade da pessoa humana como fundamento e objetivo - passou a existir em função da pessoa humana, e não o inverso. Assim, “no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas” (SARLET, 2011, p. 80).

Em que pese tais considerações, sobretudo diante do fato de que passou a integrar o direito positivo, o reconhecimento desse princípio na ordem jurídica não sugere que só por isso, e em seus termos, será reconhecido ou subsistirá. Por isso, merece nota, em termos jurídicos, assinalar no que denota o princípio da dignidade da pessoa humana, já que para Robert Alexy, cada direito fundamental indica uma norma jusfundamental que o reconheça (2011, p. 47).

Propondo-se, então, discorrer a condição de princípio da dignidade humana, mister se faz esclarecer as diferenças entre regras e princípios. As primeiras, garantem direitos, ou impõem deveres, definitivos. Já os segundos, também apresentam as mesmas premissas, mas não são definitivos⁸⁷.

Isto significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que, como será visto adiante, regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada (SILVA, 2010, p. 45).

Então, os princípios são mandamentos de otimização que visam à realização do direito na melhor medida possível, dependendo das condições fáticas e jurídicas para a sua aplicação. Segundo Robert Alexy, por essa razão, a realização dos princípios pode se dar em diversos graus, o que não é possível com as regras:

A idéia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que dificilmente ocorre nos casos difíceis. Isso porque, ainda que nos limitemos apenas às condições jurídicas, dificilmente a realização total de um princípio não encontrará barreiras na proteção de outro princípio ou de outros princípios. É justamente a essa possível colisão que Alexy quer fazer referência quando fala em “condições jurídicas” (SILVA, 2010, p. 45).

E, ainda outra observação que merece apontamento é quanto à colisão de normas ou de princípios, o que leva ao conflito entre eles, requerendo para tanto, o uso da

⁸⁷ No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (SILVA, 2010, p. 45).

hermenêutica adequada para a situação. Nos casos de conflito normativo⁸⁸, que se dá entre regras e entre princípios, tem-se no primeiro deles, que a solução a ser dada não deve relativizar a definitividade, característica própria da regra; logo, “se duas regras prevêm consequências diferentes para o mesmo ato ou fato, uma delas é necessariamente inválida, no todo ou em parte” (SILVA, 2010, p. 47). No segundo caso, quando da colisão de princípios⁸⁹, dada a peculiaridade destes, não se é possível, simplesmente, como ocorre com as regras, declarar a invalidade de um deles, ou então, considerar a um como sendo exceção :

As colisões entre princípios têm que ser encaradas e resolvidas de forma distinta. Segundo os pressupostos da teoria dos princípios, não se pode falar nem em declaração de invalidade de um deles, nem em instituição de uma cláusula de exceção. O que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja, prevêm consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência* (SILVA, 2010, p. 50).

Mas, pode haver ainda a colisão entre regras e princípios, sendo este o ponto mais complexo da Teoria dos Princípios, posto que, como já exposto, quando do conflito entre regras, uma será inevitavelmente considerada inválida, no todo ou em parte, prevalecendo a que se sobrepor. Quanto à colisão de princípios, não se poderá ter a mesma solução, já que, por não levarem à definitividade de direitos e deveres, não se pode delegar a um a sua validade, e a outro, a invalidade ou exclusão – como princípios, são sempre válidos. O que se terá, é a adequação do princípio prevalente às condições do caso em questão, não retirando a validade do outro – observar-se-á, portanto, as relações condicionadas de precedência. Porém, quando da colisão entre regras e princípios, a situação se complica (SILVA, 2010, p. 50).

⁸⁸ Nesse sentido, um conflito normativo nada mais é que a possibilidade de aplicação, a um mesmo caso concreto, de duas ou mais normas cujas consequências jurídicas se mostrem, pelo menos para aquele caso, total ou parcialmente incompatíveis (SILVA, 2010, p. 47).

⁸⁹ O exemplo-padrão para esse fenômeno costuma ser a colisão entre a liberdade de imprensa e o direito de privacidade ou o direito à honra das pessoas. Realizar uma ampla liberdade de imprensa pode, em muitos casos, ser incompatível com a proteção ideal da privacidade de algumas pessoas. Esse tipo de colisão não pode ser resolvido, contudo, a partir da declaração de invalidade de um dos princípios. Ou seja, mesmo após a solução da colisão os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à privacidade continuam *tão válidos quanto antes*. Não se pode dizer também que um institui uma exceção ao outro, já que às vezes prevalecerá um, às vezes o outro, ao contrário do que acontece no caso das regras. Tudo dependerá das condições do caso em questão. Essa é a idéia por trás do conceito de relações condicionadas de precedência (SILVA, 2010, p. 50).

Uma solução para tal colisão seria o sopesamento, mas em se prevalecendo o princípio sobre a regra, então, o que se teria seria o afastamento desta – o que não coadunaria com suas características de garantia de direitos e deveres definitivos – já que, ao ser afastada, embora válida, a definitividade, característica de uma regra, ficaria prejudicada (SILVA, 2010, p. 51).

Outra opção de resposta para a colisão seria dada no plano da validade. Em caso de prevalência da regra, e afastamento do princípio, então este deveria ser expelido do ordenamento. Mas como isso seria possível já que os princípios, assim são reconhecidos, justamente por sua validade no ordenamento jurídico? Tal solução é “incompatível com a idéia segundo a qual a validade de um princípio não é afetada nos casos em que sua aplicação é restringida em favor da aplicação de outra norma” (SILVA, 2010, p. 51).

Sobre a questão, Robert Alexy apresenta a proposta de que, no caso de colisão entre regras e princípios, deve haver, sim, um sopesamento, mas como as regras não seriam sopesáveis, o que ocorreria, na verdade, seria uma colisão entre o princípio e o princípio que a regra representaria. Mas, tal solução seria uma tanto quanto temerária posto que delegaria ao aplicador do direito a liberdade de afastar uma regra sempre que entendesse haver um princípio mais importante a ser aplicado em detrimento ao outro, contido naquela – o que geraria certa instabilidade jurídica – incoerentemente com a razão de ser de uma regra que seria, justamente, a de garantir a segurança jurídica⁹⁰, por isso o seu caráter de definitividade de direitos e deveres (SILVA, 2010, p. 52). Então, no caso em questão, o que se teria não seria uma colisão entre regras e princípios, posto que:

O que há é simplesmente o produto de um sopesamento, *feito pelo legislador*, entre dois princípios que garantem direitos fundamentais, e cujo resultado é um regra de direito ordinário. A relação entre a regra e um dos princípios não é, portanto, uma relação de colisão, mas uma relação de restrição. A regra é a expressão dessa restrição. Essa regra deve, portanto, ser simplesmente aplicada por *subsunção* (SILVA, 2010, p. 52).

⁹⁰ Essa segurança é garantida quando uma instância tem a competência de definir uma determinada linha. Essa instância, em um Estado constitucional, é o legislador, e essa linha é definida pelas regras que ele cria (SILVA, 2010, p. 52).

E, ainda, pode haver dúvidas quanto à constitucionalidade de uma regra de direito, outrora sopesada pelo legislador, e por isso obtida via restrição, o que compromete a sua aplicação. Nesse caso, a competência seria do juiz em controlar-lhe a constitucionalidade cujo resultado seria, ou declará-la constitucional - logo, cabendo a sua aplicação via subsunção; ou declará-la inconstitucional em detrimento de outro princípio que prevaleceria sobre o princípio ao qual tal regra se fundamentaria. Nessa última situação, a colisão desapareceria. Porém, pode haver casos que, mesmo não envolvendo a constitucionalidade de uma regra, leva à incompatibilidade da mesma em face da colisão⁹¹ com outro princípio a ser considerado. Tem-se, como exemplo ilustrativo de tal situação, o seguinte caso concreto⁹²:

Na estréia de uma de suas peças de teatro, ao final da apresentação, o diretor Gerald Thomas foi vaiado e, segundo algumas versões, grosseiramente ofendido pela platéia. Em reação, o diretor exibiu as nádegas ao público, razão pela qual foi acusado, em ação penal, pelo crime de ato obsceno. Segundo o Código Penal, em seu art. 233, é crime punível com detenção de três meses a um ano, ou multa, a prática de “ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público”. A solução para esse caso, de forma simples, seria, em caso de tipicidade da conduta, a simples aplicação por subsunção da regra penal e da cominação da pena. Mas, alguns poderiam ver, aí, também uma colisão entre a regra penal em questão e o princípio constitucional que garante a liberdade de expressão. Como a regra não é, abstratamente considerada, inconstitucional, a única solução possível, diriam alguns, seria recorrer ao sopesamento entre o princípio da liberdade de expressão e o princípio que dá suporte à regra que pune o ato obsceno, que seria a proteção da ordem pública e, subsidiariamente, dos “bons costumes”. Nesse caso, no entanto, se se decide pela prevalência da liberdade de expressão, é necessário aceitar que há regras que, embora aplicáveis a um caso concreto, podem eventualmente não ser aplicadas. Isso, contudo,

⁹¹ Uma solução possível para esse tipo de colisão, que seja compatível com os pressupostos deste trabalho, seria, por exemplo, *excluir a tipicidade da conduta do agente*. Para essa exclusão é possível utilizar qualquer forma de argumentação jurídica, inclusive o *sopesamento*. Mas, o sopesamento, nesse caso, não é uma forma de aplicação do direito, já que se trata de colisão envolvendo uma regra, mas uma mera forma de argumentação (SILVA, 2010, p. 54).

⁹² (...) Essa foi a decisão do STF no caso do diretor Gerald Thomas, nos seguintes termos: “Tendo em conta as circunstâncias em que se deram os fatos – momento seguinte a uma apresentação teatral que tinha no próprio roteiro uma simulação do ato sexual, após manifestação desfavorável de um público adulto e às 2h da manhã – entendeu-se atípica a conduta praticada pelo paciente, que, apesar de inadequada ou deseducada, configuraria apenas uma demonstração de protesto ou reação contra o público, que estaria *inserida no contexto da liberdade de expressão*”. Ou seja: não se entendeu tratar-se de ato obsceno (“entendeu-se atípica a conduta”), mas de mero exercício da liberdade de expressão. Para chegar a esse resultado os ministros utilizaram-se de elementos da situação concreta. Poder-se-ia dizer também que um eventual sopesamento entre os princípios envolvidos deu mais peso à liberdade de expressão. O que importa nessa primeira variante da argumentação é que não se concluiu que o ato era, de fato, obsceno, mas que apesar disso, a regra não seria aplicável, por ceder espaço ao princípio da liberdade de expressão. Não. Decidiu-se simplesmente que o ato não se enquadrava na descrição da regra (SILVA, 2010, p. 54).

contrária o caráter de definitividade da regra. Essa é, portanto, uma solução a ser descartada, *pele menos nesses termos* (SILVA, 2010, p. 53).

Há casos, porém, em que a colisão entre regras e princípios é resolvida não pela exclusão de uma conduta (de um tipo penal), mas, ao contrário, com a inclusão de uma conduta, estado ou posição jurídica – que esbarra com um preceito contrário de uma regra. É o que se verifica com a aplicação da Lei 7.670/1988, que em seu art. 1º, II, autorizava o levantamento do FGTS, apenas aos titulares da conta, em caso de portadores do HIV. Mas, em determinadas circunstâncias, os juízes começaram a estender-lhe a aplicação, autorizando o levantamento desse fundo, também, aos dependentes dos titulares, para o tratamento dos mesmos, por entenderem haver uma colisão entre o direito à vida e a regra legal.

Como se percebe, essa estratégia pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, mas quando muito em uma primeira decisão, que, ao menos inicialmente, é uma decisão *contra legem*. Não é, contudo, um sopesamento que se repete a cada decisão. Isso porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, *cria-se uma regra* que institui exceção à regra proibitiva. Ou seja: os juízes, ao liberar o levantamento dos valores mesmo em casos vedados ou não previstos pela legislação, não fazem uma análise caso por caso, como ocorre nas hipóteses de colisão entre princípios. O que ocorre, como mencionado é a criação de uma regra – por exemplo: “É permitido o levantamento dos valores da conta do FGTS para o tratamento de saúde de dependentes do titular nos casos em que esses sejam portadores do HIV” -, e essa regra é aplicada por subsunção. Por isso, pode-se dizer que essa é uma regra como outra qualquer, que é o produto do sopesamento entre dois princípios. A única diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial. Mas seu processo de surgimento – sopesamento entre princípios – e aplicação – subsunção – é o mesmo. Se se puder falar em algum sopesamento, portanto, é apenas nesse processo de surgimento, mas não no processo de aplicação. Uma vez criada a exceção, vale para ela também o raciocínio de direito ou dever definitivo, típico das regras (SILVA, 2010, pp. 55-56).

Retomando o tema da dignidade humana e sua aplicação, necessário se faz repensar a hermenêutica adequada aos casos em que, como princípio, a mesma venha a colidir seja com regras, seja com outros princípios. Adotando-se a premissa de que as normas jurídicas se dividem em regras e princípios, questiona-se a possibilidade de sopesamento do princípio da dignidade da pessoa humana quando de uma colisão com outras normas jurídicas.

Para o caso, Robert Alexy entende que, por sua peculiaridade⁹³, tal princípio requer tratamento diferenciado. Para ele, a dignidade atua ora como regra, ora como princípio⁹⁴. Como regra, traria em si um conteúdo essencial absoluto, logo não passível de relativização e, por sua força de aplicação, decisivo quanto aos direitos e obrigações – por isso, com natureza de regra jurídica. Já, como na condição de princípio mesmo, poderia ser relativizado, quando houvesse fundamentos suficientes para tanto⁹⁵. Diante desse fato, então, parece possível sustentar que (SILVA, 2010, pp. 201):

(...) também a dignidade segue os mesmos caminhos de todos os princípios, e, portanto, tende a ter um conteúdo essencial relativo, a não ser nos casos em que a *própria constituição*, em normas com estrutura de *regra*, defina condutas *absolutamente* vedadas nesse âmbito. A principal delas seria, sem dúvida alguma a vedação de tortura e tratamento degradante (art. 5º, III), que impõe uma barreira intransponível – ou seja, imune a relativizações a partir de sopesamentos – no conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana. Com isso, torna-se possível uma proteção efetiva e, em vários casos, absoluta da dignidade sem que seja necessário recorrer a exceções *ad hoc* ao modelo desenvolvido (SILVA, 2010, pp. 201-202).

Então, segundo Robert Alexy, na condição de princípio, a dignidade da pessoa atua como promotora da viabilidade de um direito. Sendo regra, apresenta prescrições relativas à conduta – por isso é absoluta – razão pela qual não se questiona a sua precedência sobre as normas, mas sim a sua observância, ou não, como regra, o que não ocorre em sua perspectiva principiológica. Como princípio, em sua própria noção, não há como lhe atribuir caráter absoluto, haja vista que necessário se faz ponderar-lhe a aplicação em face de outros

⁹³ Sustenta-se que é no princípio da dignidade humana que a ordem jurídica encontra o próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada para a hermenêutica constitucional contemporânea. Consagra-se assim a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno (PIOVESAN, 2012, p. 86).

⁹⁴ Em comentário: Logo, segundo Robert Alexy, inserta como direito fundamental, a dignidade humana assume as vezes de princípio e de valor, classificando-se como norma jurídica constitucional – ora princípio, ora regra. Logo, não se pode excluir a dimensão valorativa intrínseca a este princípio, em específico, e igualmente, presente na regra. Como valor, possui caráter axiológico; como princípio, a dignidade humana apresenta caráter deontológico – posto tratar-se de um dever-ser (2011, p. 138).

⁹⁵ Em comentário: No que se refere ao caráter relativizado dos Direitos do Homem, questiona-se a viabilidade de tal relativização, coerência e aplicação da dignidade humana a um caso concreto. Por isso, cuida-se saber: “Até que ponto a dignidade da pessoa, notadamente em sua condição de princípio e direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, isto é, completamente infensa a qualquer tipo de restrição e/ou relativização (SARLET, 2011, p. 149).

princípios, já que pode se dar em diversos graus; logo, não haveria princípios absolutos, sendo necessária a relativização do princípio da dignidade humana⁹⁶ (2011, p. 106).

No caso da Constituição Brasileira vigente, este princípio, em específico, torna-se um valor⁹⁷ essencial posto que dá unidade e sentido ao texto constitucional. Em referência ao exposto, é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana a sua valoração à luz de um racionalismo jurídico. Reconhece-se, então, a sua importância, como formador da ordem constitucional ao dar a esta unidade e sentido. Daí a necessária qualificação desse princípio, condizente com a unidade constitucional, que se manifesta através da motivação judiciária, devendo esta, por sua vez, direcionar-se à luz da dialética e da retórica com vistas a uma metodologia prática da argumentação. E, ao retomarmos a temática sob o foco da dignidade da pessoa humana, necessário se faz, diante dessa proposta, apresentarmos a concepção desta

⁹⁶ Como ordenamento jurídico-constitucional, portanto, a conceituação da dignidade da pessoa humana se reveste de um elevada abstração, e diante dessa constatação, a segurança jurídica permeadora do Direito, acaba sendo abalada quando do uso da mesma como a panacéia de todos os males. Nesse importe, Norberto Bobbio defende que, não obstante ser uma ilusão um fundamento absoluto acerca de uma concepção do que venham a ser os direitos humanos, especificamente, para o caso, da dignidade humana como princípio, necessário se faz relativizá-los em prol de sua eficácia. Como justificativa do fato de ser uma ilusão a busca do fundamento absoluto, e em defesa da relativização de tais direitos, estão as quatro dificuldades encontradas para a sua aferição, quais sejam: a definição, a classe variável, a heterogênea e os direitos antinômicos (BOBBIO, 1992, p.17-22). No que se refere à classe variável, esta é tida como uma dificuldade pelo fato de que os direitos do homem estão em constantes transformações por conta das razões históricas que lhe impingem tais modificações, sendo que “os direitos que as declarações do século XVII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações” (BOBBIO, 1992, p.18). Por isso, para Norberto Bobbio, “Não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. De resto não há por que ter medo do relativismo”. Por sua vez, a heterogenia é tida como uma dificuldade em face de que tais direitos possuem estatutos diversos, e ainda, por vezes, incompatíveis, não obstante se reconhecer-se haver “alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente (...) (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura)” (BOBBIO, 1992, p.20). Porém, a questão se dá envolta da defesa em prol de que tais direitos devem ser relativizados quando da aplicação a um caso em concreto, e não tidos por absolutos, justamente pelo fato de que “o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar” (BOBBIO, 1992, p. 20). Por fim, tem-se a dificuldade em se buscar um fundamento absoluto quando da antinomia dos direitos, posto que há obrigações, inerentes aos mesmos, que são positivas, sendo outras, diversamente, negativas, logo, tais direitos são “antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros” (BOBBIO, 1992, p. 21). Nesse sentido, explicita-se que: “Além dos direitos tradicionais, que consistem em liberdades, também há os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da arte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas” (BOBBIO, 1992, p. 21).

⁹⁷ Os valores constitucionais possuem uma tripla dimensão: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora – metas ou fins predeterminados, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução daqueles fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional; e c) crítica – para servir de critério ou parâmetro de valoração para a interpretação de atos ou condutas. (...) Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade (PÉREZ LUÑO, 1988, pp. 288-289).

e onde se encontra positivada⁹⁸, sob os parâmetros constitucionais, no campo específico do saber de um direito garantista⁹⁹.

2.7 A contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet

A importância de se discorrer acerca da dignidade da pessoa humana se dá quanto à sua significação para o direito. Diante de todo o exposto, reconhecendo-se a evolução do pensamento acerca do que seria o direito hoje, mister se faz reforçar que, inclusive, para a concepção positivista, o direito positivo assim é reconhecido quando eficaz para a sociedade. E, sob essa perspectiva é que se coloca a questão da dignidade como um direito, portanto, positivado no ordenamento jurídico brasileiro vigente e se eficaz em seus termos e concretização.

Reconhecendo-se à dignidade humana a condição de norma, em face de sua aplicação para um caso em concreto, a temática se volta para a sua valorização e aceção

⁹⁸ Registre-se que a dignidade da pessoa humana foi objeto de expressa previsão no texto constitucional vigente mesmo em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (artigo 170, *caput*), seja quando, na esfera da ordem social, fundou o planejamento familiar nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 6º), além de assegurar à criança e ao adolescente o direito à dignidade (artigo 227, *caput*). Mais adiante, no artigo 230, ficou consignado que “a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida” (SARLET, 2011, pp.75-76).

⁹⁹ Inicialmente, a natureza dos direitos do homem se identificava com determinadas liberdades do indivíduo face e contra o Estado. Esta concepção é contemporânea de uma desconfiança em relação ao poder, compartilhada com o marxismo, mas que ao contrário deste, prega a limitação do Estado, entendendo-o como mal necessário. Ora, em países como os latino-americanos, onde a sociedade, ela mesma, é em muitos casos autoritária (e injusta), o poder do Estado, enquanto tal, pode-se revestir de um aspecto positivo. Esta colocação é contemporânea da intervenção do Estado no domínio do que antes se convencionou chamar de privado, a qual, alterando o quadro das suas funções tradicionais estabelecidas pela ideologia liberal, oferece as coordenadas para uma reelaboração dos direitos do homem. É o resultado, já da afirmação de uma nova geração de direitos (greve, sindicalização, reunião, educação, etc.) e, mais do que nunca, de seu gozo reiterado. O nascimento de um conjunto de direitos de crédito frente ao Estado (saúde, alimentação, habitação, etc.) altera profundamente a natureza dos direitos humanos. Estes agora serão, a um tempo, liberdades e créditos do indivíduo (ou grupo) frente ao Estado. Se as liberdades se manifestavam através de uma prestação prevalentemente do poder público (abstenção do Estado), os créditos exigem uma prestação prevalentemente positiva, ou seja, a disposição de medidas públicas dirigidas à solução de demandas tipificadas como direitos. A concepção dos direitos fundamentais como liberdades e créditos, além de manter implícita uma teoria de Estado (mais precisamente uma teoria do exercício do poder do Estado), identificada com o que hoje chamamos democracia, opera a fusão de duas noções até há pouco dissociadas: liberdade e capacidade. (...) tudo se passa como se os direitos do homem fossem um espaço único. Mais do que isso, um espaço histórico, um processo, um caminho de invenção permanente, onde o que mais importa é o homem, cidadão e sujeito de seu tempo e lugar, em face do que um certo tipo de organização de poder (e não outro) não pode faltar (CLÈVE, 1993, pp. 125-127).

assumida ao longo da trajetória jurídica que passou a percorrer até alçar-se como princípio jurídico.

