

CENTRO UNIVERSITÁRIO ESTÁCIO DE SÁ DE SANTA CATARINA

ANDRESA MARIANA DA SILVA LINHARES

**ADI 3.510: A CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS
TERAPÊUTICAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS À LUZ
DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

SÃO JOSÉ, 2012.

ANDRESA MARIANA DA SILVA LINHARES

**ADI 3.510: A CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS
TERAPÊUTICAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS À LUZ
DO NEOCONSTITUCIONALISMO**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à disciplina de Orientação Monográfica II, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito do Centro Universitário Estácio de Sá. Orientador de conteúdo: Prof. MSc. Almir José Pilon. Orientadora de metodologia: Prof.^a MSc. Léia Mayer Eyng.

SÃO JOSÉ, 2012.

Folha de aprovação

À minha mãe Olga, por ser para o Arthur a extensão dos meus braços e do meu coração. Todo o meu esforço a ela dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir viver mais uma vez esse sonho, o da graduação.

Aos meus dois grande amores, meu marido André e meu filho Arthur, pelo amor, compreensão, pelas horas roubadas, por tudo. Foi no sorriso e no abraço do meu pequeno Arthur que eu me fortaleci para realizar este trabalho.

Aos meus pais, a quem devo os valores que recebi, sou profundamente grata por serem fiéis incentivadores.

Ao meu irmão, pela amizade e cumplicidade incondicionais. Por ser minha inspiração.

A minha avó Zezê, por me amparar em todos os momentos da vida.

Aos amigos de todas as horas, Priscila Paz, Andréia Maria do Santos, Karla Graciela Müller e Diego Silveira, que sempre me apoiaram e torceram por mim.

Ao professor Fábio de Oliveira, grande incentivador, por quem nutro imensa admiração.

Agradeço à professora Leia Mayer Eing que, com conhecimento e dedicação me encorajou a realizar este trabalho e a entender que prazos existem para ser antecipados.

Agradeço, de forma especial, o meu orientador Almir José Pilon, que sempre acreditou em mim. Agradeço pelo incentivo e paciência dedicados durante essa jornada. Será sempre influência marcante em minha formação intelectual.

Por fim, a todos aqueles que, de alguma forma, compartilharam comigo as angústias e alegrias de graduando e continuarão dividindo muitas outras pela vida afora.

À exceção de nossos pensamentos não há mais nada em
nosso poder.

René Descartes

RESUMO

A presente monografia objetiva analisar o Neoconstitucionalismo e a aplicação de seus critérios na justificação da decisão da ADI 3.510, que ratifica a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias. Este estudo pretende relacionar as teorias que sustentam o Neoconstitucionalismo, bem como discutir e analisar questões pertinentes e, ao mesmo tempo polêmicas, como a construção de decisões judiciais de casos que apresentam conflito de normas constitucionais, como a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células tronco-embrionárias. Para o desenvolvimento desta monografia foi utilizado o método de abordagem dedutivo. Dessa forma, partiu-se de conceitos gerais da hermenêutica jurídica para posterior análise das técnicas utilizadas na construção da decisão que ratificou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). A elaboração desta monografia foi sustentada, principalmente, por livros e artigos científicos. A pesquisa exploratória, especialmente em bibliografia primária, serviu de subsídio para o desenvolvimento deste trabalho monográfico. O presente estudo, em suas linhas iniciais designou-se a apresentar a evolução da hermenêutica jurídica, passando pela hermenêutica clássica, o Positivismo, até chegar à nova hermenêutica jurídica, o Neoconstitucionalismo. Nesse sentido, primou-se por dar o devido destaque ao conceito de Constituição positivista e Constituição neoconstitucionalista. O presente trabalho monográfico abordou também, a principialização do Direito e a colisão de princípios, os denominados *hard cases* (casos difíceis). Além disso, receberam destaque também os aspectos relevantes do processo de criação de decisões, quais sejam: o ativismo judicial e o novo papel do judiciário. Impende ressaltar ainda que, os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade e da ponderação de valores e/ou interesses no processo de construção de decisões judiciais também foram abordados. A análise da participação plural da sociedade, através dos *amicus curiae* (amigos da corte), nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal para auxiliar o processo de construção de decisões e a decisão propriamente dita da ADI 3.510 finalizaram o referido estudo.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Hermenêutica. Biossegurança.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA	11
2.1 HERMENÊUTICA CLÁSSICA: O POSITIVISMO JURÍDICO.....	11
2.1.1 Conceito de Constituição no Positivismo jurídico	17
2.2 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO	18
2.2.1 Conceito de Constituição no Neoconstitucionalismo.....	23
2.2.2 Principialização do Direito	25
2.2.3 A colisão de princípios: os <i>hard cases</i>	26
3 OS CRITÉRIOS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	28
3.1 O ATIVISMO E O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO	28
3.2 OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	33
3.2.1 Dignidade da pessoa humana	33
3.2.2 Razoabilidade ou proporcionalidade.....	38
3.2.3 Ponderação de valores e/ou interesses	41
4 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO	45
4.1 AS AUDIÊNCIAS.....	45
4.2 OS <i>AMICUS CURIAE</i>	49
4.3 A ANÁLISE DA DECISÃO	53
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	63
ANEXO A - Ementa - Processo: ADI 3.510 DF	66

1 INTRODUÇÃO

Para atender a diversidade social e o acelerado desenvolvimento científico uma mudança no processo de interpretação do Direito se fez necessária. Nos casos em que somente a aplicação literal do texto normativo não consegue, de forma integral, apresentar a solução mais adequada à questão em discussão, novos parâmetros de interpretação precisam ser utilizados. Mais especificamente, quando o caso em questão apresenta-se como um *hard case*.