Nesse intento, antes, torna-se necessário apontar o campo permeador da significância dessa expressão, qual seja: o do direito. Este nasce dos anseios e expectativas sociais, com fulcro a regular a vida em sociedade de maneira tal que viabilize a paz em coletividade¹⁰⁰. Logo, tem por pressuposto a vida com o outro, tendo por vértices: diretrizes, prerrogativas e deveres.

Sob essa lógica, constrói-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana, como um direito fundamental, que engloba o ser humano e inerente a ele, a uma, em sua projeção como indivíduo mesmo; a duas, como cidadão – pessoa: sujeito de direitos e obrigações, e a três, por encontrar-se arraigada, em sua natureza moral, a dignidade como condição ímpar de sua racionalidade, de sua capacidade de distinguir o “certo” do “errado”, ou ao menos, de identificar tais valores no contexto social ao qual se insere. A sua normatização reflete a luta¹⁰¹ dos homens por seu reconhecimento e, essa luta, em busca de sua garantia, nasce do conflito, da ofensa à dignidade e da busca dos seres humanos em reconhecê-la como primado da justiça¹⁰². Não obstante a tais constatações, há de se ressaltar que a história do homem evolui, e conseqüentemente, a concepção do significado atribuído à determinada expressão, por isso, acerca do tema, Noberto Bobbio defende: “não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (1992, p. 19).

¹⁰⁰ Ora, o direito não é mais do que a soma das diversas instituições isoladas que o compõem; cada uma delas contém uma condição de existência particular, física ou moral: a propriedade da mesma forma que o casamento; o contrato da mesma forma que a honra. O abandono de uma delas é pois tão impossível, juridicamente, como o abandono de todo o direito. Mas o que em todo o caso é possível é o ataque de um estranho a uma destas condições, e repetir este ataque é o dever do interessado. Com efeito não é suficiente a garantia puramente abstrata destas condições de vida por parte do direito; - devem elas ser concretamente defendidas pelo sujeito do direito e a ocasião fornece-lha qualquer despótico, quando tem a audácia de dirigir-lhe um ataque. Nem toda a injustiça, entretanto, é um ato despótico, isto é, uma revolta contra a idéia do direito. O possuidor de uma coisa minha, que se julga dela proprietário, não contesta à minha pessoa a idéia da propriedade, pelo contrário, invoca-a em seu favor; toda a disputa entre nós consiste unicamente sem saber quem é o proprietário (VON IHERING, 2009, p. 20).

¹⁰¹ Eu tenciono desenvolver aqui a ideia de que a luta é o trabalho do direito e que tanto pelo que diz respeito à necessidade prática, como à importância moral, ela é para o direito, o que o trabalho é para a propriedade (VON IHERING, 2009, p. 3).

¹⁰² Há quem aponte para o fato de que a dignidade da pessoa não deve ser considerada, pelo menos não exclusivamente, como algo inerente à natureza humana (no sentido de uma qualidade inata pura e simplesmente), isto na medida em que a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, refutando-se a tese de que a dimensão ontológica da dignidade possa ser equiparada a uma dimensão por assim dizer biológica (SARLET, 2011, p. 57).

Retomando-se a questão, em específico, quanto ao surgimento do direito¹⁰³, e por conseguinte, da dignidade como um direito, tem-se que, em se tratando dos direitos humanos, a história que os precede indica que os mesmos não nasceram de um dia para o outro¹⁰⁴, sem uma razão ou exigências maiores, mas sim de toda uma conjectura política, social e cultural que os elevaram à condição de um princípio. “Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos” (BOBBIO, 1992, p. 7), logo, há um sentido norteador de seu reconhecimento normativo.

Como referência histórica para o reconhecimento desses direitos, tem-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão¹⁰⁵, na França, que em 1789, que influenciou a positivação dos direitos acauteladores da pessoa humana através da normatização que lhes fora dada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela resolução 217, A(III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que preceitua em seu preâmbulo:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum. Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão. Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.

¹⁰³ As informações que nos dão os documentos da época histórica sobre o nascimento do direito são, no entanto, suficientes; todos proclamam que o nascimento do direito, como o dos homens, tem sido, uniformemente, acompanhado das vivas dores do parto. Devemos lastimar-nos? (...) Pode afirmar-se sem rodeios: - a energia do amor com que um povo está preso ao seu direito e o defende, está na medida do trabalho e dos esforços. Não é o simples hábito mas o sacrifício que forja entre o povo e o seu direito a mais sólida das cadeias, e, quando Deus quer a prosperidade de um povo, não lhe dá aquilo de que ele necessita, não lhe *facilita* mesmo o trabalho para o adquirir, mas torna-lho mais duro e mais difícil. Não hesito, pois, em proclamar a este respeito – a luta que exige o direito para desabrochar não é uma fatalidade mas um graça (VON IHERING, 2009, pp. 11-12).

¹⁰⁴ A realidade de onde nasceram as exigências desses direitos era constituída pelas lutas e pelos movimentos que lhes deram vida e as alimentaram: lutas e movimentos cujas razões, se quisermos compreendê-las, devem ser buscadas não mais na hipótese do estado de natureza, mas na realidade social da época, nas suas contradições, nas mudanças que tais contradições foram produzindo em cada oportunidade concreta (BOBBIO, 1992, p. 74).

¹⁰⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com o caráter de universalidade e racionalidade, cunhou os direitos humanos através dos ideais filosóficos iluministas, de forma ecumênica, posto que abarcava toda a humanidade (BASTOS, 2002, p. 202).

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição (ONU, 2012, *online*).

A remissão ao texto da Declaração é feita em face da proposta temática que ora se desenvolve acerca das qualificações envoltas às palavras “dignidade¹⁰⁶ humana” - ora consagradas como jurídicas -, apesar de não ser o desígnio desta pesquisa o aprofundamento de tais questões, mas o de registrar o arcabouço filosófico-jurídico no qual se amparou tal expressão como um princípio. Em sendo este o objetivo traçado, por uma questão de recorte metodológico, vale registrar a evolução da mesma para o pensamento ocidental, segundo o qual “a idéia do valor intrínseco da pessoa humana deita raízes já no pensamento clássico e no ideário cristão” (SARLET, 2011, p. 34).

O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da idéia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a idéia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo (MENDES et al, 2009, p. 266).

A influência do cristianismo foi marcante quanto à concepção da dignidade como valor estruturante – por isso estar inserto a ela a valoração primeira -, gênese traçada pelo pensamento cristão, segundo o qual, sendo o homem criado à imagem e semelhança de Deus, a sua natureza humana fora dignificada.

A expressão, portanto, assumiu um sentido agregado à condição cristã, segundo a qual “Não há judeu nem grego, não há varão nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus” (MENDES et al, 2009, p. 266). Não obstante a esse fato, também se associava à

¹⁰⁶ Cumpre registrar que o termo *dignidade* aqui empregado como relacionado à pessoa humana, costuma ser utilizado em outras situações, de tal sorte que se fala até mesmo em dignidade de certos cargos, funções, instituições. De outra parte, considerando a perspectiva jurídico-constitucional deste ensaio, convém sinalar também, que mesmo no tocante ao conceito e conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, foi no âmbito da literatura jurídico-constitucional que, em regra, acabou concentrando-se a coleta de material bibliográfico, muito embora a inserção gradativa, ao longo das diversas edições, de aportes filosóficos (SARLET, 2011, p. 33)

posição social do indivíduo e o seu reconhecimento pelos membros da comunidade, conforme o pensamento da antiguidade clássica, evoluindo, ainda, o seu sentido com a concepção estoíca - que a vinculava com a qualidade inerente à pessoa.

Assim, especialmente em relação a Roma – notadamente a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social – é possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estoíca referida) e sociopolítico de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo) (SARLET, 2011, p. 35).

Nesse importe, Marco Ruotolo conclui que a dignidade passou a assumir dois significados, mesmo para o pensamento cristão, ora associada à conquista, como resultante do esforço pessoal em ter reconhecimento social, ora numa concepção ontológica, associada “à imagem e semelhança de Deus”. Entretanto, tais concepções foram revistas com Anicio Manlio Sererino Boécio, “cujo pensamento foi (em parte) posteriormente retomado por São Tomás de Aquino”, ao formular um novo conceito de pessoa como sendo “substância individual de natureza racional” (SARLET, 2011, p. 37), traçando a racionalidade como diretriz dessa dignidade.

Com efeito, no pensamento de Tomás de Aquino, restou afirmada a noção de que a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade (SARLET, 2011, p. 34).

Outro pensador de destaque inovador para a construção semântica da expressão dignidade foi Francisco Vitoria por dissociá-la dos preceitos cristãos. Ele, quando do processo de aniquilação indígena, defendeu “que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana- e não pelo fato se serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípio livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos”. Assim, norteados pelo pensamento jusnaturalista, passou a conceber a dignidade da pessoa humana segundo parâmetros racionais e laicos (SARLET, 2011, p. 38). Mesmo porque:

Essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou admitindo, durante muitos séculos, a legitimidade da escravidão, a inferioridade natural da mulher em relação ao homem, bem como a dos povos americanos, africanos e asiáticos colonizados em relação aos colonizadores europeus (TAVARES, 2007, p. 511).

Então, com esse novo ideário, Samuel Pufendorf torna-se, igualmente, figura de destaque para essa construção semântica, posto que seculariza a perspectiva de dignidade da pessoa humana ao fundamentá-la na liberdade moral, para ele, aspecto peculiar do indivíduo. Nesse propósito, ela não estaria “fundada numa qualidade natural do homem”, também não poderia ser “identificada com a sua condição e prestígio na esfera social”, muito menos, “ser reconduzida à tradição cristã”, segundo a qual a dignidade seria “concessão divina”. Antes, teria como fundamento “a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção” (SARLET, 2011, p. 39).

Immanuel Kant, por sua vez, concebeu a dignidade a partir da autonomia ética do indivíduo. Com tal premissa, completa-se a secularização da noção atribuída à expressão, já que se dissocia totalmente da filosofia teológica. Para ele:

O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim... Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito) (1980, pp. 134-135).

Diante do exposto, tem-se que para a filosofia kantiana a autonomia e a dignidade são atributos interligados à condição humana já que “a dignidade pode ser considerada como próprio limite do exercício do direito de autonomia, ao passo que este não pode ser exercido sem o mínimo de competência ética” (SARLET, 2011, p. 40).

Ocorre que tal filosofia, ao apresentar os fundamentos para a consagração dos direitos humanos, não identifica quais seriam esses direitos. E é esse o ponto distintivo da

concepção kantiana que passa a ser adotado pela doutrina, sobretudo por conta de sua adequação à construção de um conceito jurídico-constitucional, não obstante as críticas em torno da visão antropocêntrica de tal concepção, haja vista que a mesma está adstrita ao homem, e não aos seres vivos num todo, o que não coaduna com a realidade de um direito evolutivo, e por conseqüência, igualmente, dos parâmetros conceituais da dignidade, que deve ser externada também à fauna e à flora diante do incessante desgaste ambiental (SARLET, 2011, pp. 42-43).

Insta ressaltar que tal conceito deve ser tido, então, como inclusivo, vez que não se pode tomar a espécie humana como acima das demais, por isso deve-se associar ao mesmo o pressuposto de que a dignidade da pessoa humana é resultante das obrigações de uns para com os outros seres vivos. E ainda, outro ponto que merece reflexão, e que é objeto dessa pesquisa, se dá acerca do início e o fim da dignidade da pessoa e que “tanta relevância tem assumido no âmbito da biotecnologia e do assim designado biodireito, notadamente no que diz com a proteção jurídica do embrião (e do patrimônio genético da pessoa em geral) em face de toda a sorte de manipulações” (SARLET, 2011, p. 44).

De qualquer modo, incensurável, isto sim, como teremos oportunidade de demonstrar no próximo segmento, é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta (pessoa) considerada como fim, e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano (SARLET, 2011, p. 45).

Não obstante a consagração do pensamento kantiano para a construção do conceito jurídico de dignidade, Hegel tece críticas ao mesmo, já que não concorda com a concepção ontológica desta última, posto que, para ele, a dignidade do indivíduo está atrelada à sua condição de cidadão. Logo, Hegel não funda “a sua concepção de pessoa e dignidade em qualidades (ou faculdades) inerentes a todos os seres humanos, além de não condicionar a condição de pessoa, sujeito e dignidade à racionalidade” (SARLET, 2011, p. 47). Em todo o caso, a significação dessa dignidade, como norma jurídica, deve estar associada, conforme já descrito em linhas pretéritas, à pessoa, em sua condição humana; à racionalidade, aspecto identificador desta última e ao vínculo jurídico do indivíduo para com a sociedade, o que lhe aufero o status de cidadão.

Por todo o exposto, a narrativa apresentada teve por foco decifrar o sentido da expressão dignidade da pessoa humana. Fato é que esta passou a ser concebida no plano

constitucional sob a concepção kantiana, do pressuposto de que o homem, justamente por sê-lo, carrega em si direitos “que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado”. Daí a construção semântica dessa dignidade reconhecida como princípio supremo, consagrada como direito positivo; de sua densidade jurídica, de valor estruturante para a concretização dos direitos fundamentais constitucionais, e que requer novos parâmetros em prol de uma hermenêutica que se coadune com a dogmática¹⁰⁷, haja vista o universo de valores que envolvem os princípios, por isso, da necessidade de uma interpretação lógica, não mais apenas de regras, mas sobretudo, destes últimos.

Portanto, diante das considerações apontadas, em razão da interpretação a ser dada ao princípio da dignidade humana, questiona-se a relativização do mesmo quando de sua aplicação a um caso em concreto. Por isso, cuida-se saber: “Até que ponto a dignidade da pessoa, notadamente em sua condição de princípio e direito fundamental, pode efetivamente ser tida como absoluta, isto é, completamente infensa a qualquer tipo de restrição e/ou relativização” (SARLET, 2011, p. 149).

Nesse entendimento, para a conflagração, ou não da relativização do princípio da dignidade da pessoa humana, mister se faz considerar, antes, que há limites para tanto, e ainda, que se deve, em todo o caso, observar o núcleo essencial, diretriz axiológica e deontológica de tal princípio. Sobre tais premissas, têm-se que os direitos fundamentais, juntamente com a dignidade, “atuam, no centro do discurso jurídico constitucional, como um DNA, como um código genético, em cuja unifixidade mínima, convivem, de forma indissociável, os momentos sistemático e heurístico de qualquer ordem jurídica verdadeiramente democrática” (PASQUALINI, 1999, p. 80).

A temática então se volta quando do conflito na aplicação do princípio em estudo a pessoas diversas, porém igualmente dignas, e que estão reclamando a dignidade para si. Diante de tal situação:

Sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, um dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção do poder público e da sociedade), poder-se-á imaginar a hipótese de um conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo-se – também nestes casos – o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização), que necessariamente implica a hierarquização ou a

¹⁰⁷ Parte da ciência jurídica que critica e classifica os princípios que constituíram a fonte do direito positivo de determinado país (HOUAISS, 2009, p. 705).

ponderação dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares (SARLET, 2011, p. 30).

O direcionamento do conflito em face da aplicação da dignidade, como princípio, então, será o reconhecimento do caráter hierárquico da mesma, e ainda, da ponderação a ser utilizada caso a caso. Nesse sentido, reforça-se:

Numa palavra, se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão-somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo (SARLET, 2011, p.174).

E ainda, resta levantar a questão de se saber, também, a possibilidade de se afetar a dignidade de outrem, no caso, especificamente, de um ofensor, com o escopo de se proteger a dignidade de alguém – o ofendido, quando aquele, “pela sua condição humana, é igualmente digno, mas que, ao menos naquela circunstância, age de modo indigno” (SARLET, 2011, pp. 150-151). Diante de tal situação, conclui-se que tais atos indignos, violadores da dignidade, não têm o condão de provocar a perda da dignidade, conforme todo o exposto, e ainda, por sua condição de princípio que não pode ser renunciada.

Diante das reflexões até agora apontadas, destacou-se, portanto, a necessidade de se repensar o Direito, em sua aplicação, não mais sob os parâmetros da velha dogmática, do formalismo positivista (que interpretava regras, e não princípios) e legalista de dantes. No caso do direito brasileiro, com foco na dignidade humana:

Ainda que se possa controverter a respeito da afirmação de que o Constituinte tenha tido a intenção de instaurar, também entre nós, uma ordem constitucional embasada no direito natural, mas dotada de plena eficácia normativa, o fato é que não há como desconsiderar, pena de omitirmos aspectos essenciais à compreensão do sentido e conteúdo da dignidade da pessoa humana, a vertente histórica e filosófica do princípio, inclusive sua íntima relação com a doutrina jusnaturalista (...). Em verdade, tendo sido reconhecida pela ordem jurídica estatal (expressa ou implicitamente), verifica-se que a dignidade da pessoa passou a integrar o direito positivo vigente e é nesta condição que ora vai analisada, sem que com isto se esteja a desconsiderar e minimizar a relevância de uma fundamentação filosófica da dignidade (SARLET, 2011, p. 80).

Com esse entendimento, a dignidade da pessoa humana, princípio de suma importância para o ordenamento pátrio, conforme descrito nos tópicos anteriores, conduz, como fundamento de nossa ordem constitucional, à unidade de sentido, legitimação e de valor de nossa Carta Magna. É o núcleo essencial do texto constitucional, fundamento de nosso Estado democrático de Direito e norma jurídica¹⁰⁸ constitucional segundo a qual firma a concepção de a pessoa ser o fundamento e fim da sociedade e do Estado (SARLET, 2011, p. 91).

Nesse sentido, o Estado passa a se justificar como ente voltado à satisfação dos direitos fundamentais, e não o contrário. Tais direitos não mais se encontram apenas no Estado – logo, é a política que deverá servi-los. E, em se tratando da dignidade da pessoa humana, uma norma-princípio vinculada aos direitos fundamentais, está a atuar “como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (SARLET, 2011, p. 87).

O problema, então, com o reconhecimento de sua importância como diretriz nuclear da Constituição Federal se dá no fato de que a dignidade requer uma qualificação condizente como o seu conteúdo, de maneira tal que se possa apreender o seu sentido. Ocorre que, como expressão aberta, “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar” (ALEXANDRINO, 2008, p. 481).

Tal constatação, todavia, não significa que, consoante apontam diversas vozes críticas, se deva renunciar pura e simplesmente a busca de uma fundamentação e legitimação da noção de dignidade da pessoa humana e nem que se deva abandonar a tarefa permanente de construção de um conceito que possa servir de referencial para a concretização, já que não se deve olvidar que a transformação da dignidade em uma espécie de tabu

¹⁰⁸ Num primeiro momento – convém frisá-lo -, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto- tal como sinalou Benda – a condição de valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na sua qualidade de princípio e valor fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui – de acordo com a preciosa lição de Judith Martins-Costa, autêntico “valor fonte que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico”, razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (SARLET, 2011, p. 85).

(considerando-a como uma questão fundamental que dispensa qualquer justificação), somada à tentação de se identificar apenas em cada caso concreto (e em face de cada possível violação) o seu conteúdo, pode de fato resultar uma aplicação arbitrária e voluntarista da noção de dignidade. Na tentativa, portanto, de rastrear argumentos que possam contribuir para uma compreensão não necessariamente arbitrária e, portanto, apta a servir de baliza para uma concretização também no âmbito do Direito, cumpre salientar, inicialmente e retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Assim compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente (SARLET, 2011, pp. 52-53).

Logo, a despeito das dificuldades quanto à sua conceituação, ressaltando-se que, como qualidade intrínseca do ser humano a dignidade, por si mesma, não pode ser concedida pelo direito, é possível, racionalmente, construir-lhe uma significância no campo jurídico¹⁰⁹. Portanto, deve-se decifrá-la, à luz de uma hermenêutica envolta por métodos argumentativos face de sua condição de princípio estruturante. “Com efeito, para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário” (SARLET, 2011, p. 70).

Não obstante reconhecer-se a necessidade de atribuir um conceito à dignidade no plano jurídico, antes é preciso decifrar o seu sentido axiológico, buscando parâmetros para a sua compreensão, em prol dessa segurança jurídica¹¹⁰. Logo, “o conceito, além de normativo,

¹⁰⁹ Não obstante as dimensões múltiplas que se reportam à dignidade da pessoa humana, é possível conceituá-la, a partir de tais perspectivas, como sendo: “A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (SARLET, 2011, p. 73).

¹¹⁰ Com base no que até agora foi exposto, verifica-se que reduzir a uma fórmula abstrata e genérica tudo aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, em outras palavras, a definição do seu âmbito de proteção ou de incidência (em se considerando sua condição de norma jurídica), não parece ser possível, o que, por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que, todavia, acabará alcançando

é axiológico, porque a dignidade é valor - a dignidade é a expressão do valor da pessoa humana. Todo 'valor' é a projeção de um bem para alguém; no caso, a pessoa humana é o bem e a dignidade, o seu valor, isto é, a sua projeção." (AZEVEDO, p. 12).

Nesse propósito, a lógica jurídica, através de uma nova retórica, visando a uma ciência argumentativa, em busca de um saber jurídico consistente, propõe guiar tal decifragem apontando os meios para tanto. Decifrar o sentido da dignidade humana é essencial, sobretudo em face de sua aplicação, como motivação, que leva à formação de uma norma jurídica, culminando no ato sentencial.

2.8 Considerações parciais

Neste capítulo, a pretensão do estudo consistiu em visitar as contribuições doutrinárias acerca da hermenêutica jurídica e como esta tem sido concebida quando da aplicação dos direitos fundamentais. Diante da proposta de se discorrer acerca dos direitos fundamentais e da aplicação, em específico, do princípio da dignidade humana, tem-se que é através da hermenêutica, como condutora indispensável de uma racionalidade jurídica, que será possível a concretização de uma decisão judicial justa e coerente.

pleno sentido e operacionalidade em face do caso concreto. Com efeito, para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário (SARLET, 2011, p.70).

3. O PROCESSO E O JULGAMENTO DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE N.3510

No presente capítulo visitarei o caso das pesquisas com células-tronco submetido ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF) que teve o princípio da dignidade humana como parâmetro normativo. Analisarei a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.510. Verificarei se os ministros do STF, em suas respectivas manifestações, foram coerentes, no aspecto narrativo e consistentes no aspecto normativo, de modo a verificar a compatibilidade entre o texto constitucional e a decisão da Corte.

3.1 O caso submetido ao Supremo Tribunal Federal

O caso em questão trata da legalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias¹¹¹ no Brasil. O tema causou grandes repercussões sociais por envolver o direito à vida, e ainda, a aplicabilidade, adequação, ou não, do princípio da Dignidade da Pessoa Humana aos embriões criopreservados, objetos de pesquisas com clonagem.¹¹²

A temática em julgamento, por sua relevância, requereu um estudo acerca das consequências sociais que se poderia ter com a pesquisa, ou com o seu cerceamento, uma vez

¹¹¹ Células-tronco embrionárias: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce in vitro na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos (ZAGO, 2006, p. 18).

¹¹² CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente. Brasília, 29 de maio de 2008.

que a vida considerada para o julgado era a do embrião¹¹³, porém relativizada em face da outra vida que esperava pelo tratamento terapêutico através da clonagem embrionária.

A polêmica envolta no julgado retoma, então, a concepção do que vem a ser a vida, e os direitos a ela garantidos no Ordenamento Jurídico pátrio. O direito à vida, pertinente à matéria discutida em voto, encontra-se legislado na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal e, especificamente, no caso do embrião, na Lei 11.105/2005, conhecida por Lei da Biossegurança.

O Direito Brasileiro já traz, em seu conteúdo, princípios basilares acerca da matéria, sobretudo a Lei de Biossegurança, que desde 2005 fazia previsão expressa acerca da possibilidade de pesquisas embrionárias. Porém, tratar da clonagem embrionária, como proposta das atuais pesquisas científicas, segundo as quais o embrião é “morto”, envolveu a discussão em torno do aborto e da concepção do momento em que se daria a vida e como esta seria, ou deveria ser entendida, ao menos juridicamente, para que fosse possível delimitar os seus direitos.

Retomando-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que fora proposta, precisamente, em questionamento da constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 – Lei da Biossegurança - dada a complexidade e importância do tema, houve a necessidade do debate com outros setores da sociedade com o fito de se obter os subsídios necessários para o proferimento do acórdão.

3.2 A petição inicial da Procuradoria-Geral da República

Foi ajuizada pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemes Fontele, a mencionada ADI 3510 visando ao questionamento da constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 – Lei da Biossegurança, que se transcreve:

Art 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

¹¹³ Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral (ZAGO, 2006, p. 17).

II – sejam embriões congelados há 3 anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 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 realizarem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em 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 9.434/97.

Argumentou o requerente que o citado artigo era inconstitucional por ferir o Direito à Vida, em sua inviolabilidade, a que fazia jus o embrião humano, objeto de clonagem. Para tal entendimento, defendeu que o embrião é uma vida humana, baseando-se em estudos e posicionamentos de especialistas sobre o tema, como o da Dra. Claudia M. C. Batista, segundo a qual a vida se manifestaria “a partir da fusão do material genético materno e paterno”, o que comandaria todas as reações, de forma autônoma a levar o embrião a se implantar no útero materno, ressaltando que “este programa é, além de autônomo, único, irrepetível, harmônico e contínuo” (BRASIL, PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2008, fls. 11).

Sobre tais premissas, então, é advogada a tese de que a vida humana começaria “na, e a partir da fecundação”, o que, em sendo assim, tais pesquisas violariam a preservação da dignidade da pessoa humana (BRASIL, PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2008, fls. 02-03).

É apresentado, ainda, em reflexão ao direito comparado, o tratamento dado ao tema pela legislação alemã, segundo a qual:

Por embrião nos termos desta lei entende-se, já a partir do momento da fusão nuclear, o óvulo humano fecundado e capaz de se desenvolver, assim como toda célula totipotente retirada de um embrião que, uma vez reunidas as condições necessárias, seja capaz de se dividir e se desenvolver num indivíduo (BRASIL, PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2008, fls. 10).

Acerca do teor da mencionada lei, segundo informações solicitadas ao Subprocurador-Geral da República, Dr. Eugênio Aragão, na Alemanha, de uma maneira geral, não é permitido o uso de embriões humanos em pesquisas, inclusive para fins terapêuticos. Mas, em sendo tais células embrionárias pluripotentes, entendidas como sendo as que não se

desenvolvem de maneira a constituir um indivíduo, tais pesquisas seriam permitidas. O problema estaria em se diferenciar as células totipotentes das pluripotentes (BRASIL, PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2008, fls. 02-03).

Diante do exposto, a causa de pedir da Ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Procurador Geral da República, foi a incompatibilidade com a Magna Carta de dispositivos genéricos, impessoais e abstratos da lei federal, no caso em questão, Lei 11.105 de 2005.

No mérito, a ação contrapõe os dispositivos do artigo quinto da referida lei federal, conhecida como “Lei da Biossegurança”, alegando para tanto que a petição está fundamentada cientificamente sobre a premissa de que a vida começa a partir da fecundação, momento ao qual, portanto, deve-se preservar a sua inviolabilidade (BRASIL, PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2008, fls. 12)

Por fim, requer seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005, e ainda, com fundamento na Lei nº9868/99, §1º, do artigo 9, dada a relevância da matéria, solicita a realização de audiência pública (BRASIL, PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, 2008, fls. 15).

3.3 As manifestações da Advocacia-Geral da União e do Congresso Nacional

Em resposta à solicitação de manifestação acerca da ADI, o Advogado da União, Dr. Rafaelo Abritta apresenta, antes de analisar o mérito, questões relacionadas às pesquisas com células-tronco¹¹⁴, dadas as dúvidas geradas devido à falta de informações sobre o desenvolvimento de novas tecnologias (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 85).

Segundo a Advocacia Geral da União, as inovações biotecnológicas sobre o tema, as pesquisas com células-tronco podem se dar tanto nas do tipo embrionárias, como nas adultas. As primeiras são encontradas em óvulos fertilizados, não implantados no útero materno. As últimas encontram-se nos recém-nascidos e no cordão umbilical. Ocorre que

¹¹⁴ Podem-se definir as células-tronco como células-mãe, ou seja, são células imaturas, primitivas e multipotentes, de origem embrionária. Tais células, também denominadas células precursoras, assim como o tronco de uma árvore, se ramificam e se transformam em células especializadas (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 85).

estas, sobretudo quando descobertas na medula óssea, originam apenas alguns tecidos do corpo. Diferentemente, as células-tronco embrionárias, identificadas como pluripotentes no período de 4 a 5 dias após a fecundação *in vitro*, em razão de sua plasticidade, possuem maior capacidade de diferenciação em outras células, por isso, são ideais para o tratamento de doenças degenerativas (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 86).

Acerca da formação embrionária, esclarece, ainda, que a linha primitiva do sistema nervoso surge apenas a partir do décimo quarto dia de desenvolvimento do embrião – tal referência é feita diante do fato de que a vida humana é findada quando da “morte cerebral”- postura adotada pela Lei 9434/97, que autoriza transplantes de tecido e órgãos após a morte (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 87).

Destaca, também, que vários países autorizam a manipulação de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 88).

No mérito, inicia a defesa admitindo que a concepção jurídica do termo vida sempre deve se perfazer independentemente de outros conceitos, inclusive que “não repete denotações técnicas atribuídas aos vocábulos por outras áreas do Saber Humano tais como a física, a medicina, a biologia, a antropologia, a religião etc”, não cabendo ao judiciário, em última análise, definir o significado jurídico para o termo (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 89).

E ainda, sobre essa questão, faz referências ao julgamento do HC nº 82.424, como exemplo do papel normativo-conceitual do STF, quando no caso atribuiu juridicamente o significado da palavra raça, formando um conceito jurídico do termo, distinto dos conceitos religiosos e científicos. Nesse sentido, houve o assentimento de que não haveria critérios científicos seguros que identificassem “alguém como pertencente a uma determinada raça. E ainda que houvesse, essa mesma noção seria um CONSTRUÍDO da ciência, não um dado da natureza” (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 92).

Tal perspectiva conceitual se justificou sobre a premissa de que a norma deveria corresponder ao resultado do que era pretendido. Por isso, a palavra encontraria mais de um sentido, “um largo e outro restrito e técnico”. Logo, o papel da Suprema Corte seria o de “definir o significado jurídico das palavras da Constituição”; para tanto, “o julgador pode até se valer de significados firmados em outros ramos do conhecimento, mas, a eles, não estará vinculado” (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 92).

Então, o STF entendeu que, biologicamente, os judeus não seriam uma raça, do mesmo modo que não o seriam os brancos, negros, mulatos, índios e demais integrantes da espécie humana, apesar de que a expressão “possui significado próprio e admite a configuração de raças de seres humanos” (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 94).

O Tribunal, por maioria, acompanhando o voto do Ministro Maurício Corrêa, por fim, indeferiu o habeas corpus por compreender que o racismo se trata de “uma realidade social e política”, sem correspondência à caracterização física ou biológica, denota, portanto, “um conceito derivado de ferramentas da Hermenêutica Jurídica, com acepção suficientemente precisa para dar efetividade e utilidade à norma constitucional”.

Ao retomar a temática sob a perspectiva do direito à vida, é apontada a plurissignificatividade desta. Não obstante as concepções científicas do termo dadas pelas áreas do conhecimento com a física, biologia, etc, é necessário atribuir-lhe significado no campo jurídico, segundo as regras de Hermenêutica e dos princípios gerais do Direito, com o fito de ser garantir a “segurança e compatibilidade sistêmica com o ordenamento positivo e com os valores constitucionais” (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 96).

Em exemplo da extensão do termo vida, cita-se o fato de que um cirurgião, ao amputar uma perna, jogando-a no lixo hospitalar, não comete ilícito algum, apesar de que “jogou fora um conjunto de células humanas e, naquele momento, ainda vivas” – cuja natureza é humana (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 94). E ainda, tem-se como referência para tal raciocínio a Lei de Transplantes, que autoriza a remoção de órgãos de uma pessoa, vitimada por acidente e sem atividade cerebral, por entender que a mesma não está mais viva, apesar de seus órgãos ainda estarem funcionando, e vivos – havendo apenas uma pseudovida (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 98).

Acerca da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, são feitas considerações acerca da corrente natalista adotada pelo ordenamento pátrio, segundo a qual, a vida a ser tutelada é a da pessoa, nativiva. Nesses termos, as disposições sobre a inalienabilidade do direito à vida não se aplicariam ao nascituro (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 106). . Por fim, reforça-se o fato de que:

não comporta debater, também, se existe ou não vida humana a ser protegida pelo Direito nos embriões, uma vez que a tutela jurídica pátria, como visto, recai sobre a vida da pessoa humana. Não há, portanto, como se inferir que o embrião *in vitro*, a que se refere o art. 5º da Lei nº 11.105, de 2004, goza da tutela constitucional insculpida no *caput* do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 112).

No que toca a aplicação do princípio da dignidade humana, o mesmo não deveria ser adotado para o caso, uma vez que sua tutela se aplicaria apenas à pessoa humana, detentora de personalidade jurídica (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 113).

Então, por todo o exposto, destacou-se a importância de se ponderar os interesses e valores sociais quando da conceituação jurídica do termo; daí a necessidade de discricionariedade do Judiciário com vistas a firmar um conceito jurídico para o caso, razão pela qual o Presidente da República manifestou sobre o artigo 5º da Lei 11.105 pugnando pela constitucionalidade do mesmo, o que fora reforçado pelo então Advogado Geral da União, Álvaro Augusto Ribeiro Costa, ao concluir: “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente” (BRASIL, ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2008, fls. 115).

O Senado, por sua vez, inicia sua manifestação acerca da ADI 3510 advertindo que “o ponto fulcral da controvérsia não é de natureza jurídica constitucional”, mas sim, de natureza biológica, posto que o debate se dá em torno do momento em que a vida se iniciaria (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 224).

Sobre essa questão, esclarece que há cinco correntes que procuram explicá-la. A primeira delas é a religiosa – defendida pela Igreja Católica, segundo a qual a vida se iniciaria com a fecundação. A segunda apresenta a posição adotada pela ciência genética tradicional que entende o início da vida com a divisão do zigoto- cerca de uma hora após a fecundação. Já a posição da ciência moderna, terceira corrente em referência, defende que a vida começaria com a nidação¹¹⁵, ou seja, com a “fixação do zigoto(embrião) no útero materno. Para a ciência biológica, quarta corrente, a vida se iniciaria a partir da décima quinta semana de gestação, posto que antes seria possível o aborto espontâneo. Por fim, a última corrente, da

¹¹⁵ Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto (BRITTO, 2008, p. 180).

dependência temporal, defende o início da vida a partir de determinado tempo de gestação, “por se considerar, até então, que a vida do feto, como ser dependente, estaria em poder da mãe (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 225).

Em sede de debate, observa que a Constituição não apresenta definição quanto ao início da vida, por isso, “não faz escolhas entre as correntes” mencionadas. Então, não caberia a presente questão ser pleiteada em sede de ADI, pois a matéria proposta deveria ser tratada pela Ciência, e não pela Constituição (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 228).

Quanto aos direitos constitucionais, reforça que estes admitem conformação legislativa-normativa. Sobre esse ponto lembra que não há direito absoluto, logo:

(...) há possibilidade de uma intervenção legislativa de caráter restritivo, mesmo quando os direitos fundamentais não estejam direta ou indiretamente limitados opor normas constitucionais. Como já se pôde introduzir, esses direitos são posições jurídicas “prima facie”, sujeitas a ponderações em face de situações de colisão de bens ou valores no caso concreto (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 228).

Tal observação remete à permissão do aborto em casos de estupro. Se o direito à vida fosse absoluto, sem possibilidade de densificação legislativa, então, “o Supremo Tribunal Federal teria que declarar inconstitucional, sob os mesmo argumentos, a possibilidade de aborto voluntário na norma supra-transcrita” (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 230).

Há, ainda, outras situações, como a autorização do uso de técnicas de eliminação do embrião, antes da ocorrência de nidação, que indicam a necessária densificação legislativa em casos de aplicação do direito à vida. É o que ocorre na autorização do uso de DIU (Dispositivo Intra-Uterino) e da pílula do dia seguinte (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 231).

Retomando a temática acerca da vida dos embriões, são prestadas informações acerca da realidade do descarte dos mesmos, apesar de a Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina disciplinar o trato que deve ser dispensado a eles. Nos casos de inseminação *in vitro*, vários embriões são produzidos, mas apenas quatro deles serão implantados no útero materno, os restantes, criopreservados, não serão mais aproveitados, tendo por destino serem armazenados até que cheguem à natural decomposição, e nesse caso,

então, não lhes restaria outra opção a não ser o seu descarte (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 233-234).

Em referência à Lei objeto da ADI, diante da realidade acima considerada, tais embriões, nessas circunstâncias, poderiam ter um fim diverso ao seu descarte na lata de lixo, sendo utilizados em pesquisas para tratamento terapêutico. Por isso, o Senado reforça que o campo normativo da Lei de Biossegurança é específico, admitindo a utilização de embriões apenas quando fossem inviáveis ou que estivessem congelados há mais de três anos. (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 234).

Quanto à possibilidade de fiscalização estatal para o caso, vale frisar que o Estado “não tem condições de frear a pesquisa e a evolução tecnológica(...). E a existência ou inexistência de normas nesse sentido implica apenas a clandestinidade ou a oficialidade dos atos – nunca a sua restrição” (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls.239). Por isso o Estado se limita, em sua função, a regulamentar a vida em sociedade, exatamente como o fez através da Lei nº 11.105/2005.

Outro ponto sobre o tema que merece destacar é o reconhecimento científico da superioridade terapêutica das células-tronco embrionárias em face das células-tronco adultas¹¹⁶ e, ainda, o fato de se optar pela tese da nidação “como marco inicial da vida” (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 243).

Por fim, diante dessas considerações, o Congresso Nacional manifestou-se pela improcedência da ação, defendendo a constitucionalidade da Lei 11.105/2005 (BRASIL, SENADO FEDERAL, 2008, fls. 245).

3.4 As manifestações na audiência pública e os “amici curiae”

Dada a relevância da ação, a sua repercussão geral, e ainda, por ser de interesse público, o Supremo Tribunal Federal, através de seu Presidente, solicitou a audiência pública – realizada pela primeira vez na história constitucional do Brasil no dia 20.04.2007 – com o intuito de promover o diálogo sobre o tema com a sociedade civil, a fins de esclarecer

¹¹⁶ Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados (ZAGO, 2006, p. 18).

questões pertinentes à matéria em lide. A audiência contou com mais de 20 especialistas sobre o tema e representantes da sociedade (BRITTO, 2008, fls. 725-726).

A ministra Ellen Gracie, às 9:40h, abriu a audiência pública elogiando a iniciativa do ministro Ayres Britto, que destacou o propósito de se buscar, com ela, “um conceito jurisdicional para o vocábulo vida”. Os pronunciamentos dos cientistas feitos sobre a temática foram divididos por semelhança de ideal, em dois blocos: os daqueles favoráveis à Lei de Biossegurança, e os contra à referida lei. Houve vinte e duas exposições que a seguir se transcreve quanto à sua importância (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

O professor de fisiologia da Unifesp, Luiz Eugenio de Moraes Melo, vice-presidente da Federação das Sociedades de Biologia Experimental, defendeu que as doenças complexas exigem soluções igualmente complexas. Como estudante do tema desde 1992, reforçou que o potencial de uso das células-tronco se volta para o tratamento do sistema nervoso, e que ainda, em vários países, incluindo o Brasil, se o descarte pelas clínicas de fertilização, de material biológico excedente não é considerado crime, então tais embriões não poderiam ser considerados seres humanos (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Quanto ao início da vida, ponderou que se a morte humana é constatada com a morte cerebral - com o término da atividade do sistema nervoso, então, o início da vida humana se daria com o início da formação desse sistema nervoso. Tal momento, conforme a Resolução 33/2006 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) ocorreria 14 dias após a fertilização “in vitro”. E, ainda, caso fosse aceita a ADI n.3510, por conseguinte, ter-se-á inviabilizando a fertilização “in vitro” no Brasil (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Ainda favoráveis às pesquisas com células-tronco embrionárias, manifestaram a pós-doutora em biologia genética, Mayana Zatz, presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano e as pesquisadoras Patrícia Pranke e Lúcia Braga, destacando a importância dessas pesquisas a serem reconhecidas legislativamente (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Segundo Patrícia Pranke, o embrião só poderá ser implantado no útero materno, em caso de fertilização “in vitro”, após o seu quarto dia de formação, caso contrário, será congelado – condição que lhe diminui a potencialidade de desenvolvimento. Os embriões inviáveis – por serem de má qualidade – em algumas clínicas sequer são congelados, então “por que não doá-los para pesquisa” (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012)?