Os hard cases são, por excelência, casos difíceis de serem apreciados, uma vez que possuem como característica intrínseca, um conflito de normas e/ou uma colisão de princípios.

O presente projeto terá como tema: “ADI 3.510: a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias à luz do Neoconstitucionalismo.”.

A nova hermenêutica jurídica constitucional possibilita a construção das decisões judiciais a partir de um novo enfoque. Esse modelo de interpretação sugere que a solução adequada para o caso concreto não se dê apenas pelo critério formal de aplicação das normas. Exige que as decisões sejam justificadas racionalmente.

Nesse sentido, este trabalho de pesquisa pretende responder a seguinte questão: a partir de uma leitura neoconstitucionalista do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), é possível a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas terapêuticas?

O presente trabalho tem como objetivo geral a análise da nova hermenêutica jurídica (Neoconstitucionalismo) e a aplicação de seus critérios na justificção da decisão da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 3.510 que ratifica a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias.

Já os objetivos específicos consistem em: a) identificar um perfil evolutivo da hermenêutica jurídica; b) descrever os critérios de justificção das decisões judiciais na sociedade contemporânea, abordando a técnica de ponderação, a participação plural da sociedade e o ativismo e o novo papel do judiciário, como formas de legitimação destas decisões; c) analisar, à luz da moderna hermenêutica, a justificção da decisão da ADI 3.510 que ratifica a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias.

Com o avanço da sociedade, os operadores jurídicos se depararam com um acontecimento, de certa forma, até previsível no constitucionalismo contemporâneo: as colisões de normas constitucionais. Nestas situações, nem sempre a solução para os casos jurídicos pode ser extraída a partir do simples relato da norma. A partir de então, surge a

necessidade de uma mudança no processo de interpretação do Direito. Acontecimento este que, por si só, já justifica a relevância do tema a ser estudado.

A motivação para realização da pesquisa é de cunho pessoal. O interesse pela relação Constituição *versus hard case* surge quando do estudo da disciplina Bioética, constante na grade do curso de Direito como matéria eletiva e, disponível sob a forma *on line*. As modificações no processo de interpretação jurídica aplicáveis aos casos difíceis e as polêmicas divergências e críticas doutrinárias ao tema instigam a pesquisa acadêmica.

Atualmente, a matéria merece destaque por conta das novas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) com base nessa nova hermenêutica constitucional. Justifica-se também pela discussão que iniciou ao ampliar o papel do juiz no processo de interpretação, onde o mesmo sai da condição apenas de intérprete e aplicador de conhecimento técnico acerca da Constituição, para a posição de participante do processo de criação do Direito. E, no mesmo sentido, pela profunda contribuição que traz à sociedade, que passa a ter cada vez mais garantida a participação plural nas decisões jurídicas.

A ADI 3.510 que ratifica a pesquisa terapêutica com células-tronco embrionárias é um exemplo de decisão construída a partir de novas técnicas de interpretação e com participação plural da sociedade representada pelos *amicus curiae*. A questão suscitada pela ADI 3.510 apresenta em seu contexto um conflito de normas e uma colisão de princípios. A decisão que justifica sua procedência precisou ser construída, tendo em vista a impossibilidade jurídica de solução a partir da simples aplicação de regras, por meio de subsunção e/ou da aplicação dos critérios tradicionais de solução de conflito de normas, quais sejam: hierárquico, temporal e especial.

A modalidade de pesquisa mais adequada à consecução dos objetivos deste trabalho monográfico é a teórica. No presente trabalho, objetiva-se relacionar as teorias que sustentam o Neoconstitucionalismo, bem como discutir e analisar questões pertinentes e, ao mesmo tempo polêmicas, como a construção de decisões judiciais de casos que apresentam conflito de normas constitucionais, como a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células tronco-embrionárias.

Na realização deste trabalho o método de abordagem utilizado será o dedutivo. Dessa forma, partir-se-á de argumentos gerais para específicos. O Neoconstitucionalismo e a justificação das decisões judiciais, em seu contexto geral, serão o ponto de partida para o desenvolvimento deste projeto. Na sequência, serão analisados, de maneira mais apurada, os critérios de justificação da decisão da ADI 3.510.

Para o desenvolvimento deste trabalho monográfico será adotada a pesquisa exploratória. A partir de fontes bibliográficas primárias almeja-se identificar e analisar as contribuições existentes sobre o assunto em questão. Com base no conteúdo elaborado para a petição que ensejou a propositura da ação de declaração de inconstitucionalidade e, o teor integral da decisão da ADI 3.510, que ratificou a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias, pretende-se elaborar o estudo, sustentado principalmente de livros e artigos científicos. Os dados serão tratados de forma qualitativa.

Para melhor compreensão do tema, em seu capítulo inicial, o estudo apresentará a evolução da hermenêutica jurídica, passando pela hermenêutica clássica, o Positivismo, até chegar à nova hermenêutica jurídica, o Neoconstitucionalismo. Além de abordar também, a principialização do Direito e a colisão de princípios. No segundo capítulo, tornar-se-á necessário o destaque de aspectos relevantes do processo de criação de decisões, quais sejam: o ativismo judicial e o novo papel do judiciário e a importância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade e da ponderação de valores e/ou interesses. No terceiro e último capítulo será abordada a participação da sociedade no processo de construção das decisões judiciais, com especial destaque para as audiências públicas, para os amigos da corte (*amicus curiae*) e também para a análise da decisão da ADI 3.510. Finalizando com a demonstração da construção, à luz do Neoconstitucionalismo, da decisão da ADI 3.510, que ratifica a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias.