Então, o embate do tema não se dá apenas quanto ao início da vida, mas também quanto à realidade do destino a ser dado a esses embriões não implantados no útero (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Por sua vez, Lúcia Braga, presidente e diretora-executiva da Rede Sarah, advertiu quanto à necessidade de se garantir chances de tratamento às pessoas, o que será restringido caso tais pesquisas não seja admitidas (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Steven Rehen, presidente da Sociedade Brasileira de Neurociências e chefe do laboratório de células-tronco embrionárias do Instituto de Ciências Biomédicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, também defendeu a importância da pesquisa com células-tronco haja vista ser esta a única possível de alcançar a plena utilização terapêutica (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Esclareceu haver dois tipos dessas células – as embrionárias e as pluripotentes, estas capazes de gerar todas as demais células do corpo, por isso de sua importância sobre as demais. E, ainda, lembrou que as pesquisas estão sendo estudadas, havendo um longo caminho a ser percorrido para que sejam utilizadas as células-tronco embrionárias, porém é uma realidade a possibilidade de tratamento com as mesmas (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

O cientista Antônio Carlos Campos de Carvalho, professor titular do Instituto de Biofísica Carlos Chagas Filho, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), advertiu sobre o mérito e cuidado que se deve ter em “utilizar exemplos únicos de pesquisa demonstrando esse ou aquele fato”, o que não leva a constituição “uma verdade científica estabelecida”. Em sendo assim, defendeu que, se do ponto de vista biológico, o óvulo não fecundado irá morrer, igualmente, se o zigoto não se encontrar no útero materno, também irá morrer. Limitou-se, no mais, a argüir sobre o tema apenas em seu aspecto científico, ressaltando que as pesquisas com células embrionárias requerem mais estudos, por isso ainda não são usadas em nossas clínicas, já que podem induzir à formação de tumores (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Quanto às células adultas, esclareceu que apensar das inúmeras publicações científicas afirmando que tais células teriam a mesma plasticidade que as das células-tronco embrionárias, tal notícia revelou-se falsa, por isso, diante da realidade dos estudos sobre o tema, o professor declarou-se defensor das pesquisas com estas células para fins terapêuticos (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012)

A professora Lygia Pereira, associada do Departamento de Genética e Biologia Evolutiva, dirigente do laboratório de genética molecular, advertiu que há apenas uma promessa de sucesso terapêutico no tratamento com células-tronco embrionárias, por isso, é preciso mais investimentos em pesquisas, devendo ser estudadas todos os tipos destas células para que se tenha um resultado para o tratamento de determinada doença (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012)

Informou que é possível incitar protocolos quando da divisão celular no propósito de se gerar tecidos específicos em casos de pesquisa em animais, mas em seres humanos, necessário se faz mais pesquisas nesse sentido (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

No mais, admoestou que tais embriões, são usados “desde o dia em que se aceitou a fertilização *in vitro*”, não havendo, portanto, do que se questionar acerca da legalidade de seu uso (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

A professora de genética da Universidade de São Paulo, Mayana Zatz, adepta das pesquisas com células-tronco embrionárias, advertiu acerca do bem que as mesmas trarão a milhões de pacientes brasileiros cujo tratamento só encontra possibilidade através delas. Por isso, defendeu que se a vida termina com a morte cerebral, então o seu início se daria com a formação nervosa (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

A antropóloga da UNB, Débora Diniz, última palestrante a falar na audiência pública, advertiu que levar o debate para o campo de reprodução humana, impede a avaliação ética que envolve tais pesquisas. E mais, entendeu que a ADI n.3.510 partiu de uma falsa premissa ao se basear no fato de que a fecundação seria o início da vida (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Sobre esse assunto, a resposta a tal problema levantado, indicou uma “regressão infinita sobre a origem da vida”, sendo necessário, portanto, no campo científico, limitar a ciência e a pseudociência (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Quanto às determinações da Lei 11.105/2005 sobre as pesquisas com células-tronco, lembrou que as mesmas só serão conduzidas em embriões inviáveis – logo, sem “potencialidade de vida”. Então, importante se faz avaliar a questão sobre o prisma ético (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

O médico Ricardo Ribeiro dos Santos, pesquisador da Fundação Oswaldo Cruz, coordenador científico do Hospital São Rafael – Bahia, apontou a capacidade das células

embrionárias de se transformarem em tipos diversos de outras células, por isso, da importância das mesmas para com o possível tratamento terapêutico; compartilhou, também, de tal entendimento o professor Júlio César Voltarelli, coordenador da Divisão de Medicina Óssea da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (FMRP) (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Ainda em audiência pública, manifestaram as partes contrárias à Lei de Biossegurança, por defenderem a vida em todos os seus estágios, entendendo que o início da mesma se daria partir da fecundação. Passa-se, igualmente a descrever os posicionamentos considerados significativos.

O subprocurador geral da República, Dr. Cláudio Fonteles manifestou-se contrário à Lei 11.105/2005 pelas razões outrora expostas na petição inicial (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Acrescentando ao seu entendimento, manifestou a especialista em biologia molecular, que estuda sinais de células embrionárias no útero, Lílian Piñero Eça. Para ela, o embrião, após a sua fecundação, duas ou três horas, já se comunica com a mãe, posto que cerca de cem neurotransmissores são emitidos pelo embrião para os trilhões de células existentes no corpo da gestante (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Por sua vez, o médico cirurgião, vice-presidente do Instituto de Pesquisa de Células Tronco, Marcelo Paulo Vaccari Mazzetti, advertiu do êxito já constatado com a aplicabilidade das células-tronco adultas, não havendo nenhum fato concreto que indique a viabilidade da utilização das células-tronco embrionárias em tratamentos terapêuticos. Para ele, a vida humana se inicia com a fecundação, admoestando, no mais, que há setenta e duas aplicações clínicas mo o uso de células-tronco adultas, que não interrompem a vida, diversamente, não há registrado nenhum caso de aplicação no uso das células embrionárias (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Lenise Aparecida Martins Garcia, professora-adjunta do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília, primeira palestrante do bloco contra a Lei de Biossegurança, falou da autonomia do embrião humano, desde a sua fecundação, razão pela qual defendeu que a partir de então, haveria a vida – acordando, no mais, com o entendimento do Dr. Cláudio Fonteles (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

A professora Claudia Maria de Castro Batista, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, por sua vez, também declarou-se contra os estudos com células-tronco embrionárias,

por defender que o embrião é um ser autônomo sendo a vida um processo contínuo, iniciando-se com a fecundação (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

A médica ginecologista, coordenadora do Centro de Bioética do Hospital São Francisco de Jacareí em São Paulo, Elizabeth Kipman Cerqueira, advertiu ser ponto pacífico na literatura médica que o início da vida se daria com a fecundação. Logo, “A percepção da individualidade do embrião não pode ser calcada na aparência dele”. No mais, as pesquisas com células embrionárias tem-se mostrado expensivas, sem resultados satisfatórios, ao contrário do que se constata com as pesquisas com células-tronco adultas (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

O biólogo, Rogério Pazetti, afirmou que o embrião não é somente um amontoado de células; cada uma delas, possui uma função, informações precisas desde a primeira divisão. Também destacou o êxito obtido com o uso de células-tronco adultas, que por sua vez não comprometem a vida (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Reforçou, também, os problemas de fraude existentes na aplicação de terapia com células embrionárias, afora os riscos de tumores. Para ele, o fim destinado aos embriões extra-corpóreos, com o reconhecimento da Lei de Biossegurança, seria: “Ou o embrião vai ser colocado no útero (clonagem reprodutiva) ou vai ser destruído, morto (clonagem terapêutica)” (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Para o professor Antonio José Eça, diretor de Recursos Humanos do CAS (Células Tronco Centro de Atualização), não é possível relacionar morte encefálica com o início da vida posto que aquela se daria através de um processo, que passa pelo coma, pela ausência de reflexos, de estímulos, fim da respiração e, finalmente, silêncio encefálico, por mais de seis dias. Desse modo, também a vida é um processo, sendo que “a simples existência do tubo neural não é sinal do início da vida” (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

O doutor Rodolfo Acatauassú Nunes, Mestre e Doutor em cirurgia geral pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, livre docente em cirurgia geral torácica pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, ao apresentar o tema: Do início da vida humana e prática médica, defendeu que a vida humana se daria com a fecundação (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Embasando-se em várias literaturas médicas, advertiu que já no nono dia de formação da vida, há batimentos cardíacos. E, ainda, ao defender a vida em qualquer circunstância, reforçou a responsabilidade e comprometimento ético que se deve ter com o

manuseio da mesma. Por isso, entendeu contraditório o fato de alguns embriões poderem ser utilizados em pesquisas terapêuticas, enquanto outros são implantados no útero materno, destinados a prosseguirem o seu desenvolvimento normal. Logo, advertiu acerca da possibilidade de comércio de embriões e da eugenia, afora o fato de que não merece guarida a afirmação de que o congelamento de embriões o torna inviável. Ao contrário, apresentou relatos de casos de crianças geradas de embriões congelados por doze anos, apontando, também, à viabilidade de pesquisas com células-tronco adultas (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Herbert Praxedes, professor da Faculdade de Medicina da UFF (RJ), defendeu, por sua vez, o uso das pesquisas com células adultas, até mesmo por uma questão ética. Ao citar Kant, reforçou a importância do debate moral sobre o tema posto que “a dignidade é o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma”. Reforçou, no mais, a exposição da doutora Alice Teixeira sobre o uso das células-tronco adultas com seus efetivos resultados (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

O doutor, Dalton Luiz de Paula Ramos, livre-docente pela Universidade de São Paulo, Professor de Bioética da USP e membro do Núcleo Interdisciplinar de Biotética da UNIFESP, igualmente defendeu o uso das células-tronco adultas, haja vista a inconsistência dos conceitos sobre o início da vida humana, que para ele, também se daria com a fecundação (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

A doutora, Alice Teixeira Ferreira, professora associada da Unifesp, ao apresentar a realidade das pesquisas terapêuticas com embriões em outros países, advertiu não haver certeza científica de que os embriões congelados há mais de três anos seriam inviáveis. E, ainda, informou que é possível transformar células-tronco adultas em células embrionárias, o que o faz apresentando resultados de experiências já produzidas em seres humanos, para as demais já desenvolvidas com as células-tronco do cordão umbilical. Logo, há outras pesquisas que também levariam ao resultado de tratamento terapêutico, com o cuidado de que neste casos, não comprometeriam a vida, em sua existência (BRASIL, STF, AUDIÊNCIA PÚBLICA, 2012).

Portanto, o objetivo da audiência pública solicitada foi o de coletar dados e opiniões bastantes a direcionar a uma decisão legítima, com a efetiva participação social, de maneira tal que foram traçadas duas correntes diversas. A primeira, em síntese, defendeu não

reconhecer “às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas.” Para tal corrente, no mais, haveria coincidência entre a concepção e a personalidade, posto haver pessoa humana desde o instante da fecundação (BRITTO, 2008, fls. 146-148).

Postos todos os entendimentos sobre o tema, para tal corrente, o embrião possui uma autoconstitutividade que o torna capaz de ser protagonista de seu próprio “processo de hominização”; logo, não depende do útero feminino para essa condição, cujo papel seria apenas de coadjuvante, ao proporcionar um ninho a seu desenvolvimento. Mesmo em uma concepção artificial há uma unidade celular, caracterizada por uma individualidade genética, que indica uma criatura ou organismo humano, por isso, defender tal corrente, haver “uma pessoa no seu estágio de embrião, e não um embrião a caminho de ser pessoa” (BRITTO, 2008, fls. 147-148).

A outra corrente, por sua vez, defendeu que as células-tronco embrionárias possuem maior plasticidade, daí a sua versatilidade, maior do que as das células-tronco adultas, em se transformarem em tecidos humanos. Além do que o embrião não será tido como pessoa humana a não ser que tenha a colaboração do útero materno e do tempo. Portanto, sem tais intervenções, o embrião não se potencializaria em pessoa, não deixando de lhe reconhecer, com isso, que é “algo vivo” (BRITTO, 2008, fls. 148-150).

E ainda, dada a necessidade de discussão pelo tema por diversos segmentos da sociedade, foram admitidos na qualidade de interveniente no processo, como “*amice curiae*” (amigos da corte): Conectas Direitos Humanos; Centro de Direito Humano – CDH; Movimento em prol da vida – MOVITAE; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS e a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

O Conectas Direitos Humanos e o Centro de Direito Humano, associações civis sem fins lucrativos, manifestaram seu entendimento sobre a matéria na condição de “*amice curiae*” iniciando seus argumentos acerca dos antecedentes da Lei 11.105/2005, reforçando a importância das células-tronco embrionárias para pesquisas terapêuticas. Sobre o tema, acrescentaram que há quatro tipos de células-tronco, quais sejam: as unipotentes¹¹⁷, as

¹¹⁷ Células Unipotentes: capazes de produzir uma única linha celular responsável pela manutenção das condições fisiológicas dos tecidos e sua reparação em caso de dano. Podem ser encontradas tanto nas células adultas quanto nas células embrionárias (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 148).

multipotentes¹¹⁸, as pluripotentes¹¹⁹ e as totipotentes¹²⁰, mas que apenas essas últimas teriam a “capacidade de gerar todos os tecidos e órgãos de um ser humano”, sendo encontradas apenas em embriões humanos. As células-tronco de um adulto, por sua vez, são multipotentes, por isso não são capazes de originar todos os tipos de tecidos e órgãos humanos (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 149).

Ademais, na reprodução assistida há produção de vários embriões, o que inevitavelmente leva a sobra de muitos deles – daí a importância da Lei 11.105/2005, em dar um destino aos mesmos, diverso de seu descarte em lixo, via clonagem terapêutica (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 150).

Defendem a constitucionalidade da Lei de Biossegurança lembrando que “nem o início da vida sob o prisma científico, nem o início da proteção jurídica do direito à vida são pacíficos, quer na ciência ou no direito”. Na perspectiva científica, muitas são as teorias que indicam os diversos momentos em que o ser humano estaria sendo formado. Nem mesmo a religião apresenta um consenso sobre o tema (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 152-153).

O tema requer análise sob a perspectiva constitucional, diante das dificuldades de se precisar o início da vida, e sob tal pressuposto, tem-se que nem mesmo a Constituição Federal não dispõe expressamente sobre esse início. Outra questão que merece destacar é que não há direitos de caráter absoluto em nosso Direito. Logo, “o direito à vida pode ser contraposto ao direito à dignidade humana ou à integridade de outrem”. No caso, as leis ordinárias é que dispõem sobre a vida embrionária. Em especial, a Lei de Biossegurança e o Código Penal “delimitam o grau de proteção” a ser dado à vida “em seus diversos estágios” - e o que se depreende da leitura dessas leis é que há uma “gradação na proteção jurídica do direito à vida” (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 156-158).

¹¹⁸ Células-tronco Multipotentes: possuem capacidade limitada de reativar seu programa genético. Quando são devidamente estimuladas, podem evoluir até formar certos tipos de células diferenciadas, mas não todos. Também podem ser encontradas tanto nas células adultas quanto nas células embrionárias (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 149).

¹¹⁹ Células-tronco Pluripotentes: capazes de gerar todo tipo de célula do organismo humano e de auto renovar-se, mas não são aptas para desenvolver um embrião completo. Só são encontradas nas células embrionárias (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 149).

¹²⁰ Células Totipotentes: possuem a capacidade de multiplicar-se e diferenciar-se até o desenvolvimento de um indivíduo completo. São capazes de originar todos os tecidos humanos. São encontradas exclusivamente nas células embrionárias (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 149).

Em específico, no caso do embrião extracorpóreo, não destinado a nascer, o seu direito à vida deve ser ponderado, posto que a proteção legislativa, tanto do Código Penal e do Código Civil, destina-se a um ser que venha a nascer. Então, a proteção jurídica dada a esse embrião não pode ser a mesma dada ao embrião implantado no útero materno, razão pela qual, compreende-se pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, posto que esta o tutela dentro dos padrões bioéticos e jurídicos (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls. 159-162).

Por fim, diante da complexidade temática sobre o início da vida, necessário se faz “procurar o sentido constitucional da proteção às diversas etapas da vida”, por isso de se requerer pela improcedência da ADI N.3510 (BRASIL, CONECTAS, 2008, fls.164).

Outra pessoa jurídica que solicitou sua participação como *amicus curiae* foi o MOVITAE – Movimento em Prol da Vida – organização não governamental sem fins lucrativos – sob a justificativa da relevância da matéria, e por ser a sua missão, justamente a de viabilizar o debate e a comunicação entre a comunidade científica, a sociedade e o governo acerca do uso de células-tronco em pesquisas terapêuticas (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 384).

Acerca da Lei 11.105/2004 atacada em sua constitucionalidade pela ADI n. 3510, manifestante lembrou que o projeto da mesma fora aprovado por 53 votos a 2. Logo foi devidamente discutida em plenário a previsão de pesquisas com células-tronco (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 388).

Quanto à fertilização “*in vitro*”, destacou-se a sua importância no tratamento da infertilidade conjugal, sendo que para a mesma, necessário se faz a produção de vários embriões, sendo que desses, apenas dois serão implantados no útero materno, sendo os demais, destinados ao congelamento, e, posteriormente, ao descarte (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 389).

Apresentou também a singularidade terapêutica via células embrionárias, vez que possuem capacidade única de se converterem em outros tecidos o que viabilizaria o tratamento de tantos doentes, que devem ser considerados em seus sofrimentos, com possibilidade de cura (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 389).

Defendeu a necessidade de se coadunar o Direito e a Ética dada ao tema, sendo que na Constituição Federal, “os valores morais se convertem em princípios jurídicos. A partir daí se irradiam pelo sistema normativo, condicionando a interpretação e a aplicação de todo o direito infraconstitucional” (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 392).

Ao debater o início da vida, reforçou não haver um consenso científico ou filosófico sobre o tema, por isso da necessidade de o Estado assegurar o exercício da autonomia privada, respeitando a valoração ética de cada um, sem a imposição de conduta impeditiva (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 395).

Acerca da possibilidade de clonagem humana, eugenia ou da criação de mercado de embriões, lembrou que todos esses casos são proibidos pelo ordenamento jurídico vigente, mas o risco de transgressão não pode ser impedido. O que se deve cuidar a lei é de sua regulamentação sua observância (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 395).

Apresentou, também, razões ao entendimento de não haver violação do direito à vida quando das pesquisas com células-tronco embrionárias posto defender que “embrião resultante de fertilização *in vitro*, sem haver sido transferido para o útero materno, não é nem pessoa nem nascituro”. Logo, por conseguinte, também não haveria violação à dignidade da pessoa humana (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 398-400).

Por fim, observou que a adesão à tese de inconstitucionalidade de tais pesquisas levaria à possibilidade de se questionar a própria fertilização “*in vitro*” – a menos que houvesse a necessidade de se implantar todos os embriões fecundados – o que não é possível (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 403).

No que toca à jurisdição constitucional, advertiu que a suprema corte deve atuar como intérprete da razão pública, devendo, por isso, ser respeitada a deliberação política majoritária legislativa, tal como ocorreu com a aprovação da Lei de Biossegurança (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 406).

Por todas as razões então expostas, o MOVITAE pugnou pela improcedência do pedido solicitado na ADI n. 3510 (BRASIL, MOVITAE, 2008, fls. 408).

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB – associação civil de direito privado, igualmente, solicitou a sua intervenção no processo na condição de “amicus curiae” (BRASIL, CNBB, 2008, fls. 853).

Iniciou suas argumentações considerando que a pesquisa, objeto de discussão da ADI, levaria a manipulação de seres humanos embrionários (BRASIL, CNBB, 2008, fls. 859).

No mérito, subscreveu todos os argumentos expostos pelo Procurador-Geral da República, acrescentando aos mesmos o tratamento dado pelo Pacto de São José aos direitos

fundamentais que teve como país signatário foi o Brasil. Tal pacto dispõe que a pessoa humana tem direito ao respeito de sua vida; que a lei protegerá o direito à vida desde a concepção e que a vida do ser humano não pode ser eliminada arbitrariamente. No mais, as duas penas de morte, ao nascituro e ao nascido, são proibidas pelo Pacto de São José (BRASIL, CNBB, 2008, fls. 862-863).

Do ponto de vista científico, o Requerente apresentou estudos sobre o tema que contrariaram a legalidade do dispositivo questionado da Lei de Biossegurança, por entender que o mesmo violaria o direito à vida (BRASIL, CNBB, 2008, fls. 865).

Admoestou que o início da vida encontra-se cientificamente comprovado, dando-se através da concepção, com a formação do zigoto – primeira célula cujo código genético do ser humano carrega em si (BRASIL, CNBB, 2008, fls. 868).

Em havendo dúvidas acerca da vida humana embrionária, advertiu o Requerente que a Suprema Corte deveria, então, optar pela preservação da célula-tronco embrionária, e não pela sua morte, razão pela qual solicita pela procedência da ação proposta via ADI n.3510 (BRASIL, CNBB, 2008, fls. 874).

Diante do exposto, enfatizou-se a multidisciplinaridade do tema, o que levou ao diálogo com cientistas de áreas não jurídicas, que apesar de conclusões diversas sobre o tema, não se discordou de que se deve reconhecer a dignidade da vida em qualquer de seus estágios.

A polêmica, então, deu-se pelo fato de a referida Lei admitir pesquisas com células-tronco - o que envolvia a manipulação do embrião, levando ao debate de ser, ou não, o embrião uma vida.

3.5 Das manifestações dos ministros pela total improcedência da ADI N 3.510

Não obstante as considerações e estudos realizados sobre o tema, o tribunal decidiu pela improcedência da ação, haja vista não conhecer que as pesquisas de células-tronco pudessem violar o direito à vida. Prevaleceu-se, ainda, o fato de as pesquisas científicas estarem voltadas para fins terapêuticos, razão pela qual, igualmente, não se consideraria, para o caso em análise, a figura do aborto. Reitera, portanto, o acórdão proferido, que as normas constitucionais estão em consonância aos direitos fundamentais de vida digna, do direito à saúde e ao planejamento familiar. Por fim, entendeu-se que não

caberia, para o caso, a técnica de interpretação conforme para aditar à Lei de Biossegurança controles desnecessários que implicariam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas (BRITTO, 2008, fls. 138-141).

Pela improcedência da Ação votaram os Ministros Eros Grau, César Peluso, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, sendo vencidos, parcialmente, “em diferentes extensões”, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cesar Peluso e o Presidente (BRITTO, 2008, fls. 141).