2 EVOLUÇÃO DA HERMENÊUTICA JURÍDICA

A discussão sobre a evolução da hermenêutica jurídica suscita o questionamento acerca de sua origem e do contexto histórico em que está inserida. Dessa forma, a análise inicia-se com a abordagem da hermenêutica clássica (o Positivismo jurídico), em seus aspectos históricos e metodológicos. Na sequência, abordar-se-á também, face às relevantes transformações sociais, o surgimento da moderna hermenêutica jurídica constitucional (o Neoconstitucionalismo), ressaltando suas características e critérios para a aplicação do Direito e para a solução de conflitos.

2.1 HERMENÊUTICA CLÁSSICA: O POSITIVISMO JURÍDICO

Com a decadência do Feudalismo, no final da Idade Média, século XVI e, fundado ainda sob o Direito divino, surge o Estado Moderno. A partir do século XVII, a ênfase na natureza e na razão humana traz o conceito de universalidade do Direito.

O Absolutismo e o caráter teológico da lei são superados pelos ideais iluministas¹ proclamados pela burguesia da época. O Jusnaturalismo passa a ser a filosofia natural do Direito (BARROSO, 2011a).

Nesse período, o Direito não se apresenta de forma muito estruturada. O Estado não detém, de maneira eficaz, o poder de interferir na sociedade da época e intermediar as relações. E, em busca da clareza, unidade e simplificação, os iluministas defendem o ‘movimento de codificação do Direito, no século XVIII, cuja maior realização foi o Código Civil francês – o Código de Napoleão –, que entrou em vigor em 1804.’ (BARROSO, 2004, p.321).

“Uma vez codificado, o Direito natural acabou sendo superado ao submeter toda e qualquer situação à organização sistemática que carregava a descrição das normas.” (BARROSO, 2004, p.321).

A partir de então, o único Direito admissível era o racional, desde que inserido nos códigos. Nesse momento da civilização, nenhum outro Direito poderia ser legalmente considerado.

¹ “Iluminismo designa a Revolução intelectual que se operou na Europa, especialmente na França, no século XVIII. Para os iluministas, somente através da razão o homem poderia alcançar o conhecimento, a convivência harmoniosa em sociedade, a liberdade individual e a felicidade.” (BARROSO, 2004, p. 321).

Nasce então, somente no século XIX e com *status* de ciência o Direito Moderno, que se consolida sob a égide do Positivismo jurídico, cuja ascensão coincide com o auge da objetividade científica, no final do século XIX (BARROSO, 2011a).

Na corrente de pensamento denominada Positivismo o Direito é tratado como ciência pura, exata. Esse modo de entender e tratar o Direito faz com que a moral, a política e a sociologia dele se afastem (SARMENTO, 2000).

Os teóricos jurídicos positivistas consideram o Direito uma ciência exata e, assim sendo deve, portanto, ser estudada a partir dos mesmos métodos das ciências naturais.

Bobbio (1995, p. 135) defende que: “O Positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do Direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais.”.

A racionalização do Direito e sua consequente universalização era o objetivo da corrente denominada Positivismo. Nesse sentido, no estudo do Direito não havia espaço para discussões filosóficas, tampouco valorativas.

Barroso (2004) reforça o caráter científico que o Positivismo atribuiu ao Direito ao equipará-lo à Lei e também a sustentar a crença em princípios universalmente válidos. O Direito natural dizia-se universal porque acreditava que, uma vez que era fundado na razão, poderia ser considerado válido para todos os povos.

Em síntese, pode-se pontuar que para o Positivismo o Direito é ciência, conhecimento científico e, portanto, objetivo, não podendo, por consequência, ser influenciado por especulações filosóficas ou juízos de valor. O fundamento do Positivismo repousa na crença de que só é Direito o que estiver positivado.

Assim preconiza Bobbio (1995, p. 119):

O Positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação. O impulso para a legislação não é um fato limitado e contingente, mas um movimento histórico universal e irreversível, indissolúvelmente ligado à formação do Estado Moderno.

No mesmo sentido, opera a contribuição de Sarmento: “Para esta teoria, a tarefa de aplicação do Direito reduz-se ao silogismo, onde a norma representa a premissa maior, o fato a premissa menor, e a decisão do caso é a conclusão.” (SARMENTO, 2000, p.19). Tal particularidade caracteriza o método dedutivo, que é próprio das ciências naturais.

No Positivismo o Direito é tratado como um conjunto fechado de normas. A teoria positivista considera também que o ordenamento jurídico, devido a sua organização e complexidade, contém o universo de todas as soluções possíveis. Sendo, portanto, capaz de solucionar todo e qualquer conflito.

Na concepção de Bobbio (1995, p.136, grifo do autor), “o Positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do Direito como **fato**, não como **valor**: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto.”.

Nesse período, o que se almejava alcançar era a objetividade científica que, para os positivistas, só era atingida quando da observação da realidade, sendo excluídos, portanto, deste processo, quaisquer especulações de cunho moral.

Os juízos de valor representam uma tomada de posição diante da realidade e os juízos de fato visam ao conhecimento da realidade (BARROSO, 2004). Em sendo assim, o Direito para os positivistas deve fundar-se apenas em juízos de fato, dado a sua aproximação com a ciência, uma vez que esta, ao ser considerada pura, mantém distância de especulações que não sejam passíveis de demonstração racional.