3.5.1 Ministro Relator Ayres Britto

O acórdão é proferido sob a perspectiva do conhecimento científico alcançado sobre o tema, da conceituação jurídica de células-tronco embrionárias e de seus reflexos no controle de constitucionalidade da lei de biossegurança. Nesse sentido, são apresentadas alegações sob a premissa de que as células-tronco embrionárias são encontradas em cada embrião humano de até 14 dias, reduzindo-se esse período para 5 dias depois da fecundação, no qual os cientistas afirmam encontrar as células, nesse estágio, em fase de blastocisto. E, ainda, argue-se, como um fato, a manipulação humana extracorpórea – “*in vitro*”¹²¹. Logo, não caberia ao STF, haja vista a pertinência do tema no campo científico, decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica seria a mais promissora: a com células-tronco adultas ou com aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A única certeza científico-tecnológica produtora está em que um tipo de pesquisa não invalida a outra (AYRES BRITTO, 2008, fls. 135).

No que se refere à legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal, é destacado que a pesquisa autorizada pela Lei nº 11.105/2005 está voltada para patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e, não raras vezes, degradam a vida de expressivo contingente populacional. Em sendo assim, ter-se-ia de analisar a Lei sob o foco da dualidade de direitos que envolvem os embriões “*in vitro*” e as criaturas humanas. Logo, diante de tal análise, concluiu-se pela “inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade

¹²¹ (...) embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente o *in vida* (BRITTO, 2008, p. 155).

da pessoa humana”, tendo-se por foco a solidária, compassiva ou fraternal legalidade a que está associada à condição das criaturas humanas (AYRES BRITTO, 2008, fls. 136).

Considerando-se a proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto¹²², é ressaltado que o Magno texto federal não dispõe sobre o início da vida humana – vida esta “que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria natalista, em contraposição às teorias concepcionista ou da personalidade condicional)”. Em sendo assim, tem-se que os direitos e garantias individuais, como cláusula pétrea, referem-se a direitos e garantias do indivíduo-pessoa – destinatário dos direitos fundamentais. Portanto, “embrião é embrião, feto é feto e pessoa humana é pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana” – adotando-se como parâmetro científico de tal assertiva a vida considerada a partir das terminações nervosas, condição de factibilidade para o ser humano como projeto de vida autônoma (AYRES BRITTO, 2008, fls. 136-137).

Adverte, ainda, o relatório, que, não obstante o parecer que apresenta acerca da viabilidade da vida, que o Direito infraconstitucional protege cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, sendo que os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objetos de proteção pelo direito comum. Logo, “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição Federal” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 137).

Ademais, analisa-se que as pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. Portanto, a matéria é estranha à presente ADI. Diante dessa análise, apresenta a matéria sob o norte da concepção em face da condição de nascituro, numa perspectiva constitucional, que se fulcra na proposição de que “toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana” – *in vitro* – insuscetível de progressão reprodutiva. Daí a posição do Ministro Celso de Mello de que o embrião produzido extra-corporalmente e armazenado é uma “entidade embrionária do ser humano”, mas não um ser humano, consignando-se que “a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião”, não havendo qualquer vinculação com o aborto (AYRES BRITTO, 2008, fls. 137-138).

¹²² Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de infecção de hormônio) para , já em ambiente extra-corpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos (BRITTO, 2008, fls. 155).

São apresentadas ainda as argumentações proferidas em face da análise dos direitos fundamentais no que se refere à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade, segundo as quais ter-se-ia como garantida pela Lei a autonomia da vontade, como sendo o direito ao planejamento familiar, à dignidade da pessoa humana, à paternidade responsável – já que não há “o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados”. E, ainda, para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, “necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 139).

No que pertine ao Direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna, são tecidas considerações acerca do Art. 199, § 4º CF, que dispõe sobre “pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos”. E, ainda, tem-se a “Lei de Biossegurança como instrumento que vai de encontro ao direito à saúde”, em consonância ao que determina a própria ciência (AYRES BRITTO, 2008, fls. 139).

Quanto ao direito constitucional à liberdade de expressão científica e a Lei de Biossegurança como densificação dessa liberdade, são destacados os comentários acerca do Art. 128, caput CF, segundo o qual “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, o que autoriza a edição de normas como constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. Em sendo assim, conclui-se pela “compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências, assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 140).

Entende-se ainda, pela suficiência das cautelas e restrições impostas pela Lei de Biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias, haja vista a mesma tratar-se de “um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto”. Portanto, sob esse aspecto, “a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 141).

O Ministro Ayres Britto direciona seu voto a partir dos dispositivos do art. 5º da Lei Federal 11.105 de 2005, objeto da ADI advertindo que trata a referida lei de embriões, que alcançaram tal condição através da manipulação humana, logo, não espontaneamente. No

mais, reforça que o foco da pesquisa com tais embriões se dá pelo interesse na medicina regenerativa (AYRES BRITTO, 2008, fls. 156).

Quanto à parte final do mencionado artigo, que trata acerca das condições a serem observadas para o descarte do embrião em razão dos procedimentos da pesquisa embrionária, apresenta o Ministro a posição da antropóloga Débora Diniz de que “o diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 157).

Feitas as considerações acerca dos dispositivos da Lei, o Ministro entende tratar-se de “um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 159).

Quanto às pesquisas em andamento com as células-tronco adultas, adverte o Ministro que as mesmas não invalidam outras, posto que “a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 160).

Sobre o reconhecimento do indivíduo, como pessoa, o Ministro apresenta a temática sob a perspectiva civilista, que delimita a personalidade através de uma dimensão biográfica do ser, ao afirmar que “se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana”. Portanto, os direitos oriundos à vida tratada sob esse parâmetro não se contrapõem aos comandos constitucionais (que “não diz quando começa a vida humana”), posto que para o raciocínio da personalidade civil, tem-se a seguinte definição jurídica: “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 167).

Portanto, o Ministro entende que a dignidade da pessoa humana se refere à pessoa em seu sentido biográfico, como “ser humano já nascido”. Portanto, conclui que a Constituição Federal “não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva” (AYRES BRITTO, 2008, fls. 164-168).

Apesar de apresentar a vida sob perspectivas diferentes no que se refere ao tratamento dado a mesma pelo Direito Civil e Constitucional, explica o Ministro que a constatação de que “o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin”,

segundo o qual se reconhece a tutela jurídica proporcional, dada à vida em suas dimensões – proteção que aumenta à medida em que a pessoa vai se desenvolvendo. (AYRES BRITTO, 2008, fls. 167).

E, ainda, ao explorar o tema sob a perspectiva da realidade, atual, de fertilização artificial realizada em clínicas, nas quais há embriões criopreservados, questiona o Ministro se o processo de fertilização implicaria, em si, no “dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora” dos óvulos fecundados. Logo, conclui que:

Se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da penas de prisão em congelados tubos de ensaio; a segundo, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei (AYRES BRITTO, 2008, fls. 195).

A temática volta-se, por fim, para a aplicação, ou não, do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que apesar de o Ministro em seu voto apresentar toda uma fundamentação que justificaria um tratamento jurídico específico a ser dispensado ao embrião, por não lhe reconhecer a condição de “indivíduo”, já que não é pessoa – sob os parâmetros civis, retrocede à questão ao afirmar:

Este é o *fiat lux* da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta á lei para colocar a salvo, “desde a concepção”, os direitos do nascituro; que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento (AYRES BRITTO, 2008, fls. 169).

Quanto à Lei de Biossegurança, afirma o Ministro que a mesma:

Não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas (AYRES BRITTO, 2008, fls. 175).

Ao apresentar o tema sob essa perspectiva, o Ministro defende que a competência para a definição de termos específicos da matéria seria da lei, e que não obstante não apresentar conceitos explícitos de alguns termos, é possível construí-los dentro da exegese textual da referida lei. Nesse sentido, entende pela segurança jurídica da matéria dada pelos termos da Lei 11.105/2005, apesar de defender, por fim, que a dignidade está apenas para o embrião implantado no útero materno.

Finalmente, julga o Ministro “totalmente improcedente” a Ação Direta de Inconstitucionalidade, justificando ainda a decisão à luz de um “olhar pós-positivista”. (AYRES BRITTO, 2008, fls. 207).

3.5.2 Celso de Mello

O voto do Ministro Celso de Mello chama à atenção ao fato de que “nos sentimos no direito de reformular o sistema porque o direito é fato, norma e valor. Alterado, radicalmente, o fato, a norma não pode deixar de sofrer alteração à luz dos valores”. No mais, deixa claro que não questiona o direito à vida reconhecendo-lhe a sacralidade e a inviolabilidade (CELSO DE MELLO, 2008, fls. 556).

Nesse raciocínio, faz referência à laicidade do Estado brasileiro (MELLO, 2008, p. 558), à liberdade de manifestação do pensamento – “Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional, tal como acertadamente assinalou o eminente Relator da causa” (CELSO DE MELLO, 2008, fls. 565).

Apresenta, ademais, o trabalho da Academia Brasileira de Ciências designado para o tema, concluindo, através deste que: “nem a vida, nem a morte estão acertados pela ciência. Em sendo assim, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana” (CELSO DE MELLO, 2008, fls. 570).

Adverte, em sua argumentação, acerca das diversas abordagens em torno da formulação de um conceito substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente. Para tanto, apresenta um quadro sinótico das teses acerca do início da vida humana (CELSO DE MELLO, 2008, fls. 571).

Aduz que a definição bioética do início da vida dá-se em consonância à opção pela concepção que mais se ajuste ao interesse público (CELSO DE MELLO, 2008, p. 579). Nesse importe ter-se-ia a seguinte tese explanada em consonância à nossa realidade: “A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também servir de marco definidor do início da vida” (CELSO DE MELLO, 2008, fls. 581).

Trata-se, portanto, de um critério objetivo, vez que “as células-tronco são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central” (CELSO DE MELLO, 2008, fls. 581).

Ante o exposto, ressalva-se que o voto do Ministro não colocou em debate a questão concernente à proteção insuficiente. Utiliza-se, portanto, da técnica da ponderação concreta. No mais, acompanha o voto do relator – julga improcedente a ação direta e confirma a plena validade constitucional do art. 5º da Lei de Biossegurança.

3.5.3 Joaquim Barbosa

Para o Ministro, não há discussão na perspectiva de uma eventual fixação pela Corte do momento do início da vida, pois nem mesmo a ciência chegou a um consenso. Considera que no nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito – questão do art. 5º da Lei 11.105/2006 – atendendo aos princípios estabelecidos na CF/88. Em sendo assim, tem-se pela primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo – toda a sociedade (JOAQUIM BARBOSA, 2008, fls. 461-464).

No que se refere à autonomia privada, apresenta sua significação segundo a qual: “Autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses, de autogovernos de uma esfera jurídica, e tem como matriz a concepção de ser humano como

agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas” (JOAQUIM BARBOSA, 2008, fls. 467).

Portanto, conclui que a autonomia importa no reconhecimento que cabe a cada pessoa – ideia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana – em sendo assim, os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro* têm a sua liberdade de escolha, a sua autonomia privada. Logo, mediante uma lei que preserva a autonomia privada, dentro de parâmetros objetivos pré-definidos, não padece do vício da inconstitucionalidade arguido (JOAQUIM BARBOSA, 2008, fls. 468).

Defende, ademais, a liberdade de expressão. Faz referências ao tratamento da matéria em alguns países, apresentando um dilema ético: “se o Brasil proibir a pesquisa com essas células-tronco poderemos futuramente admitir que os tratamentos derivados de pesquisas feitas em outros países sejam aplicados no país?” (JOAQUIM BARBOSA, 2008, fls. 468-472).

Por fim, conclui em seu voto que: “O melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país.”. Acompanha, conforme narrado alhures, o voto do ministro relator (JOAQUIM BARBOSA, 2008, fls. 474).

3.5.4 Ellen Gracie

A Ministra votou pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, traçando considerações acerca da contrastação do art. 5º da referida Lei com os princípios e normas da Constituição Federal. (ELLEN GRACIE, 2008, fls. 212).

Em sendo assim, a Ministra entendeu que o embrião não pode ser considerado pessoa, razão pela qual não faria jus às garantias da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade da vida (ELLEN GRACIE, 2008, fls. 212). A esse entendimento acresceu:

A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por outro lado, o pré-embrião – ou ao menos aqueles de que aqui tratamos – ou seja, os inviáveis e destinados ao descarte – também não se

enquadra na condição de nascituro, pois a esse – a própria denominação o esclarece bem – se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte (ELLEN GRACIE, 2008, fls. 212-213).

Em sendo esse o posicionamento da Ministra, a mesma concluiu pela “improcedência da ação, conforme o voto do Relator” (ELLEN GRACIE, 2008, fls. 213).

3.5.5 Cármem Lúcia

Em seu voto, a Ministra, primeiramente, admoesta acerca da importância social e jurídica do tema, e os reflexos que a decisão do Tribunal irá trazer. Com essa preocupação observa que o artigo da Lei em julgamento dispõe sobre a utilização e permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias. Nesse sentido, adverte: “Há que se distinguirem, pois, as finalidades pesquisa e terapia para o específico objetivo de se analisar a validade constitucional da norma posta em exame” (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 333).

Apresenta um paralelo quanto às pesquisas indicadas acerca do uso de células embrionárias para fins terapêuticos e sua eficácia em face das pesquisas desenvolvidas com as células-tronco adultas. E, informe o seguinte: “Diferentemente do que foi carreado aos autos, quanto às células-tronco adultas não há dados científicos a mostrar poderem elas ser utilizadas para que se transformem em neurônio, o que é necessário para que se tenha o tratamento de doenças degenerativas” (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 338).

Ao retomar o tema sob a perspectiva do direito à vida, defende a Ministra que a tutela constitucional a reconhece em face de outros direitos tratados como fundamentais, como o da liberdade e da saúde. Portanto, a análise do caso, para a Ministra deve levá-los em consideração. “Há de se interpretarem todos eles para se concluir sobre a validade constitucional, ou não, do art. 5º e seus parágrafos, da Lei 11.105 de 2005” (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 341).

Em face da direito à liberdade de pesquisa, entendeu a Ministra não haver violação do direito à vida “na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias” (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 343).

Voltando-se a temática para a questão da vida a ser protegida constitucionalmente, esta é entendida pela Ministra como sendo aquela que compõe a condição da pessoa humana, logo não estando vinculada ao embrião criopreservado inviável (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 348-349).

Quanto a questão envolta acerca da dignidade, entendeu que “na espécie em apreço, a célula-tronco embrionária põe-se, na legislação examinada, como uma dignidade, não havendo como se lhe atribuir um preço” (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 353).

Porém, para a citada Ministra, apesar de reconhecer não haver ao embrião criopreservado a violação do direito à vida quando de sua manipulação genética, em relação à sua dignidade entendeu:

Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõe das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 360).

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana não estaria adstrito à pessoa, mas sim a uma existência digna – no parecer da Ministra. Por todo o exposto, votou pela improcedência da ação, considerando válidos os dispositivos questionados da Lei de Biossegurança. (CÁRMEM LÚCIA, 2008, fls. 363-368).

3.5.6 Marco Aurélio

Em voto, o ministro reforça ter restrições quanto à interpretação conforme à Constituição posto entender que diante da mesma, o tribunal, em face dos limites impostos quanto à separação dos poderes, acaba legiferando – atribuição esta do legislador positivo – diante da dificuldade de se precisar limites para a proatividade do judiciário. E, ademais, não caberia à Corte tecer recomendações para o caso. Logo, ou se declara a inconstitucionalidade, parcial ou total da matéria, ou não (MARCO AURÉLIO, 2008, fls. 538).

Em sendo assim, em análise ao referido artigo, objeto da ADIN, o ministro observa que a lei no qual se insere fora devidamente aprovada “mediante placar acachapante – 96% dos senadores e 85% dos deputados votaram a favor, o que sinaliza a sua razoabilidade” (MARCO AURÉLIO, 2008, fls. 541).

Quanto à questão envolta à tutela jurídica dada ao caso, o voto considera que os embriões da lei objeto da ADIN, “jamais virão a ser desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento” (MARCO AURÉLIO, 2008, p. 545). Em sendo assim, coadunando com o entendimento proferido em voto pelo ministro Ayres Britto, defende o ministro Marco Aurélio que a vida tutelada pela Constituição é a que se dá quando da gestação humana, razão pela qual acompanha o voto do relator, julgando improcedente o pedido da inicial (MARCO AURÉLIO, 2008, fls. 553).

3.6 Das manifestações dos ministros pela parcial improcedência da ADI N 3.510

3.6.1 Cezar Peluso

O Ministro, para o desenvolvimento de seu voto, apresenta refutações acerca de argumentos que considera impertinentes por serem incoerentes à matéria objeto da ADI.

A primeira refutação que faz é acerca da analogia retórica insuficiente quanto à abordagem envolta à morte encefálica, como sendo condicionante para a análise do início da vida, já que se a morte é constatada através da paralização encefálica, o seu início se daria, igualmente, a partir da formação do sistema nervoso. O Ministro questiona tal analogia posto que entende ser tal posição uma opção legislativa, uma “mera técnica normativo-operacional da ficção jurídica” (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 476-477).

Questiona, ainda, as considerações feitas acerca da possibilidade de pesquisas com células-tronco adultas, afirmando que aquelas não viriam ao caso, posto não revelarem “em nada a circunstância ou a eventualidade de, para experimentos científicos de finalidades terapêuticas, as pesquisas com células-tronco adultas se prefigurarem mais ou menos promissoras ou frutíferas do que aquelas voltadas para as células-tronco embrionárias (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 478).

Adverte também ser ilegítima a retomada do tema sob a perspectiva do Direito Privado já que:

a invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às ideias de nascituro, de nascimento com vida e de personalidade jurídica, todas as quais estão impregnadas de vício metodológico radical e absoluto quem, à moda de pecado original, as invalida todas, enquanto mal disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da Constituição da República (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 481).

Quanto às analogias acerca das pesquisas com células-tronco embrionárias e o aborto, considera o Ministro as mesmas como artificiais e forçadas. (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 482).

Tendo feitas tais observações retoma o voto sob a direção da tutela constitucional dada à vida, seu alcance e sua integralidade aos embriões criopreservados inviáveis. Nesse pressuposto, observa que: “A vida objeto da larga e genérica tutela constitucional é apenas a vida da pessoa humana”. Desse raciocínio derivam duas linhas, “conducentes ambas ao reconhecimento da permissão constitucional para pesquisas com células-tronco embrionárias: a primeira baseia-se em que o embrião não é, ou é ainda, pessoa; a outra, concebe que no embrião, congelado ou inservível, não há vida atual” (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 485).

Conclui então que “o atributo da humanidade já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases do desenvolvimento da criatura.” Apesar de sua conclusão, adverte que, no entanto, tal atributo requer como premissa a capacidade de “movimento autógeno”, condição, que para o Ministro, é primacial para se definir um ser vivo. Nesse sentido, a vida é em si constatada a partir da capacidade que possui de desenvolver-se autonomamente (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 500), logo, defende:

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à da etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma sequência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 500).

Merece, no mais, destacar o parecer do Ministro acerca da hermenêutica aplicada para a questão, o qual admoesta:

Pesa-me, no passo seguinte de meu raciocínio, divergir do eminente Min. Relator, no ponto em que S.Ex^a proclama que a proteção normativa dos embriões residiria no nível infraconstitucional, parecendo nisso admitir, de maneira implícita, possibilidade de cenário diverso, no qual puder faltarlhes essa mesma tutela. Prefiro confrontar a lei impugnada com a Constituição, porque, como já antecipei, entendo provenha diretamente dela, ainda que em grau ou predicamento mais reduzido em comparação com os das pessoas, o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada sua dignidade própria de matriz da vida humana. Noutras palavras, estou em que os embriões devem ser tratados com certa dignidade por força de retilínea imposição constitucional. (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 485).

Logo, diante das considerações feitas sobre o tema, o Ministro destacou a importância de se remeter as pesquisas com células-tronco embrionárias ao crivo do controle fiscal estatal do “Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária”. No mais, julgou improcedente a ADI ressaltando-se, porém, que daria interpretação conforme à Constituição e aos artigos objetos de impugnação. (CEZAR PELUSO, 2008, fls. 524).

3.6.2 Eros Grau

O ministro inicia o seu voto reforçando que a prudência deve ser a permeadora do julgamento a ser proferido, cuidando para que as motivações não sejam levadas à conta de interesses particulares, mas sim, coadunando com os ditames constitucionais. Nesse importe, admoesta a importância do intérprete, que deve estar atento aos anseios sociais, desde que em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio (GRAU, 2008, fls. 449).

Adverte que se contrapõe ao entendimento dos que entendem que o debate em torno da Lei 11.105/2005 opõe ciência e religião, mas sim, trata-se de oposição entre religião e religião, por entender que a “inesgotável fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso” leva à arrogância de muitos que se presumem estarem com a verdade, motivo pelo qual “como todas as academias de ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a deliberar” (GRAU, 2008, fls. 450).

Seguindo tal pressuposto, manifesta o ministro que “as melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento - é o mercado” (GRAU, 2008, fls. 451). Por isso, adverte quanto ao cuidado com que o tem deve ser tratado incumbindo a Corte controlar a constitucionalidade do artigo 5^a e parágrafos da Lei de Biossegurança.

Em sendo essas as considerações, o ministro volta à temática da proteção dada à vida em matéria constitucional, afirmando que “a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana” (GRAU, 2008, fls. 454). Porém, a conclusão obtida se reporta apenas à vida, desde que dentro do útero, pois para o ministro: “Não há vida humana no óvulo fecundado fora de um útero que o artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 chama de embrião” (GRAU, 2008, fls. 456).