Isso posto, importante é o pensamento de Bobbio (1995, p. 142, grifo do autor):

O Positivismo jurídico, definindo o direito como um conjunto de comandos emanados pelo soberano, introduz na definição o elemento único da **validade**, considerando, portanto como normas jurídicas todas as normas emanadas num determinado modo estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, prescindindo do fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade: na definição do direito não se introduz assim o requisito da eficácia.

Esse destaque sugere que, para os operadores jurídicos positivistas, realizar o direito significava aplicar normas válidas, Nesse contexto, não havia espaço para discussões éticas ou morais. No entanto, “O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social.” (BOBBIO, 1995, p.136).

Alguns dos aspectos mais relevantes do Positivismo jurídico passam pela confiança extrema na suficiência das leis codificadas, ou seja, na completude do código promulgado. Bobbio (1999) denomina de dogma da completude essa conceituação de Direito por excelência, o qual contém todas as regras que possibilitam ao bom intérprete condições de resolver todos os problemas jurídicos.

Faz-se mister ressaltar que, o conceito de completude do ordenamento jurídico está intrinsecamente relacionado à monopolização do Direito por parte do Estado, uma vez que

este Direito produzido pelo ente estatal possui uma norma específica para regular cada caso possível.

Bobbio (1999, p.128, grifo do autor) ressalta que, “a completude é uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a **certeza.**” Da noção de completude do ordenamento decorre a ideia de inexistência de lacunas. Lacuna, na definição proposta por Engisch, “é uma incompletude insatisfatória dentro da totalidade jurídica”. (ENGISCH, 1968 apud FERRAZ JR, 1994).

Karl Bergbohm², um dos maiores expoentes do Positivismo defendeu que “até onde o Direito alcança com suas normas, não há lacunas, onde não alcança, há **espaço jurídico vazio** e, portanto, não a lacuna do Direito, mas a atividade indiferente ao Direito.” (BERGBOHM, 1982 apud BOBBIO, 1999, p, 129, grifo do autor).

A reprodução literal e estrita do conteúdo que está positivado é uma particularidade inerente ao modelo hermenêutico positivista. Com efeito, “os juízes da nação são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor.” (MONTESQUIEU, 1987, p. 176 apud BARROSO, 2004, p.312). Para a teoria do Positivismo jurídico o juiz é a boca da lei, ou seja, efetivamente o intérprete reproduz o que está na lei e sua fala deve ser encarada como tal.

Em tempo: “O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação de poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo.” (MONTESQUIEU, 1748 apud BARROSO, 2004, p. 312).

Delineia-se, portanto que, frente às certezas do Positivismo, própria das ciências naturais e exatas, o intérprete adota apenas o juízo de subsunção. Age o juiz, nesse âmbito, como a boca da lei, através dos métodos clássicos de hermenêutica.

Os principais métodos clássicos de interpretação foram divididos por grande parte dos doutrinadores como: gramatical, histórico, sistemático e teleológico.

De maneira sintética pode-se conceituar a interpretação gramatical como a textual, aquela que de maneira literal dá significado à letra da lei. No método de interpretação histórica objetiva-se revelar as intenções do legislador quando da elaboração da norma. Enquanto na interpretação sistemática o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo suas conexões, na interpretação

² Karl Bergbohm, no livro *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, de 1982.

teleológica o que se almeja é revelar o fim da norma, ou seja, qual a sua destinação (BARROSO, 2004).

Estes métodos hermenêuticos partem justamente da ideia de completude e certeza do ordenamento jurídico, próprios do Positivismo. E é justamente porque o ordenamento, para o Positivismo jurídico, não possui lacunas, que tais métodos servem para o processo de interpretação.

A hermenêutica jurídica vale-se destes métodos específicos para extrair da norma o sentido que já está presente em seu próprio conteúdo. Determinar o sentido das normas e o perfeito entendimento de seus textos com a finalidade de decidir conflitos é o papel da dogmática hermenêutica (FERRAZ JR., 1994).

Na interpretação da lei, além do método a ser utilizado, deve-se avaliar também o papel do positivista jurídica e, conseqüentemente a sua participação neste processo.

Bobbio (1995) destaca que o positivista jurídico estuda o Direito como ele é e não como deveria ser. Tal afirmação demonstra que o positivista jurídico enxerga e trata o Direito como uma ciência.

O papel do juiz positivista fica limitado à realização da vontade expressa no texto normativo. Sua participação resume-se em aplicar com neutralidade a norma positivada. (SARMENTO, 2000). O intérprete positivista é acima de tudo, conservador. Para ele, a possibilidade de **alteração** de texto constitucional é atribuição única e exclusiva do legislador. (grifo nosso).

No entender de Bonavides (2008, p. 172), “a aplicação do Direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato criador, ou sequer, aperfeiçoador.” O processo de subsunção consiste na submissão do fato à lei para produção de uma conclusão natural. Ou seja, o fato (premissa menor) submetido à lei (premissa maior), obrigatoriamente terá uma conclusão natural declarada pelo intérprete. Importante ressaltar que, para os positivistas, esta conclusão é considerada óbvia, uma vez que o ordenamento jurídico, por seu caráter de auto-organização é capaz de resolver todo e qualquer conflito.

Assim importa destacar o que elucida Ferraz Jr. (1994, p.316), “no processo de subsunção, o decididor tenderia a construir a decisão por um procedimento inverso, intuitivo, primeiro, a conclusão a que se deve chegar, para então buscar, regressivamente, as suas premissas.”

O Direito é visto sob a concepção positivista como uma ciência que completa a si mesmo. Num ordenamento jurídico que se apresenta como completo não haveria, portanto, espaço para conflitos entre normas. E, ante a existência de eventuais lacunas, a solução

possivelmente estaria pronta dentro do ordenamento ou, estas seriam resolvidas pelo costume, analogia e/ou pelos princípios gerais.