Nessa lógica de raciocínio, o ministro chama à atenção à significação dada às palavras, conforme o fez a ministra Ellen Gracie, em voto, no que pertine à expressão: embrião. Para o presente caso, segundo a lei objeto da lide, há uma inconsistência da mesma quanto ao uso dessa expressão já que, segundo o dicionário, embrião se reporta ao “ser humano durante as primeiras semanas de desenvolvimento intra-uterino” (GRAU, 2008, fls. 455). Portanto, nessa lógica, o mesmo vocábulo adotado pela Lei da Biossegurança não coaduna com o sentido original dado à palavra, posto que para ela o significado é diverso, sendo embrião o “óvulo fecundado congelado, isto é, paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana” (GRAU, 2008, fls. 455). Nesses termos, então, há de se concluir pela constitucionalidade da referida lei.

Ocorre que, não obstante tais considerações, o ministro adverte que a lei em questão merece atenção e limites, posto que o seu artigo 5º “deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição” (GRAU, 2008, fls. 457). Logo, haja vista o caráter aberto da ADIN, que conflitua com o bloco de constitucionalidade, e ainda, por conta da manipulação genética frente aos ditames mercatológicos, em voto entende pela constitucionalidade dos dispositivos da lei - objeto da ADIN, mas em termos aditivos, estabelecendo-se alguns requisitos, quais sejam: a) a pesquisa e terapia deve ser previamente revista, em seus termos, pelo comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde; b) a fertilização *in vitro* deve ser adotada apenas para fins de reprodução humana, estabelecendo-se limites de quatro óvulos por ciclo; c) a pesquisa só será admitida se não importar a destruição dos embriões, salvo se considerados, dentro de rígidos protocolos, inviáveis (GRAU, 2008, fls. 460).

3.6.3 Gilmar Mendes

O voto do ministro se inicia advertindo quanto à importância do julgamento em questão por estar a tratar de tema delicado. Não obstante a esse fato, não pode a Corte esquivar-se de sua responsabilidade, por conta da relevância social do tema, axiologicamente carregado de valores contrapostos. Não obstante a tais considerações, observa que cabe ao Supremo Federal decidir a matéria estritamente dentro da esfera de sua competência (GILMAR MENDES, 2008, fls. 597).

Sobre a questão da vida envolvida no caso, entende que “Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista – e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema – que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica” (GILMAR MENDES, 2008, fls. 601).

Sobre o norte do princípio da responsabilidade, aduz o ministro que o progresso científico não deve ser barrado diante das inquietações acerca da viabilidade do mesmo, por isso, “a utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica” (GILMAR MENDES, 2008, p.604). E é sobre tais perspectivas que passa a avaliar a constitucionalidade da Lei 11.105/2005, apontando as diretrizes adotadas por outros países em referência à dimensão objetiva dos direitos fundamentais – como “verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado” (GILMAR MENDES, 2008, fls. 607).

3.6.4 Menezes Direito

Diante da argumentação do Requerente de que o artigo 5º da Lei de Biossegurança feriria as garantias de inviolabilidade do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e ainda, reconhecendo que a vida começa com a fecundação e que há pesquisas promissoras, em andamento, com células-tronco adultas, tem-se que a problematização se dá em torno de a referida Lei ser ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais.

Em voto, para embasar suas argumentações, o Ministro Menezes Direito faz algumas ressalvas acerca do posicionamento auferido em face da citada ADIN. Em primeiro,

tece os argumentos proferidos quando da Audiência Pública – 204/2007, apresentando as considerações levantadas sobre o tema, quais sejam: o posicionamento do Senhor Presidente da República de que o caso requereria uma interpretação própria para o termo “vida” (alusão ao vocábulo raça, julgado no HC 82.424 – interpretado de forma diversa de sua acepção científica); o significado jurídico do termo nascituro, até então, considerado mera pessoa em potencial – distinto do embrião; as ressalvas feitas na mencionada audiência de que, para o caso, “não comporta debater, também, se existe ou não vida humana a ser protegida pelo Direito nos embriões, uma vez que a tutela jurídica pátria, como visto, recai sobre a vida da pessoa humana”, e por fim, o entendimento levantado acerca do princípio da dignidade da pessoa humana que entendeu-se este proteger, “inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 223).

No que tange à defesa pela constitucionalidade da matéria requerida ao STF, o Ministro delinea os principais pontos de justificativa para tanto, quais sejam: a possibilidade de os direitos constitucionais serem conformados pelo legislador, não sendo diferente o caso do direito à vida, consoante o que aduz o art. 128 CP; que a autorização, por parte do Estado, para uso de técnicas de eliminação do embrião antes da ocorrência da nidação está representada nos atos que disciplinam o uso do DIU e da Pílula do Dia Seguinte. Diante dessas considerações, o Ministro em análise acerca da matéria, reforça o que atualmente é feito com embriões e a superioridade da células-tronco embrionárias, para as pesquisas terapêuticas, em relação às células-tronco adultas (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 224).

Lembra, também, que a Procuradoria Geral da República, por sua vez, entendeu que há vida desde a fecundação (fundamentos científicos), razão pela qual lhe assiste os direitos à preservação de sua inviolabilidade. Argúi, ainda, não haver enfoques contraditórios: “enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em si, para protegê-la desde a fecundação, no enfoque o direito civil o nascimento com vida é que enseja o direito inerente às relações interpessoais” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 224).

Tendo apresentado os posicionamentos, o Ministro, então, passa a tecer sua tese, norteada por algumas observações, quais sejam: “as afirmações feitas em um momento logo em seguida podem estar ultrapassadas”; a visão de mundo prestigia a diversidade e a pluralidade; quando alguma coisa tem valor supremo, merece supremo respeito. E, ainda, apresenta como norte de sua tese, a realidade da condução da pesquisa no Brasil, segundo a qual os embriões excedentes e em boas condições são congelados; “os inviáveis são

simplesmente descartados como lixo biológico”, não obstante o tratamento legal dado à matéria – tal realidade é um fato no Brasil, a despeito da proibição constante de norma deontológica (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 236-241).

Logo, o Ministro entendeu por bem, ainda, explanar acerca dos métodos científicos de fertilização. Em sendo assim, adverte que é praxe das clínicas de fertilização a conjugação de critérios como forma de se obter uma seleção de embriões viáveis, mais rígida, além de outro serviço rotineiramente oferecido pelas clínicas do ramo: o diagnóstico genético pré-implantação (PGD) – o qual submete células do embrião a testes genéticos capazes de identificar algumas anomalias (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 243).

O problema diante da adoção dessas técnicas é que os embriões com diagnóstico negativo implantados nascem com a certeza de que não sofrerão das anomalias pesquisadas, e é certo que aqueles cujo diagnóstico for positivo, não serão escolhidos para implantação – serão descartados. Tal realidade mostra que a experimentação científica parece não se conter em limites auto-impostos. Nesse sentido, tem-se que atentar para o fato de que, quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da inviabilidade do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, abre-se o campo minado para a eugenia, que sob nenhum aspecto pode ser tolerada. Admitir que as clínicas de reprodução assistida sejam as responsáveis pela identificação das alterações genéticas e morfológicas para descartar os embriões, equivale a investi-las de poder absoluto sobre o que pode, ou não, desenvolver-se autonomamente até o nascimento com vida (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 245-246).

Ademais, o Senhor Ministro acresce ao exposto o conhecimento científico produzido de que a fonte das células das quais derivaram as linhagens obtidas é o embrião na fase de blastocisto, quatro ou cinco dias após a fertilização. Conhecimento este alcançado através do Método Thompson, em que se dá a extração da parte da massa central celular do blastocisto, para então, destruir o embrião, o que o Ministro critica, já que entende haver necessidade de se protegê-lo, por vislumbrá-lo como um ser vivo (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 248).

Ressalva, também que, não obstante as diferenças apontadas entre as células-tronco embrionárias e as adultas, quanto à flexibilidade ou plasticidade das primeiras, o que justificaria o seu “uso”, importante se faz lembrar que “a promessa a elas atribuída não tem, pelo menos ainda, garantia de concretização.” Então, o debate em torno do tema se volta para

o seguinte: o método de obtenção dessas células através da destruição do embrião pode ser admitido (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 249-250)?

Tal indagação leva o Ministro a apresentar dados científicos, pertinentes ao assunto, e que perfazem sua tese, justificando que o uso indiscriminado de métodos de obtenção das células fere a razão de ser da proteção à vida, concedida constitucionalmente; em sendo assim, levanta o seguinte dado: em 2007 cientistas conseguiram “transformar células-tronco adultas em células de caráter pluripotente, equiparáveis às células-tronco embrionárias, através do que se chamou de reprogramação celular” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 253).

Logo, o julgador embasa sua tese no tratamento científico dado à matéria, apresentando as inovações do estudo sobre o assunto. Em sendo assim, retoma a discussão do tema sob a ótica da argumentação proferida pelos favoráveis à pesquisa, que a justificam sob as seguintes premissas: de “o custo da destruição do embrião poder ser coberto pelos benefícios a serem obtidos”; de o embrião não ser apenas um aglomerado de células, não obstante não ter o mesmo valor que o ser humano vivo ou mesmo que o feto possuem; considerando, ainda, que “são embriões excedentes de um processo de FIV e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas só traria benefícios”; no mais, tem-se que “as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 254).

A partir de tais referências, o Ministro passa a construir sua argumentação apresentando argumentos contrários à pesquisa sob o enfoque de que estes partem da “premissa de que o óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo, já é vida humana”; que existem métodos alternativos de pesquisa que dispensariam a destruição do embrião. Ademais, há “insubsistências nas pesquisas com células-tronco embrionárias”, estando, por isso, tais pesquisas, superetimadas em suas potencialidades (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 255).

Diante de tais considerações, a tese do Ministro enfoca que os problemas encaixados nesse paradoxo podem ser geralmente resolvidos adotando-se uma convenção. Para tanto, é necessário atentar para os seguintes pontos: identificar alguns eventos durante o processo de reprodução humana: blastocisto, formação da linha primitiva, nidação, movimento, nascimento. Reconhecer que há um dissenso em escala global acerca do termo “vida humana”– A Europa se divide entre os países que proíbem e os que autorizam as

pesquisas com células-tronco embrionárias sendo que estes últimos praticam diferenciados graus de intervenção na respectiva regulamentação (o autor cita a Alemanha, França, Suécia, Espanha, Bélgica, e ainda, os Estados Unidos). Diante de tal averiguação a conclusão a que auferir é a seguinte: “O que se verifica no direito comparado é que há preocupação, não apenas quanto à definição do estatuto do embrião, mas também quanto às consequências do progresso das técnicas de manipulação genética e celular, especialmente aquelas relacionadas ao uso de gametas e de embriões” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 257-263).

Tecendo tais considerações, o Ministro parte, então, para o proferimento das razões de seu voto, acrescentando a tanto que: “Observo que na lei brasileira sob exame não existe nenhum protocolo para orientar os procedimentos, que são hoje integralmente liberados ensejando os grandes riscos da má utilização.” Logo, “não é possível declarar-se simplesmente constitucional ou inconstitucional uma lei que desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade”, por isso, “ao revés, a impaciência deve ceder à tolerância com o tempo para buscar convergências”. Tais considerações levam à necessidade de se criar mecanismos adequados de controle, uma limitação – que decorra “de uma escolha ética, livre e responsável, consciente de nossa imperfeição” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 263-264).

Em sendo assim, os valores éticos, nessa lógica, “devem prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas” – para não cair na malha de interesses econômicos. “Conhecimento e manipulação são as duas faces de um mesmo processo” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 265).

Por todo o exposto, para melhor aferição da tese ora arguida, o citado Ministro apresenta considerações acerca de algumas teses a serem consideradas com o intento de se justificar a argumentação que passa a desenvolver.

Iniciando-se com o discurso proferido pela tese moral, tem-se que a evidência factual é obtida pela verdade epistêmica ou certeza moral – que não dependem diretamente do clamor unânime das comunidades empíricas, o que se contrapõe à ideia de exigência racional. Para a tese filosófica, segundo Kant, “a própria ideia de objetividade científica pressupõe um *ethos*, ou seja, uma perspectiva filosófica sobre o real que sempre pode ser discutida e não simplesmente aceita como dogma” – crítica kantiana – época em que quase tudo é dominado pelas éticas utilitaristas, instrumentalistas e de resultados. “Inexistem certezas, salvo aquelas que estão no campo dos valores éticos, porque são revestidos da certeza do ser do homem, na

projeção de sua natureza”. Já para a tese jurídica, no caso em comento, necessário se faz “adotar posição clara sobre o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 266-268).

Tem-se então as seguintes premissas: “O embrião é, desde a fecundação, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA)”. Logo, “O embrião é vida, vida humana” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 277-280).

O que se reconhece, portanto, é a dificuldade lógica a desafiar o raciocínio: “se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 278).

Acrescendo a tal entendimento, o Ministro ainda fundamenta o voto sob a perspectiva da tese aristotélica, segundo o qual a potência se difere da possibilidade. A título de exemplo dessa qualificação, cita-se que: “uma árvore pode ser uma árvore atual ou uma árvore em possibilidade, por exemplo, uma semente. A semente é uma árvore, mas em potência[...], uma potência é sempre uma potência para uma ato, o ato é anterior (ontologicamente) à potência, como a potência de um ato determinado, o ato já está presente na própria potencialidade” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 269).

Em analogia a tal referência, ter-se-ia que a fertilização *in vitro* não retira a potência do embrião, mas apenas é o meio em que, no atual estado da ciência, pode se atualizar – “essa perspectiva aristotélica contraria a afirmação de que o fato de estar o embrião *in vitro*, posto que valioso por si mesmo, se assim permanecer, jamais será alguém” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 271).

Há ainda de se considerar a analogia feita entre a vida cerebral e morte cerebral, como sendo uma dualidade do homem no corpo e no pensamento - raciocínio implícito na herança cartesiana – e que para o caso justificaria o uso da pesquisa em julgamento sob a perspectiva de que, se o diagnóstico para o fim da vida se dá com a morte cerebral, o seu início, dar-se-ia, portanto, a partir da formação da vida cerebral. Ocorre que tal entendimento deve ser superado haja vista reconhecer-se que apesar de o homem ser complexo, é também uno, exigindo-se, portanto, uma visão que não o divida (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 272).

Tal raciocínio, sob essa perspectiva, ademais, justificaria o Estatuto Intermediário do Embrião – como sendo este último possuidor de dignidade intermediária – logo, ausente de capacidade moral e racional – entendimento produzido à luz da ética relacional de Kant – “age de tal maneira que uses a tua humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio” – p. 278. Para Kant, então, os seres humanos têm dignidade porque são capazes de agir moralmente (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 278).

Não obstante a esse entendimento, para o Ministro: “Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. O estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um transbordamento, para o direito à vida não se pede mais que reconhecê-lo sobre o que está vivo.” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 280).

E, ainda, “o princípio da ponderação entre meio e fim resulta sempre na afirmação de que os fins não justificam os meios” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 286).

Logo, para o Ministro, o embate dá-se, ainda, em torno do desvio de perspectiva – os embriões foram gerados para a vida. “A fertilização in vitro é realizada com o objetivo da geração de uma vida”. “Não foi destinada à pesquisa científica pura ou terapêutica” (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 285).

Enfim, o debate sobre o tema é retomado, diante de tal assertiva, a partir das pesquisas científicas realizadas que hoje indicam a possibilidade de extração de uma única ou duas células-tronco de um embrião sem destruí-lo, o que já constava de estudos realizados em 2005. (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 288).

E, ainda, tem-se a pesquisa realizada através do Método de Lanza segundo o qual é possível compatibilizar a Lei com a Constituição, abrindo espaço para a pesquisa, objeto da ADI, sem atentar contra a vida do embrião, haja vista que após a Extração, que pode ser comparada à doação de uma célula epitelial, o embrião poderá cumprir seu destino natural, isto é, a implantação e o nascimento (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 290).

Não obstante a tais observações, ainda há de se levar em conta que a citada Lei não define o que seja embrião inviável. Não há padrão ou um protocolo que identifique a inviabilidade de um embrião. Embora a Lei, objeto da ADI, não tenha definido o conceito de inviabilidade dos embriões, o Decreto 5.591/2005, § 3º, o fez, com as seguintes deferências:

a) apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde; b) sofreram ausência espontânea de clivagem após um período superior a vinte e quatro horas, ou; c) apresentam alterações morfológicas que comprometem o seu pleno desenvolvimento (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 292).

Logo, o critério para se caracterizar um embrião inviável, ou seja, considerar o embrião sem vida, é meramente funcional, qual seja: ausência de clivagem; o que não impede que, mesmo “sem vida”, ainda seja encontrado nele células vivas – células-tronco (MENEZES DIREITO, 2008, fls.294).

Assim, apresenta o senhor Ministro o seguinte dado acerca do embrião: que “no seu 5º dia de existência há um conjunto de critérios para diagnóstico de uma interrupção irreversível do desenvolvimento do embrião humano – paradigma da morte encefálica”(MENEZES DIREITO, 2008, fls. 294-295). Conclui-se, então, diante desse estudo que:

Os métodos Lanza e Landry-Zucker, tal qual o Yamanaka e qualquer outro que não acarrete a morte do embrião, podem ser admitidos pela Constituição brasileira por cumprirem o objetivo de estimular a pesquisa em área sensível para o desenvolvimento da humanidade sem o sacrifício da vida, valor que deve ser respeitado e preservado (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 298).

Reforça, ainda, o Ministro, não haver norma legal, em específico, no Brasil, que proíba ou impeça a realização de procedimentos inadmitidos em diversos ordenamentos. Sugere, por isso, uma série de medidas legais, procedimentais, e fiscalizatórias, com o intento de se legitimar e dar segurança jurídica às pesquisas que envolvem as células-tronco. (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 301).

Por todo o exposto, o Ministro Menezes Direito, julga a matéria procedente, em parte, para os termos que se seguem, quanto à Lei 11.105/2005:

1 – no caput, art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade – sem redução de texto – seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento. E, ainda, que a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica – proibida a seleção de sexo ou de característica genéticas.

2 – 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. E, ainda, considerando-se a participação de especialistas no processo, sendo que o desenvolvimento interrompido dar-se-ia apenas em caso de ausência de clivagem, após período mínimo superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição ao método de obtenção das células-tronco (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 305).

E, ainda, quanto ao inciso II da referida lei, postula por declarar a inconstitucionalidade – sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há 3 anos ou mais, dos quais somente poderão ser retiradas suas células-tronco por método que não lhes cause a destruição. Em seu parágrafo primeiro, pugna por declarar-lhe parcialmente a inconstitucionalidade – sem redução de texto – consignando-se a necessidade de o consentimento ser informado prévio e expresso, por escrito, pelos genitores. Por fim, quanto ao parágrafo segundo, vota por declarar-lhe a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que se entenda que as instituições de pesquisa, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, devam se submeter, previamente, quanto a seus projetos, à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que a lei estabelece (MENEZES DIREITO, 2008, fls. 305).

Em síntese, essas são as considerações feitas pelo o Ministro Menezes Direito como fundamentos de seu voto, as quais se destacam na presente pesquisa por sua coerência; afora a responsabilidade com que o tema é explorado, depreende-se, também, da leitura do voto comentado, o compromisso com o qual se advoga a tese de ser o embrião uma vida, através dos estudos realizados ao longo do desenvolvimento dos argumentos, que garantem a lógica dos mesmos, condizentes com a realidade e com o Direito que se pretende construir.

3.6.5 Ricardo Lewandowisk

O Ministro inicia seu voto destacando a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias para o novo milênio, haja vista a possibilidade de uma série de tratamentos àqueles que, por alguma doença, foram condenados a sequelas físicas para o resto da vida (RICARDO LEWANDOWISK, 2008, fls. 377).

Destaca pontos importantes ao refletir acerca da ciência, tais como o fato de que a ciência e a tecnologia não detêm “o monopólio da verdade, da razão ou da objetividade, valores, de resto, também cultivados por outras áreas do conhecimento humano” (RICARDO LEWANDOWISK, 2008, fls. 380).

Quanto aos avanços científicos e direitos de quarta geração apresenta o tema abordando que os mesmos são reflexos da evolução da própria sociedade humana refletindo que “atualmente, assentei eu, já se cogita de direitos de quarta geração, decorrentes de novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia” (RICARDO LEWANDOWISK, 2008, fls. 388).

Ao considerar sobre o início e a proteção da vida adverte que a esta são apresentas diversas considerações pela comunidade científica, religiosa e filosófica, e que ainda,

talvez não seja ao Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema, visto não estar aparelhado – e nem vocacionado – para entreter discussões que, no fundo têm um caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de teologia, com certeza, encontram-se melhor aparelhadas (RICARDO LEWANDOWISK, 2008, fls. 396).

Adverte, no mais, que a importância do tema se dá muito além de se discutir se os embriões teriam, ou não, direito a tratamento digno, mas sim, dos direitos que devem ser entendidos quanto à vida como um bem coletivo, “pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético humano” (RICARDO LEWANDOWISK, 2008, fls. 403).

Com tal entendimento, para o Ministro o direito à vida não pode ser tratado num plano individual, mas sim, como um direito “comum a todos”. Portanto, vota pela procedência, em parte, da ação, sem redução de texto, conferindo interpretação aos dispositivos da Lei objeto da ADI, no seguinte sentido:

- 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;

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 2005.

3.7 Comentários dos votos

Dada a complexidade do tema e sua importância para o ordenamento jurídico, merece comentários, alguns votos, com o propósito de serem analisados quanto em seu teor argumentativo e coerência narrativa.

Iniciando, então, a análise, a partir do voto do ministro Ayres Britto, tem-se que o fundamento do mesmo se dá a partir da premissa de que a proteção dada ao embrião, no que se refere à dignidade da pessoa humana, está adstrita a sua possibilidade de, naturalmente, desenvolver-se. Sob esse entendimento, defende que a matéria, tanto civil, quanto constitucional, reporta-se ao indivíduo-pessoa, em sua concepção biográfica.