Para Sarmento (2000, p.21), “sob esta ótica, seria sempre possível precisar, com base no raciocínio lógico-formal, a norma aplicável a cada caso concreto, de modo que, definidos os fatos, todas as suas consequências jurídicas adviriam por via de um mecânico silogismo.”

Porém, em sendo o Direito um conjunto de normas que se relacionam, inevitável é o conflito de normas. No entanto, acontece que, o dogma da completude do ordenamento jurídico configura uma característica expressiva do Positivismo. Isso posto, sendo o ordenamento jurídico positivista um sistema coerente, os conflitos entre normas configuram apenas antinomias aparentes, uma vez que os critérios para solucioná-los são, nas palavras de Diniz (1997, p. 31) “normas integrantes de ordenamento jurídico”.

A respeito da dogmática jurídica, Barroso (2004, p. 322) pontua que a mesma “volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade.”

Nesse contexto, o jurista positivista realçava apenas o posicionamento estático da Constituição Federal. Não havendo, para tanto, espaço para criações. No tocante à lei, esta estava sempre acima da razão. Já o Estado era tido como a fonte única do poder e também do Direito.

Barroso (2004, p. 313) sublinha que, “em síntese simplificadora, estas são algumas das principais características do Direito na perspectiva clássica: caráter científico, emprego da lógica formal, pretensão de completude, pureza científica, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.”

E Bobbio (1995, p. 223) pressupõe que, “o Positivismo que se apresenta como ciência livre de juízos de valor, neutra, rigorosamente científica, [...] acaba tendo uma função política e ideológica.” Ao Direito onipotente, já que contém todas as regras suficientes para a resolução de todos os problemas jurídicos, e cujo auge deu-se com o normativismo de Kelsen³, não há, na visão positivista, nada a acrescentar.

³“A Teoria Pura do Direito é ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.” (KELSEN, 2000, p. 1).

2.1.1 Conceito de Constituição no Positivismo jurídico

A Constituição no Positivismo jurídico tinha a função de organização dos órgãos estatais, com a definição das suas competências e Poderes. A Carta política de boas intenções era fechada e, por conseguinte, apresentava-se alheia à evolução da sociedade e aos interesses sociais.

Realça Bonavides (2008, p. 172) que “a Constituição do Positivismo é em primeiro lugar, conceito formal, norma que se explica pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade que ela organiza e regula juridicamente.”.

Um dos traços marcantes do Positivismo “é abreviar as reflexões sobre Constituição para reduzi-la a uma classificação legalista, fixada unicamente sobre o seu exame e emprego como lei técnica de organização do poder e exteriorização formal de direitos.” (BONAVIDES, 2008, p. 171).

Nesse contexto, pode-se observar uma das principais características do Positivismo que foi a aproximação, quase que integral, entre Direito e norma. Norma esta validada em função de seu procedimento de criação, e não de seu conteúdo. Fica também evidenciado nesse período o grande poder assumido pelo Estado: a ordem jurídica é emanada exclusivamente por este ente estatal.

Esse “pedaço de papel”, assim definido por Lassale (2001)⁴, tinha a juridicidade de seus textos preservada na íntegra pelos positivistas que acreditavam também, na universalidade deste conteúdo, bem como na certeza jurídica que tais escritos apresentavam.

Sublinha Bonavides (2008, p. 172) que, “A Constituição do Positivismo jurídico estatal é nomeadamente formalista e fechada.” Para os positivistas, o Direito é regra dada pelo Estado protetor.

Na interpretação clássica da Constituição cabia ao intérprete apenas revelar a vontade da norma ou a vontade subjetiva do legislador que a criou. A Constituição para os positivistas era considerada lei. Todas as percepções acerca do sentido e alcance da norma eram extraídas de dentro da própria norma.

Nas palavras de Bonavides (2008, p. 465):

⁴ Lassale (2001), em sua tese fundamental defende que questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas.

Vivia-se a idade de ouro das Constituições normativas, do formalismo jurídico, profundamente característico do Estado de Direito do século XIX. Por onde veio a resultar um Direito Constitucional fechado, sólido, estável, mais jurídico do que político, mais técnico do que ideológico, mais científico do que filosófico. Um Direito Constitucional compacto, sistemático, lógico, que não conhecia crises nem se expunha às tensões e às graves tormentas provocadas pelo debate ideológico da idade contemporânea.

No entendimento de HSÜ (1932, p.45 apud BONAVIDES, 2008, p.173) “o Positivismo acreditava poder e dever, coerentemente deduzir o conteúdo da Constituição material do conteúdo formal.” Importava aos positivistas tornar o Direito uma ciência avalorativa onde as normas são destituídas de juízos de valor.

2.2 A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO

Com a superação do Jusnaturalismo⁵ e, logo após o apogeu do Positivismo⁶, com as constituições escritas e com as codificações, um volume muito expressivo de questionamentos e reflexões acerca dos processos de interpretação do Direito, bem como de sua legitimidade, emergiram na sociedade.

Com efeito, para Barroso (2004, p. 326), “o Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia no Positivismo jurídico. A separação quase absoluta entre Direito e norma, e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade.”.

Com o pós Segunda Guerra, o Direito já não conseguia mais organizar a sociedade e, tampouco, promover a paz. A sociedade detentora de um pensamento mais esclarecido não mais admitia um ordenamento jurídico eminentemente formalista e indiferente a valores como a ética e a moral.

Moreira (2008, p. 25) explica que, “nesse momento histórico, algumas constituições europeias – em especial a alemã de 1949, a Lei Fundamental de Bonn, e a italiana pós 1956 – lideraram os avanços em matéria constitucional, fato talvez explicado pelo momento de reação ao período vivido por esses países.”

⁵ O Jusnaturalismo, desenvolvido a partir do século XVI aproximou a lei da razão e defendeu a filosofia natural do Direito com a crença em princípios universalmente válidos. (BARROSO, 2011b).

⁶ O Positivismo jurídico alcançou seu apogeu com as constituições escritas e com as codificações, mas foi considerado metafísico e anticientífico. (BARROSO, 2011b).

Fato é que, os estudos de teóricos alemães e a jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha acabaram por influenciar autores e tribunais do mundo todo.⁷ No Brasil, a migração de um Estado autoritário para um Estado democrático de Direito dá-se com a promulgação da Constituição de 1988 (BARROSO, 2011b).

Com a globalização, rompem-se as fronteiras internacionais e a circulação de pessoas, mercadorias e capitais é intensa. O desenvolvimento da sociedade é cada vez mais intensificado pelo avanço da ciência e da tecnologia. “Nesse contexto, começam a evidenciar-se os primeiros questionamentos éticos acerca das promessas tecnológicas, principalmente às relacionadas ao campo da genética.” (BARROSO, 2004, p. 304).

Fortalecido pelas revoluções liberais e, apoiado na descrença do poder absoluto do Estado, o Direito constitucional renasce justamente em função das discussões e debates provocados pela elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988. O constitucionalismo chega ao início do milênio, como proposta alternativa de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático (BARROSO, 2011b).

No entender de Canotilho (2003, p. 51, grifo do autor):

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma **técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos**. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma **teoria normativa da política**, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Nesse contexto, o pós-Positivismo (denominação dada ao período correspondente à transição entre Positivismo e Neoconstitucionalismo), surge com a missão de reintroduzir no ordenamento positivo, as ideias de justiça e legitimidade, na qual se incluem a “definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.” (BARROSO apud MOREIRA, 2008, p.48).

O pós-Positivismo busca ir além da legalidade estrita do Direito, sem desprezá-la. Objetiva realizar uma leitura moral do Direito para atender as novas demandas da sociedade contemporânea respeitando, porém, a importância do ordenamento jurídico positivista.

Nesse mesmo diapasão, a partir do século XXI, com uma proposta de transformação do ordenamento jurídico contemporâneo surge o Neoconstitucionalismo, que tem como base

⁷ “Importante ressaltar a influência de Friedrich Muller e Konrad Hesse, respectivamente, nas obras de Paulo Bonavides e José Gomes Canotilho, autores influentes nas decisões da constituinte brasileira de 87/88”. (MOREIRA, 2008, p. 25).

ideológica, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, a ascensão dos valores e a importância dos direitos fundamentais na busca da construção de um ideal democrático.⁸

Lopero apud MOREIRA (2008, p.21), assim explica:

Na teoria recente parece consolidar-se o uso da expressão Neoconstitucionalismo para designar um conjunto de transformações operadas na prática e na compreensão dos ordenamentos jurídicos contemporâneos; inovações que na opinião de alguns autores permitem falar de um novo paradigma do direito.

Moreira (2008, p. 18) defende que “a concepção do Neoconstitucionalismo, enxerga o Direito como ele pode ser: transformador. O pensamento neoconstitucionalista consegue alcançar as transformações práticas dentro do sistema jurídico.”

E ainda, sobre o Neoconstitucionalismo, Moreira (2008, p. 22) explicita que, “como teoria do Direito este pretende ser entendido como um modelo jurídico que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação e a teoria das fontes, suplantando o Positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas, aproximá-las do constitucionalismo contemporâneo.”

E não menos acuidoso, Barros (2004, p.317) assinala que:

A redemocratização no Brasil impulsionou uma volta ao Direito. É certo que já não se alimenta a crença de que a lei seja a expressão da vontade geral institucionalizada e se reconhece que frequentemente estará a serviço de interesses, e não da razão. Mas ainda assim ela significa um avanço histórico: fruto do debate político, ela representa a despersonalização do poder e a institucionalização da vontade política. O tempo das negações absolutas passou. Não existe compromisso com o outro sem a lei. É preciso, portanto, explorar as potencialidades positivas da dogmática jurídica, investir na interpretação principiológica, fundada em valores, na ética e na razão possível.

Na acepção de Barroso (2011b, p. 12) “o Neoconstitucionalismo ou novo Direito constitucional, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio às quais podem ser assinalados um marco histórico, um filosófico e um teórico.”

⁸ O modelo de Neoconstitucionalismo mais radical é o adotado por autores espanhóis como Alfonso Figuerola e Sastre Ariza. Os constitucionalistas italianos, embora não neguem a teoria do Neoconstitucionalismo, procuram limitar seu campo de incidência. Os doutrinadores alemães receberam com grande entusiasmo o Neoconstitucionalismo, já os franceses estão empenhados em rebatê-lo. No Brasil, Luís Roberto Barroso é um dos pioneiros na defesa da teoria que se opõe ao constitucionalismo positivista. Vale ressaltar que o título de neoconstitucionalista pode ser enquadrado também à proposta defendida por Ronald Dworkin e por Robert Alexy. (MOREIRA, 2008).

O marco histórico dá-se quando da formação do Estado constitucional de Direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Como marco filosófico têm-se o pós-Positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética. Como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2011b, p. 12).