Analisando o tratamento dado pelo ministro ao tema, é necessário traçar considerações acerca de que a matéria, em questão, envolve a vida, humana, o que requer uma hermenêutica apropriada para o campo jurídico ao qual ela se reporta. Sobre essa lógica, há de se reforçar que o Direito Civil, tratado como um Direito Privado, justamente por regular a relação entre os indivíduos, tutela a vida humana a partir do seu nascimento, não obstante considerar os direitos do indivíduo, mesmo quando de sua concepção¹²³. Em contrapartida, a Constituição Federal é reconhecida como um Direito Público, justamente por regular as relações do indivíduo para com o Estado, e quando se refere à vida, esta é tutelada constitucionalmente, como sendo inviolável¹²⁴. Mas, considera o ministro que a vida tratada

¹²³ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (VADE MERCUM, 2011, p.157).

¹²⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...) (VADE MERCUM, 2011, p.9).

na Constituição, em seu artigo quinto, se refere à vida pós-nascimento, logo, não abarcando, nessa dimensão, o embrião¹²⁵.

Ocorre que ao retormar o debate do tema, apesar de o ministro afirmar: “não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino” (AYRES BRITTO, 2008, p.173), o raciocínio argumentativo que desenvolve sobre a matéria torna-se incoerente, posto atribuir a proteção à vida, como um bem jurídico, apenas à pessoa nativiva - tanto à Constituição Federal e ao Código Civil, diga-se de passagem, em suas raízes, matérias de orientação, pública e privada, respectivamente. E, devendo ser a Carta Magna a diretriz e razão de todo o ordenamento jurídico, torna-se ainda mais conflituoso o entendimento do ministro ao atribuir à matéria infra-constitucional, Lei 11.105/2005, objeto da lide, tratamento mais abrangente e significativa para a tutela do direito à vida¹²⁶ do que o considerado pela Constituição Federal¹²⁷.

Diante, então, dessa conclusão do ministro, fica a seguinte indagação: Como pode matéria infra-constitucional tutelar a dignidade de “toda forma de vida humana”, e a Constituição traçar diretrizes apenas para a vida humana nativiva? Não haveria, nesse raciocínio, uma inversão da tutela do direito dada à matéria? Resguarda-se que, não sendo o objeto da presente pesquisa dar respostas à matéria jurídica ora tratada neste caso, mas sim,

¹²⁵ Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um automatizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião) (AYRES BRITTO, 2008, p.165).

¹²⁶ Daqui se infere – é a minha leitura – cuida-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (no caso do embrião in vitro). Noutro dizer, o que se tem no art. 5º da Lei da Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro (AYRES BRITTO, 2008, p.158).

¹²⁷ Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativivo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a ida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício de direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), **está falando de direitos e garantais do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém** (AYRES BRITTO, 2008, p.164).

apontar direções metodológicas rumo à construção de um raciocínio lógico, é que tais perguntas são levantadas.

Outra consideração que se faz importante é a conclusão do voto proferido de que uma coisa é o embrião implantado, e que por essa razão, está protegido pelo princípio da dignidade da pessoa humana - por admitir o seu transbordamento, desde que para uma vida que se deságue numa pessoa¹²⁸. Outra coisa seria o embrião extra-corpóreo, que para o ministro seria apenas entidade embrionária¹²⁹, substância (ao estender a interpretação dada ao caso à Lei 9.434/07 e ao § 4º do art. 199 da Constituição Federal¹³⁰), ou ainda, uma vida vegetativa¹³¹, haja vista o caráter instrumental da Lei 11.105/2005¹³².

Nesse raciocínio, então, o embrião extra-corpóreo não teria dignidade sendo esta adstrita àquele que já estivesse implantado no útero materno¹³³, o que mais uma vez, torna-se confuso por adotar o ministro, conforme descrito em linhas pretéritas, a premissa de que a vida começaria na fecundação. Então, haveria vida, independente de ser embrião pré-implante, porém esta, no caso específico, não seria sujeita à proteção da dignidade?

Para o ministro, a dignidade estaria restrita ao embrião implantado, inclusive em termos constitucionais, não obstante defender que a lei infraconstitucional é que seria a responsável por tutelar essa vida – sem dignidade. Logo, o ministro entende haver uma tutela

¹²⁸ O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade que chamamos “feto”. Este é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita (AYRES BRITTO, 2008, p.172).

¹²⁹ Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão” (AYRES BRITTO, 2008, p.178).

¹³⁰ Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização (AYRES BRITTO, 2008, p.196).

¹³¹ Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Li de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro (AYRES BRITTO, 2008, p.199).

¹³² Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei da Biossegurança em sede científico-terapêutica (BRITTO, 2008, p.179).

¹³³ Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe (AYRES BRITTO, 2008, p.191).

jurídica proporcional, reconhecendo que “o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico” (AYRES BRITTO, 2008, p.167), mas não da dignidade dessa forma de vida. Ocorre que tal entendimento não coaduna com a realidade de uma nova postura paradigmática que absorve uma concepção de dignidade intrínseca a toda forma de vida, sendo esta ainda estendida à fauna e à flora¹³⁴.

Haja vista tratar o Ordenamento Brasileiro de um sistema positivo, e dado a relevância da matéria e sua especificidade, a temática, para a pesquisa com células-tronco embrionárias então defendida, diante das considerações do Ministro, necessitaria de precisão dos termos jurídicos envolvidos, delimitando-se a sua aplicação, até mesmo por se reconhecer que a pesquisa é a realidade do que se tem hoje sobre o tema, não se descartando, no mais, a possibilidade de pesquisas com células-tronco adultas.

Ademais, não obstante as críticas feitas ao entendimento proferido pelo ministro Menezes Direito¹³⁵, o presente voto, inevitavelmente, absorve significâncias científicas¹³⁶ da matéria (apesar de o próprio ministro Ayres Britto criticar tal raciocínio, reconhecendo-o temerário¹³⁷) como ponto de partida da semântica jurídica dos termos avaliados, em específico, da viabilidade de uma vida e do direito que essa teria. Porém, o problema não está

¹³⁴ No que diz com a recepção desta concepção pelo direito constitucional positivo, designadamente no tocante a uma noção ampliada e inclusiva de dignidade, vale mencionar o exemplo da Constituição da Suíça, onde foi inserido um dispositivo impondo ao Estado o dever de respeitar a dignidade da criatura e a segurança do Homem, dos animais e do meio-ambiente (SARLET, 2011, p.44).

¹³⁵ Então, derivar do raciocínio de que não há vida humana que não comece pelo embrião a afirmativa de que o embrião já é uma pessoa não procede. Não é correto. Não se pode confundir embrião de pessoa com pessoa embrionária. Não existe pessoa embrionária, mas simples embrião de pessoa humana. Não incorramos na falácia indutiva de que falava David Hume, ou seja, as premissas não autorizam a conclusão (AYRES BRITTO, 2008, p.316).

¹³⁶ Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias, o embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado *in vitro*, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, **o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana**; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento *in vitro*, o que se tem é um quadro geneticamente contido no embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da potipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação) (AYRES BRITTO, 2008, p.180).

¹³⁷ Muito bem, eu disse isso porque eu tentei fugir de uma perspectiva analítica teológica ou filosófica, ou mesmo científica mais aprofundada, uma vez que esse terreno nos leva a uma discussão interminável. Nós vamos nos perder no infinito, dado que há correntes ponderáveis, consistentes de opiniões em um sentido e de opinião em outro sentido (AYRES BRITTO, 2008, p.312).

em se buscar a conceituação científica para o caso, desde que como referência, mas sim, a inversão dada à aplicação interpretativa (da ciência para o direito).

Tal matéria, levada ao crivo constitucional, deveria, ao contrário, partir da semântica judicial (do direito para a ciência - conforme reconhece o ministro a importância do caso que deve ser tratado no âmbito jurídico¹³⁸), específica do campo (tópico jurídico) e que requer a qualificação valorativa constitucional do que seria uma vida viável (não obstante o voto ter valorado outros fatos¹³⁹), para, a partir de então, averiguar o cabimento, ou não, da aplicação do princípio da dignidade humana e seus reflexos ao campo científico.

Dado o fato de o tema da matéria envolver questões tão controversas, a qualificação da expressão vida viável torna-se crucial para o âmbito jurídico. Condicionar a significação da viabilidade aos padrões de uma lei infraconstitucional¹⁴⁰, torna-se por demasiado temerário e inconsistente, logo incoerente com a lógica jurídica, por conta de ser matéria a ser tutelada, sobretudo em face da competência da Suprema Corte, pela Constituição Federal, precisando tal qualificação estar adstrita a este campo do saber – o jurídico, e não o científico, como determinante do que seja, ou não, viável.

Outro voto que merece apontar é o do ministro Celso de Mello que, por sua vez, limitou-se a atribuir a responsabilidade de se determinar o instante da vida à ciência. Nesse importe, reforça que a definição dada pela bioética de estar na atividade cerebral o parâmetro do início da vida é a que melhor de adequa à realidade jurídica.

¹³⁸ Olha, não estou falando de filosofia nem teologia, nem de ciência pura, nem de pesquisa básica, estou falando da Constituição brasileira. Estou desfilando pela passarela da Constituição, de ponta a ponta, para, na Constituição, buscar os fundamentos de meu voto, porque, como disse a ministra Ellen Gracie, no seu luminoso voto na primeira assentada, o que nos cabe é dar uma resposta jurídica constitucional para a questão que nos é posta (AYRES BRITTO, 2008, p.317).

¹³⁹ É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II – a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis (AYRES BRITTO, 2008, p.194).

¹⁴⁰ O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro, Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade (AYRES BRITTO, 2008, p.197).

Traçados esses pressupostos, para o ministro, então, não haveria vida no embrião criopreservado, mas esta se desenvolveria apenas a partir da intervenção humana. Porém, trata tais considerações reconhecendo que a ciência ainda não está acertada quanto ao momento em que a vida e a morte se manifestariam. Tanto que apresenta um quadro sinótico com diversos entendimentos científicos sobre o tema.

Novamente, então, diante dessas constatações, houve uma inversão da qualificação valorativa aplicada ao caso, e que a petição inicial solicitou quanto ao termo vida – sobre os padrões jurídico-constitucionais e seus reflexos científicos. E, não o contrário, consoante a leitura que se tem do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello. No mais, ao acompanhar o voto do relator, as considerações a este último se estendem para o presente parecer.

Acompanhando o voto do relator, também se destaca o voto do ministro Joaquim Barbosa por nortear seu parecer sob o princípio da Autonomia Privada - diretriz e fundamento da constitucionalidade da Lei 11.105/2005.

Então, nesse entendimento, a lei infraconstitucional, abordaria a vida sob perspectiva privada, e seguindo o voto do relator, pressupõe-se que o ministro Joaquim Barbosa coaduna com a perspectiva de que o Direito protegeria, sim, cada etapa do desenvolvimento humano.

Mas, ao tratar a matéria sob tais parâmetros, afirmando não ser competência da Constituição Federal determinar o início da vida, haja vista que até a ciência não chegou a um consenso; e, ainda, ao direcionar a constitucionalidade da Lei 11.105/2005, que por sua vez define a viabilidade do embrião pré-implanto segundo parâmetros da biologia – que em sua tradução mais peculiar, própria da ciência, significa o estudo da vida; novamente, há uma incoerência ao raciocínio aplicado ao caso.

A natureza da Lei 11.105/2005 é justamente cuidar do manuseio de embrião, que em sua acepção primária ora é entendido como vida, ora não, tanto que houve audiência pública no sentido de se direcionar o tratamento da matéria. Ademais, o § 3º da referida lei preceitua: “É vedada a comercialização do material biológico(...)”. Ora, em sendo assim, não há como deixar de se qualificar, à luz da Carta Magna, a vida, a partir do pressuposto de que a referida lei é constitucional em seus termos.

Outrossim, ao atribuir à matéria a aplicação do princípio da autonomia privada, está-se a lhe determinar, de antemão, e pela via inversa (já que do direito privado, e não do

público consoante as considerações tecidas em comentário ao voto do ministro Ayres Britto), a competência de se reconhecer haver vida, ou não, pelos genitores.

Logo, estes, não obstante o próprio ministro afirmar não poder se determinar o início da vida, indiretamente, é quem a definiriam, posto que, numa lógica utilitarista pela qual a Lei 11.105/2005 se firma, o “usar” o embrião, significaria determinar-lhe a “não vida”. A questão que se enfoca, diante desse paradoxo, a desafiar o raciocínio lógico jurídico é: os genitores teriam, então, competência para tanto?

O voto do ministro Cezar Peluso, por sua vez, reforça que o tratamento da matéria deve se dar sob a perspectiva constitucional, de direito público, e não de direito privado – em consonância ao Direito Civil, razão pela qual discorda do ministro Ayres Britto.

Consoante tal entendimento, nesse ponto, o voto do ministro torna-se coerente com o sistema jurídico, posto partir da hermenêutica e orientação constitucional dada ao tema, não obstante defender que a mesma trata apenas da vida da pessoa humana, por isso não se manifesta acerca do embrião extra-corpóreo. Compreende, portanto, que no mesmo não há vida atual, muito menos pode ser identificado como pessoa, ou a sua possibilidade, por lhe faltar movimento autógeno para tanto.

Dadas essas últimas considerações, o ministro Cezar Peluso, coaduna com o parecer do ministro Ayres Britto, cujos comentários ao voto proferido se estendem, desde já, igualmente ao presente voto.

Já o voto da ministra Ellen Gracie é por demais sucinto haja vista a importância e repercussão que a matéria pode vir a ter, no mais, segue o voto do relator a cujas considerações me reporto para o presente comentário. Entretanto, a ministra apresenta uma observação que merece ser destacada, haja vista que o presente trabalho se propõe a avaliar o raciocínio jurídico desenvolvido a partir da valoração obtida de termos não jurídicos, como o é a expressão embrião¹⁴¹.

¹⁴¹ Conforme demonstrou Letícia da Nóbrega Cesarino no artigo Nas fronteiras do “humano”: *os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões*, esse limite temporal presente na lei britânica teve como razão a prevalência do entendimento de que antes do décimo quarto dia haveria uma inadequação no uso da terminologia “embrião”, por existir, até o final dessa etapa inicial, apenas uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo (ELLEN GRACIE, 2008, p.216).

Logo, sobre essa referência, a Lei de Biossegurança, então, não seria inconstitucional, já que não estaria a tratar sequer de embrião. Ocorre que, em sendo esse o pressuposto a ser adotado para o caso, o mesmo deveria ter sido dimensionado quando do acórdão proferido, o que não se reputou reconhecido diante da motivação desenvolvida para o julgamento, resultando em norma jurídica e de decisão. Por isso, volta-se às considerações dadas ao voto do ministro Ayres Britto por todo o exposto.

Igualmente, merece voto do ministro Eros Grau os mesmos comentários tecidos à decisão do ministro Ayres Britto acrescentando ainda que a defesa do ministro Eros Grau é norteada pela significado equivocado dado à expressão “embrião” em seus termos jurídicos.

Ocorre que, como já apontado em comentário ao voto da ministra Ellen Gracie, devido a importância do tema, sobretudo pelo fato de a discussão ainda dar-se em torno da constitucionalidade da Lei de Biossegurança – que já traz em seu texto critérios norteados pela expressão “embrião” – antes, então, necessário se faria explorar a sua significância, para a seguir, motivar os votos – já que em deliberação, o que se obterá será uma norma de decisão segundo a qual parte do norte da pré-concepção do que vem a ser, ou não, um “embrião”.

Utilizando-se dos princípios da responsabilidade e da proporcionalidade para o caso, e ainda desenvolvendo o voto a partir da contribuição do tratamento dado à matéria em outros países, o ministro Gilmar Mendes, por sua vez, julga improcedente a ação, desde que os dispositivos da referida lei, objeto da ADIN, sejam interpretados sob a premissa de que “a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, seja condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde” (MENDES, 2008, p.630). Portanto, a argumentação do ministro, ao se basear em princípios um tanto quanto “abertos” em sua dimensão significativa – induz à linguagem especulativa do discurso – por não determinar o alcance exato de tais princípios para o caso em julgamento.

Diante do caso em análise, então, tem-se a importância da temática que envolve o direito à vida do embrião, e o mais importante, o significado do mesmo dado pela Suprema Corte, o que indubitavelmente refletirá na sociedade brasileira. Em voto, pela maioria dos Ministros, julgou-se pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) – objeto da Ação Direita de Inconstitucionalidade 3.510-0.

O julgado teve por norte as pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, entendendo-se pela inexistência de violação do Direito à Vida. Ademais,

entendeu-se pela descaracterização do aborto, e que as normas constitucionais eram conformadoras ao direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. E, ainda, que não cabível a utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à referida Lei controles desnecessários que implicariam em restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Em síntese, o acórdão.

Sob o foco de tal decisão, mister se faz analisar a mesma na perspectiva de se considerar o caso de Antinomia de Normas, a que Chaïm Perelman (2004, p.54) explicita como a constatação de conflito entre a abstenção e a ação, por se conflagram duas diretrizes incompatíveis, que não dizem respeito ao verdadeiro ou ao falso, mas a aplicação da norma. Necessário se faz, para tanto, a utilização de técnicas de interpretação no sentido de se afastar a aplicação de textos legais a favor de soluções mais equitativas ou mais razoáveis.

Tal análise sobre o tema se faz haja vista que, não obstante o Direito à Vida ser tratado em matéria infra-constitucional, e também, constitucional, a lide em questão envolve, não menos, a determinação dos critérios normativos para a conflagração e extensão da expressão Vida, e os Direitos atinentes à mesma. Sob essa perspectiva, não se pode olvidar que houve ampliação da significação do termo já que novos paradigmas estão envoltos à concepção do mesmo. Não obstante a esse fato, o caso requer acuidade por envolver tratamento legal, outrora dispensado à Vida, quando da proibição de sua violação em matérias, citadas no *decisium* (decisão), constitucional, penal e civil.

O problema reporta-se, então, a qual “Vida” dispensa-se a tutela legal. Nesse diapasão, o parecer dos votos pela denegação da medida, tendo por norte o do Ministro Carlos Ayres Britto, foi no sentido de que “embrião é embrião, feto é feto e pessoa humana é pessoa humana”, portanto, não haveria ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pelo menos constitucionalmente, já que, segundo o citado Ministro, pessoa humana só seria constatada quando nativa, concluindo que os direitos e garantias como cláusulas pétreas referem-se a direitos e garantias do indivíduo-pessoa – destinatário dos direitos fundamentais.

Por fim, reforça o Ministro que caberia ao Direito infraconstitucional proteger cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano, acrescentando a sua assertiva que “os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum”. Logo, o embrião pré-implante seria um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico, conforme adverte ser o tratado pela Constituição Federal.

Ora, há uma incoerência quanto à lógica dispensada para o tratamento da matéria.

Partindo-se da concepção constitucional dada à Vida, a hermenêutica não se adequa à razão de ser da própria Lei Maior – já que, conforme o Ministro Gilmar Mendes aduz em sua argumentação, a Constituição Federal não dispôs sobre o início da vida humana, igualmente, não se pode “deduzir”, como o foi na constatação arguida no julgado, que a Vida, a que se refere o texto constitucional, reporta-se a do indivíduo-pessoa (como sendo destinatário dos direitos fundamentais).

Mister se faz atentar que o texto legal que abarca e delimita tal entendimento é - ao contrário do proferido pelo mencionado Ministro, e seguido pela maioria dos votos – o Direito Civil, pois este determina, em seu artigo segundo, que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento em vida [...]”.

Tem-se, portanto, diante da interpretação dada à questão, incoerência quanto à aplicação da hermenêutica, já que sendo o Direito Civil entendido como Direito Privado, disciplina, por conseguinte, matérias inerentes às relações privadas. Ao contrário, a matéria constitucional, reconhecidamente sendo de Direito Público, visa disciplinar as relações do Estado para com os particulares – logo, requer, por sua natureza, uma interpretação “abrangente” de seu conteúdo, já que se supõe, pela própria estrutura do Ordenamento Jurídico Brasileiro, que os temas referidos constitucionalmente serão tratados em legislações específicas, e não ao contrário, como o foi o entendimento no qual se baseou o julgado do Ministro. Ademais, o voto em análise, em alguns pontos cruciais que envolvem a lide, explorou a temática evasivamente ao direcioná-la a partir de argumentos abstratos, como o foi ao arguir que há suficiência de cautelas e restrições impostas pela Lei da Biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias, haja vista a mesma tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto.

Se o entendimento do Ministro foi no sentido de que a tutela dispensada ao direito à vida, baseado no primado da dignidade da pessoa humana, refere-se ao indivíduo-pessoa, torna-se ilógico conceber a natureza que outrora determinou a tal primado, ser estendida a Lei de Biossegurança, cuja vida que se pretende manipular é exatamente a extra-corpórea, embrionária, logo, não ostentada de tal dignidade.

Em sendo assim, o voto produziu um contra-senso, já que contradiz o entendimento por ele mesmo proferido sobre a questão. Em se tratando de matéria que requer extrema atenção, já que pertinente à Vida, e ainda, a termos constitucionais, a argumentação

proferida deveria ater-se à determinação da abrangência dada ao princípio da Dignidade Humana posto que ora o Ministro entende não ser o embrião portador da mesma, já que esta é atinente à pessoa humana, ora defende ser a Lei de Biossegurança um conjunto normativo o qual se protege a dignidade, no caso, do embrião.