Nesse cenário, juristas e estudiosos do Direito perceberam que o processo de interpretação constitucional tradicional não apresentava, de maneira satisfatória, a solução para os problemas relacionados à realização da vontade constitucional. A partir de então, desenvolveu-se uma metodologia de interpretação baseada em novas premissas ideológicas e com base na centralidade da Constituição.

Barroso (2011b, p. 9) ressalta que, as categorias da nova interpretação compreendem o a análise das cláusulas gerais e o reconhecimento da força normativa dos princípios. As cláusulas gerais, dotadas de plasticidade, apresentam termos ou expressões de textura aberta que fornecem um início de significação que precisa ser complementado pelo intérprete, conforme o caso concreto. Em outras palavras, a norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação.

Isso posto, o intérprete necessita, de certa forma, valorar os fatores explicitados pela realidade da situação, bem como os que estão subentendidos para, deste modo, poder definir o sentido e o alcance da norma.

Para Barroso (2011b, p. 8), “a solução para os problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só se encontra a solução adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente.”

No que se refere aos princípios, o reconhecimento de sua força normativa é um dos símbolos mais expressivos do Neoconstitucionalismo. No entanto, devido ao seu grande caráter de abstração, a atividade interpretativa dos princípios acaba se transformando em um processo de construção de entendimento.

Barroso (2011b, p. 10) preceitua que “princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios”.

No entanto, o processo de definição do conteúdo e, por consequência, do significado do princípio ante uma situação fática específica, acaba por transferir ao intérprete certo poder de discricionariedade.

Assim, importa destacar o que elucida Barroso (2004, p. 103) sobre este assunto: “a interpretação é a atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance de uma norma, tendo por finalidade, fazê-la incidir em um caso concreto.”

Versa Canotilho (2003, p. 1210) sobre a questão: “a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.”

Para Häberle (1997, p. 10), “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”

No processo de interpretação, entende-se necessário considerar que sua efetividade, no que tange à revelação do conteúdo da norma, decorre em grande parte da consideração, por parte do intérprete de vários fatores relacionados entre si e com a realidade apresentada. Logo, pode-se concluir que, a concretização do Direito dá-se quando da interpretação da norma e de sua posterior aplicação no caso pertinente.

Barroso (2004, p.103) destaca que, “a aplicação de uma norma jurídica é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato.” Independentemente do método a ser utilizado na interpretação, este processo acaba sendo direcionado ao caso em questão e tem seu objetivo alcançado com a efetiva aplicação da norma sobre o fato que o motivou.

A hermenêutica jurídica é, de acordo com Barroso (2004, p. 103), “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e regras de interpretação do Direito.”

Preconiza Canotilho (2003, p. 1206) que, “interpretar as normas constitucionais significa (como toda interpretação de normas jurídicas) compreender, investigar e mediatizar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional.”

Desse modo, não resta ao intérprete apenas utilizar seu conhecimento técnico para extrair da norma a solução que a mesma contém, mas sim, dar sentido às cláusulas abertas e realizar escolhas entre as possibilidades existentes. Em função desta atividade, Barroso (2011b, grifo do autor), atribui ao intérprete o papel de **coparticipante do processo de criação do Direito**.

Ensina Cooley (1890, p. 70 apud BARROSO, 2004, p. 104):

Enquanto a interpretação é a arte de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção significa tirar conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto e dos fatores nele considerados. São conclusões que se colhem no espírito, embora não na letra da norma.

O Direito positivado sugere a garantia ao mesmo tempo de segurança jurídica e exatidão do entendimento. No entanto, devido à própria limitação que os conteúdos das normas podem apresentar à complexidade das relações sociais e ao avanço da ciência como um todo, a existência de colisões de normas constitucionais na sociedade contemporânea passou a ser algo natural e, de certa forma, até inevitável.

No conflito entre normas constitucionais torna-se imperioso destacar a necessidade de atuação subjetiva do intérprete e a discricionariedade de suas escolhas. Este, no processo de valoração das cláusulas abertas, com o fito de realizar uma escolha entre as soluções possíveis utiliza da técnica de ponderação⁹, que, de forma simplificada:

consiste na análise do caso concreto e dos fatos relevantes inerentes a ele, de forma conjunta, bem como, na posterior atribuição de “pesos” a cada um dos princípios envolvidos e por fim, na decisão sobre qual deles vai se destacar sobre os demais a fim de construir a solução que mais se adegue a vontade constitucional para garantia da segurança jurídica. (BARROSO, 2011b, p. 13).

Seguindo esta elucidação, Canotilho (2003, p. 1207) ressalta que:

Todos aqueles que são incumbidos de aplicar e concretizar a Constituição devem: primeiro encontrar um resultado constitucionalmente “justo” através da adoção de um procedimento (método) racional e controlável para então depois, fundamentar este resultado também de forma racional e controlável.

Esta moderna hermenêutica desenvolve-se com base na centralidade da Constituição e considera o significado da norma resultado de tarefa interpretativa. No processo de interpretação despontam conceitos como valores e legitimidade democrática.

2.2.1 Conceito de Constituição no Neoconstitucionalismo

A Constituição do Neoconstitucionalismo é vista como uma carta com força normativa. É um bloco de ordens prescritivas, alicerçada em princípios.

Nesse sentido, para Barroso (2004, p. 328) “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos,

⁹ Para a técnica de ponderação será destinado um tópico específico no capítulo 3 deste trabalho.

no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central.”

A centralidade da Constituição é uma das características mais expressivas do Neoconstitucionalismo, assim como, sua rigidez, seu caráter democrático e seu rol de direitos fundamentais, considerados imanentes ao indivíduo.