Refletindo-se acerca dessas considerações à luz do entendimento de Chaïm Perelman (2004, p. 47), tem-se que para o referido autor, quando a passagem da descrição dos fatos para a qualificação jurídica não é óbvia, é necessária a “determinação de um conceito resultante de uma apreciação ou de uma definição prévia”, como o é a questão que envolve tal princípio diante do caso em lide, por isso, conclui-se pela incoerência dos argumentos analisados proferidos neste julgado.

Ao contrário dessas considerações tecidas acerca do julgado proferido, merece, no mais, destacar o voto do Ministro Menezes de Direito, por sua coerência narrativa, já que ao proferir sua argumentação, estabeleceu limites semânticos para com os conceitos atinentes aos objetos em julgamento, como o fez ao conceber que o embrião é vida – vida humana. Logo, ateu-se ao convencionalismo jurídico ao introduzir distinções aos termos, cujos padrões não definidos, requerem do juiz poderes de apreciação. Levou a argumentação para o plano da lógica ao inserir o problema controverso, no caso direito à vida, para uma tradição – respeitando-se a que Chaïm Perelman (2004, p.155) referenciou como sendo auditório, à luz dos ensinamentos de Aristóteles (retórica).

Nesse sentido, o citado Ministro considerou, para o seu voto, a realidade da condução da pesquisa produzida no Brasil. Advertiu que o estatuto intermediário do embrião conduz a uma contradição, haja vista que se “Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana, enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um transbordamento, para o direito à vida não se pede mais que reconhecê-lo sobre o que está vivo” (MENEZES DIREITO, 2008, fls.280).

Tratou o tema sob o enfoque das seguintes teses: moral, ética, filosófica, jurídica e até utilitarista. Ou seja, enfocou a problematização sob diversos aspectos, trabalhados limitadamente quanto da convenção que passou a adotar de ser o embrião uma vida, portanto, carecedor de proteção. No mais, advertiu acerca da dificuldade lógica a desafiar o raciocínio, produzida pelos argumentos denegadores da medida, pois se de um lado reconhece-se haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende-se não haver pessoa (personalidade) no

embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana (MENEZES DIREITO, 2008, fls.280). Por fim, admoesta quanto ao fato de que a citada Lei não define o que seja embrião inviável. Não há padrão ou um protocolo rígido para a identificação desse embrião inviável.

Tem-se, ante o exposto, que caberia, por óbvio, ao jurista, já que é essa a sua função (de buscar a paz social e a justiça, visando à segurança jurídica das relações), delimitar o campo de abrangência da matéria, tratando-a com ciência, consciência e experiência (ALVES JÚNIOR, 2009, p.4-8), o que o fez o Ministro Menezes de Direito.

Postas tais observações, tem-se que o tema não recebeu tal entendimento, o que se depreende do acórdão proferido acerca da questão, já que teve por fundamento o fato de não caber à justiça adentrar a questões de cunho científico, já que para o caso do controle da inviolabilidade do embrião, este seria pertinente às clínicas, conforme ao tratamento, que se entendeu, dado pela Lei. Diante da questão, mais uma vez conclui-se pela argumentação especulativa, já que geral e abstrata nesse sentido – pois que ao proferir tal entendimento, constata-se pela argumentação levada ao nível da abstração, o que impede, por sua vez, a discussão da matéria.

3.8 Considerações parciais

Este capítulo apresentou o julgamento da ADI n. 3.510, as discussões acerca do início da vida, e como esta é entendida no caso do embrião humano e, por fim, em que casos se aplicaria o princípio da dignidade humana. A vida, então, neste julgado, teve seu início norteado pela formação das terminações nervosas, o que viabilizaria um desenvolvimento biológico autônomo, não sendo este o caso dos embriões, por isso, julgou-se pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança que prevê a manipulação dos mesmos para fins de pesquisa e terapia, utilizando-se das células-tronco embrionárias neles encontradas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com fundamento nas leituras realizadas acerca da hermenêutica jurídica, e aplicando as teses defendidas pelos doutrinadores ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no caso da ADI n. 3.510, considero, em análise que passo a descrever, incoerentes os fundamentos do acórdão, e ainda, inconsistentes normativamente.

Para tal conclusão, conforme se depreende da leitura dos textos compilados no item 2 do trabalho, os doutrinadores, apesar das divergências que apontam acerca de o Direito dever ser compreendido, ou não, como ciência, todos concordam com a importância de uma interpretação condizente com o ordenamento jurídico, de maneira tal que possa ser considerada coerente.

Se para Kelsen a interpretação não é vista como um ato racional, logo não podendo ser qualificada como objetiva sob os parâmetros do positivismo, deve, porém, adequar-se à “moldura ou quadro” do Direito, legitimada pela discricionariedade da escolha da melhor solução para o caso. Então, para a aplicação do Direito, o ato interpretativo é vinculativo, já que há uma determinação, apesar de incompleta, que direciona a norma individual produzida, como direito positivo, a partir de uma norma geral, de escalão superior, que lhe fundamenta o ato jurídico – criador do Direito.

Assim, a Constituição Federal, como norma de escalão superior, estaria a determinar os limites da criação do Direito, no caso, quando se decidiu que a manipulação do o embrião para fins de pesquisa terapêutica, com a sua conseqüente destruição, não violaria a vida e a dignidade humanas – o que no caso impõe uma nova concepção da vida por julgar que o embrião não é factível como um projeto de vida autônoma – o que leva a novos paradigmas do que seja uma vida viável; se esta assim não o for, poderá então ser violada.

Tal conclusão proferida no acórdão é incoerente já que, quando a Constituição Federal dispõe acerca da vida, em seu artigo 5º, caput, “garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País à inviolabilidade dos direito à vida”, e não apenas de suas vidas, tem o propósito maior de protegê-la, em todas as suas formas, inclusive em sua dignidade, inerente aos direitos humanos. Logo, partindo-se da “moldura” do ordenamento jurídico brasileiro, da qual se deve construir a interpretação, para que a mesma não descambe à arbitrariedade, no sentido da seriação escalonada das normas jurídicas proposta por Hans Kelsen, não há lógica no argumento da sentença de que a vida anterior ao nascimento de uma

pessoa, deve ser protegida pelo direito comum, e não pelo direito constitucional.

Analisando o julgado à luz da proposta de uma interpretação racional, defendida por Chaim Perelman, tem-se que a incoerência do mesmo se dá diante da “quebra” do raciocínio proposto pela lógica jurídica. Sob tal lógica, a valoração para a interpretação da norma não é arbitrária, devendo a mesma ser justificada em sua escolha, o que leva a predicar uma decisão como justa, razoável e equitativa.

No caso em análise, que questiona a violabilidade da vida embrionária - requerendo para tanto, a aplicação de princípios gerais do direito, e ainda, questionando a violação do princípio da dignidade humana, no caso da manipulação do embrião seguido do seu “descarte” -, tem-se que a solução justa é assim predicada quando conforme à lei e à equidade que o caso requer.

Considerando-se a premissa de que a interpretação judicial se constrói via raciocínio sistematizado, deve-se então, partir da plausibilidade e verossimelhança do que seja considerada uma vida em termos constitucionais. O ponto crucial do debate se dá em torno da passagem da descrição dos fatos – no caso: manipulação embrionária para retirada de células pluripotentes (assim consideradas quando o embrião não é viável para a consecução da vida) – à qualificação jurídica – no caso, de quando e como se daria a vida.

Tal observação é feita pelo fato de a sentença fundamentar-se na justificativa de que o texto constitucional não dispõe sobre o início da vida humana, dispondo apenas da vida de uma pessoa concreta, logo não seria aplicável o princípio da dignidade humana aos embriões, posto que só se aplicaria à pessoa humana, nativiva.

Logo, diante de tal conclusão da Suprema Corte, o início do raciocínio lógico ficou comprometido, ao não se determinar, a princípio, em termos jurídicos (no campo específico da semântica do Direito), quando a vida começaria, limitando-se, o STF, a definir que o embrião pré-implante não seria uma vida a caminho de outra vida por lhe faltar as terminações nervosas - que lhe garantiriam uma vida autônoma.

Por fim, ainda dentro da proposta de uma nova retórica, fundamentada na lógica jurídica, que requer em busca de uma razão prática a observância das máximas jurídicas, dos tópicos, do auditório e do acordo – este último, que leva à concordância do auditório (para quem foi dirigido o acórdão - no caso, a sociedade brasileira) à qualificação dada à vida, conforme as prenoções valoradas pelo consenso – o que se percebe é uma cisão entre os paradigmas que se tinha sobre a mesma, não obstante reconhecer-se que a evolução da

sociedade requer o repensar de conceitos.

Sobre essa perspectiva passa-se, então, a delinear os conflitos do julgado com as metáforas: juiz onisciente, romance em cadeia e integridade, defendidas por Ronald Dworkin, a serem observadas em prol de uma interpretação que possa ser qualificada como boa ou ruim.

Conforme apontado, uma vez que o Supremo Tribunal Federal julgou que não há violação dos direitos à vida do embrião extra-corpóreo quando este não é viável, apesar de considerar que a Constituição Federal em nada trata sobre o seu início, acabou por determinar, como norma de decisão, o valor de uma vida.

Em sendo assim, com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao propor essa concepção, diante da plurissignificatividade jurídica dos termos vida e dignidade, cortou o fio da continuidade das concepções construídas acerca da viabilidade de uma vida. Mesmo porque, utilizando-se da expressão – vida viável, vale ressaltar que, se os embriões foram gerados para a vida, e não para pesquisa, a prenoção de sua viabilidade estaria condicionada, como princípio, a sua implantação no útero, e não para outros fins.

Para a construção dessa nova concepção – que por sua vez, fixa novas interpretações, então, a Suprema Corte deveria construir seus argumentos na perspectiva de um participante virtual da prática social – no caso, considerando como se dão as pesquisas, objeto da ADI n. 3.510, qual a sua realidade na sociedade brasileira, e quais os seus riscos – e não apenas se eximindo em resposta dada à sociedade via sentença, que por sua vez, gerou uma norma de decisão ao proferir o entendimento de que não caberia ao Supremo Tribunal decidir quais das pesquisas são mais promissoras: as com células-tronco embrionárias, ou com células-tronco adultas. Sobretudo, diante da constatação de que as pesquisas com células-tronco embrionárias ainda estariam em andamento, sendo insubsistentes.

E ainda, os critérios adotados para se considerar a vida embrionária como sendo inviável são os já descritos no artigo 5º da Lei 11.105/2005, objeto da ADI n. 3.510, que por sua vez, conforme bem salientou o ministro Menezes Direito, são critérios meramente funcionais, não havendo um padrão ou protocolo rígido que identifiquem a inviolabilidade de um embrião.

Analisando-se o julgado sob as premissas propostas por Tércio Sampaio Ferraz Jr, adverte-se acerca da finalidade prática da interpretação dos textos, que leva à tensão entre o dogma e a liberdade na escolha interpretativa; ressalva-se a percepção que passou a ser

adotada nos parâmetros jurídicos, com o acórdão, acerca da vida.

Considerando-se que o direito positivado se constrói a partir de premissas, que terão validade quando se decide também sobre elas – é um contrasenso, então, afirmar que a Constituição Federal em nada dispõe sobre a vida. Por conseguinte, em nada se poderia, também, afirmar acerca da vida, de seu início, ou de sua potencialidade. Logo, ao explorar o tema sobre esse campo, valorando-o, à luz da perspectiva de uma Ciência do Direito, o pensamento, chamado de tecnológico, a perfazer o julgamento, deveria dogmatizar os pontos de partida e problematizar a aplicabilidade do Direito para o caso.

Uma vez que se reconhece, nesse último ponto, as questões zetéticas, que por sua abertura possibilitam a troca de conceitos hipotéticos, estes, em todo o caso, deveriam partir da orientação dos valores, outrora positivados, acerca do início da vida e do respeito à sua dignidade – que foi, inclusive, um dos pedidos do Requerente.

Quanto o reconhecimento ou não, da dignidade humana, a ser protegida ao embrião criopreservado, entendeu o Supremo Tribunal Federal que, não obstante o embrião não possuir potenciabilidade para se tornar pessoa, “não ser vida a caminho de outra vida”, logo, não é vida humana, é, ainda assim, detentor da dignidade, o que induz a uma incoerência, posto ser esta voltada, à luz das reflexões colocadas acerca do texto constitucional, à pessoa nativiva.

Eros Grau, por sua vez, destaca a importância das normas jurídicas, construídas ao longo da hermenêutica, e das normas de decisão, de competência do intérprete autêntico, no caso o juiz, que é criador do Direito.

Tais normas, como significado que se atribui ao texto pelas partes envolvidas no caso, irão condicionar a interpretação do mesmo. Logo, o STF ao decidir não haver violação do direito à vida, no caso da ADI n. 3.510, atribuiu um significado de vida viável – para pesquisas terapêuticas, à luz de uma ética utilitarista, num desvio de perspectiva; mas não para ser protegida como vida gerada para a implantação – o que é incoerente.

Acerca dos princípios gerais do direito, Virgílio Afonso da Silva adverte quanto conteúdo mínimo – núcleo essencial, que deve ser tutelado pelo legislador, a ser garantido aos direitos fundamentais para que os mesmos possam ser concretizados. No caso da dignidade da pessoa humana, como princípio, norma a ser observada “prima facie”, e não definitivamente, depende, para a sua aplicação, da observância das condições jurídicas para as quais deve se adequar.

No caso em que o julgado colocou em dualidade os direitos dos embriões e os das criaturas humanas, ambos tutelados por princípios gerais do direito, tais como: o da autonomia da vontade, do planejamento familiar, da maternidade, da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, conflagrou-se uma colisão entre os princípios, segundo a qual se relativizou a dignidade do embrião em prol do indivíduo nativo.

Para Robert Alexy, nessa situação, a hermenêutica jurídica deve considerar um sopesamento entre os princípios, não como forma de aplicação do direito, mas como argumentação. Ocorre que o princípio da dignidade humana, por sua importância como um superprincípio, requer um tratamento diferenciado, posto atuar ora como regra, ora como princípio.

Como regra, por sua natureza de definitividade, apresenta um conteúdo essencial absoluto, que não pode relativizado, como o poderia em sendo um princípio. Em se tratando do direito à vida e sua inviolabilidade garantida constitucionalmente, imune, por isso, a sopesamentos e relativizações, o princípio da dignidade não poderia, nesse sentido, ser relativizado.

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, adverte acerca da importância de se considerar os valores que levaram à significância e consagração da dignidade humana como um princípio. Portanto, necessário se faz partir do pressuposto de que, sem vida, não há dignidade. Por isso, em sendo tal princípio referente à pessoa, esta não pode se tomada, em sua acepção como vida, apenas a partir de parâmetros biográficos, aplicados pela hermenêutica do direito privado, civilista, que considera pessoa aquele que nasce com vida.

Sendo a matéria tratada no plano constitucional, deve-se então determinar quando a pessoa, como vida, e a sua dignidade se iniciam e quando se findam. Ou se tem vida de pessoa humana, ou não se tem. Ou se tem dignidade, ou não a tem. A sua importância como direito fundamental deve ser estruturada como conteúdo essencial, por sua condição de núcleo estruturante do ordenamento jurídico – por isso, sua relativização deve partir da valoração dada do que seja a vida.

Enfim. em se tratando do tema, que envolve as concepções constitucionais quanto à tutela dada à vida e a dignidade conferida à mesma, inevitavelmente, o início em que estas se configurariam passou a ser objeto de indagação. Por isso, foram apresentados o significado e o alcance dado, pelo Supremo Tribunal Federal, às expressões: vida e dignidade - partindo-se, das prenoções a elas atribuídas – para, a seguir, concluir pela falta de acordo acerca da

significância que passaram a assumir juridicamente. Os raciocínios dialéticos, nessa proposta, através das técnicas dos tópicos e da retórica, tornaram-se essenciais para a verificação da construção semântica das expressões e, por conseguinte, para a análise do julgado a que se propôs averiguar no presente estudo.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções**; in: Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, vol.I, Coimbra: Almedina, 2008.

ALVES JÚNIOR, Luís Carlos Martins. **O Supremo Tribunal Federal nas constituições brasileiras**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

_____. **Direitos Constitucionais Fundamentais: vida, liberdade, igualdade e dignidade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

AYRES BRITTO (Carlos Augustos Ayres de Freitas). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “**Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**”, in: Revista dos Tribunais, vol. 797, mar. 2002, p.11-26.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política** – São Paulo, Ed.: Celso Bastos, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B., *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*, in: ALMEIDA FILHO, Agassi; MELGARÉ, Plínio (Orgs). **Dignidade da Pessoa Humana. Fundamentos e Critérios Interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed. São Paulo. Malheiros, 1999.

BRASIL. Procuradora Geral da República. Petição Inicial. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594135#%20-%20Peticao%20inicial>>. Acesso em 27/09/2012.

BRASIL. Presidência da República. Petição. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594143#%20-%20Peti%E3o%20\(85395/2005\)%20-%20Presidente%20da%20Rep%20FAblica%20-%20presta%20informa%E7%F5es](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594143#%20-%20Peti%E3o%20(85395/2005)%20-%20Presidente%20da%20Rep%20FAblica%20-%20presta%20informa%E7%F5es)>. Acesso em 27/09/2012.

BRASIL. Senado Federal. Informações Processuais. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594150#9%20-%20Peti%E3o%20\(94975/2005\)%20-%20Senado%20Federal%20-%20presta%20informa%E7%F5es](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594150#9%20-%20Peti%E3o%20(94975/2005)%20-%20Senado%20Federal%20-%20presta%20informa%E7%F5es)>. Acesso em 27/09/2012.

BRASIL. Audiência Pública. Notícias. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaStf.asp?paginaAtual=5&dataDe=&dataA=&palavraChave=adi%203510>>. Acesso em 27/09/2012.

BRASIL. CONECTAS. Manifestação. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594144#6%20-%20Peti%E7%E3o%20%2885257/2005%29%20-%20CONECTAS%20-%20apresenta%20manifesta%E7%E3o>. Acesso em 27/09/2012.

BRASIL. MOVITAE. Petição. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594157#13%20-%20Peti%E7%E3o%20%28117279/2005%29%20-%20MOVITAE%20-%20requer%20ingresso%20%22amicus%20curiae%22>. Acesso em 27/09/2012.

BRASIL. CNBB. Petição. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=598200#54%20-%20Peti%E7%E3o%20%2852144/2007%29%20-%20CNBB%20-%20requer%20ingresso%20%22amicus%20curiae%22>. Acesso em 27/09/2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999

CÁRMEM LÚCIA (Cármem Lúcia Antunes Rocha, ministra do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em 23/09/2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro. Forense, 2003.

CELSONO DE MELLO (José Celso de Mello Filho, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da

República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

CEZAR PELUSO (Antonio Cezar Peluso, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Objetividade e Verdade**: É melhor você acreditar. Tradução da turma de Fundamentos da Metodologia Científica. 2º sem/2008. Prof. Roberto Freitas Filho. *Philosophy & Public Affairs* 25, nº 2 (Spring, 1996).

_____. **El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1999.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**; tradução de Jussara Simões. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**; tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELLEN GRACIE (Ellen Gracie Northfleet, ministra do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

D. C. FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.44 175 jul./set.2007 – p. 41 à 65.

GILMAR MENDES (Gilmar Ferreira Mendes, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

_____, (Eros Roberto Grau, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**; tradução de T. MacCarthy, Boston, 1984.

_____. **Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eunegik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

HENKIN, Louis; PUGH, Richard; SCHACHTER, Oscar; SMIT, Hans. **Internacional law: cases and materials**. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JOAQUIM BARBOSA (Joaquim Benedito Barbosa Gomes, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**, in: Os Pensadores (II). Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abriu Cultural, 1980.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; tradução João Baptista Machado. – 8ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella – 6. ed – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARCO AURÉLIO (Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2009.

MENEZES DIREITO (Carlos Alberto Menezes Direito, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. V.4.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Bréde et de. **O espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UNB, 1995.

ONU. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.passeiweb.com/vestibular/notices/pdf/declaracaouniversaldosdireitoshumanos.pdf>. Acesso em 29 de julho de 2012.

ORTIGUES, Edmond. “**Interpretação**”. **Enciclopédia Einaudi**. V.11. Tradução de Conceição Pais. Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1987.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e Sistema Jurídico – Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PERELMAN, Chaim. **Tratado da argumentação**; tradução Maria Ermantina Galvão. – São Paulo: <artins Fontes, 1996.

_____. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Ética e direito**; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; - 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madri: Tecnos, 1988.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional** – 13. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RICARDO LEWANDOWISK (Enrique Ricardo Lewandowisk, ministro do STF). Voto. In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI N. 3.510. Distrito Federal: Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido (s): Presidente da República e outros. Intimado (s): Conectas Direitos Humanos e outros. Relator: Ministro Ayres Britto. Acórdão em 29/05/2008. Diário de Justiça Eletrônico – DJE – 96. Publicado em: 28/05/2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 23/09/2011.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**, In: Revista Interesse Público, nº 04, 1999.

ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e a Pesquisa com Células-Tronco**. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SILVA, Priscilla Santana. **O Positivismo Jurídico na Filosofia Política de T. Hobbes**. 2011. Disponível em <<http://revistas.unievangelica.edu.br>> Acesso em: 10 jun. 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TRAVIESSO, Juan Antonio. *Derechos humanos y derecho internacional*. Buenos Aires: Heliasta, 1990.

VON IHERING, Rudolf. **A Luta pelo Direito**; tradução: João de Vasconcelos. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WALLACE, Rebecca M. M. *International law*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 1992.