A promulgação de constituições de cunho social e democrático, caracterizadas pela positivação de princípios jurídicos e pela garantia de direitos fundamentais foram essenciais para o desenvolvimento do Neoconstitucionalismo.

Inicialmente, na Itália (1947) e na Alemanha (1949) e, depois, em Portugal (1976) e na Espanha (1978), essas constituições romperam com o autoritarismo e firmaram o respeito aos direitos humanos (MOREIRA, 2008).

A Lei Maior apresenta grande quantidade de normas vagas cujos enunciados oferecem ao intérprete a possibilidade de valorações. Nestas situações, é inevitável que a ideologia e os valores do juiz influenciem sua interpretação do texto normativo. O que de certa forma confere ao jurista um papel mais criativo. (SARMENTO, 2000).

Häberle destaca-se por uma visão democrática da interpretação da Constituição. Para Häberle (1997, p. 9) “A interpretação dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser), a única.” Este autor defende a participação dos cidadãos e da opinião pública em geral no processo de interpretação das leis.

Häberle (1997, p. 10) sustenta também que, “a ampliação do círculo de intérpretes constituiria apenas uma consequência da necessidade de integração da realidade no processo de interpretação.”

Hesse (2009), defende a realização da vontade da Constituição. A força normativa da Constituição transforma-a de um simples catálogo de competências a um sistema de preceitos com força vinculante, capaz de conformar a realidade política e social. A Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser.

Realça a Constituição no Neoconstitucionalismo, a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, a qual deve ser protegida e promovida pelos Poderes Públicos e pela sociedade.

2.2.2 Principialização do Direito

Os princípios, a partir de sua normatização nas constituições contemporâneas conquistaram o centro do ordenamento, superando as críticas de que não possuíam aplicabilidade imediata, tendo em vista sua abstração e caráter altamente axiológico.

Dworkin foi o responsável por redefinir a orientação principiológica a partir da distinção entre regras e princípios¹⁰. Contudo, é mister ressaltar a grande divergência doutrinária encontrada acerca do conceito de regras e princípios.

Para Moreira (2008, p. 94), “Os princípios são preenchíveis de argumento, lógica e valores (pois são axiológicos), com gradações, e seus conflitos são resolvidos pela técnica da ponderação, enquanto as regras são absolutas, operam no sistema pela validade, isto é, incidem no tudo ou nada, são aplicadas ou não são, sem gradações, e operam no sistema pelo exercício da subsunção.” No entanto, não se observa uma hierarquia entre regras e princípios, o que existe é uma diferença funcional e qualitativa entre ambos.

Para o escritor germânico, Alexy (1993 apud FARIAS, 2000, p. 30), “os princípios seriam mandados de otimização que se caracterizam pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes.”

Em outras palavras pode-se descrever os princípios como normas com orientações para serem praticadas da melhor forma possível, considerando-se o fato em concreto e as possibilidades jurídicas relacionadas.

Já no tocante às regras, estas devem ser cumpridas sem admitir graduação, uma vez que “são proposições normativas aplicáveis sob a forma de **tudo ou nada** (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos.” (BARROSO, 2004, p.328, grifo do autor).

No entanto, quando se refere a princípios, Barroso entende que os mesmos “contém, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir.” (BARROSO, 2004, p. 328, grifo do autor).

A pretensão de correção, no Neoconstitucionalismo, é a fundamentação para a aplicabilidade dos princípios, que é aberto à interpretação devido ao seu alto grau de abstração. Barcellos (apud BARROSO, 2004) defende que a aplicação equilibrada de regras e

¹⁰ “A influência dos estudos de Dworkin, no Brasil, chegou ao mesmo tempo em que os estudos de Robert Alexy, em meados da década de 90, com os doutrinadores Paulo Bonavides e Ricardo Lobo Torres, fazendo referência à nova teoria dos princípios.” (MOREIRA, 2008, p.94).

princípios configura o sistema jurídico ideal. Isso porque, as regras, devido à previsibilidade de sua conduta tem a função de alcance da segurança jurídica, enquanto os princípios, com sua alta flexibilidade buscam a realização da justiça do caso concreto.

Os princípios constitucionais acabam por refletir os valores do ordenamento jurídico, sua ideologia e premissas básicas. À medida que são utilizados no processo de interpretação desenvolvido pela moderna hermenêutica fornecem unidade ao sistema bem como, atenuam tensões entre as diversas normas que o compõem. No entanto, faz-se necessário ressaltar a utilização ponderada dos princípios, sejam eles explícitos ou não, tendo em vista a preservação do caráter normativo da Constituição

Acerca deste entendimento, é mister lembrar o alerta de Hesse, em **A força normativa da Constituição**, “a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e a preservação da força normativa da Constituição. A interpretação da Constituição está submetida ao princípio da ótima concretização da norma.” (MOREIRA, 2008, p. 96, grifo do autor).

No processo de interpretação, descreve Barroso (2004, p. 327):

Os princípios servem de guia para os intérpretes, cuja atuação deve pautar-se pela identificação do princípio maior que rege o tema apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.

Ocorre que, como os princípios representam valores plurais da sociedade, na aplicação em um caso concreto específico pode-se evidenciar colisões, ou seja, princípios que se contrapõem. Nesse sentido, o intérprete deverá realizar escolhas (fundamentadas, é claro) entre as soluções possíveis, utilizando-se para isso da técnica de ponderação.

2.2.3 A colisão de princípios: os *hard cases*

O desenvolvimento de conflito entre normas constitucionais dá-se especialmente quando as mesmas são elaboradas a partir de critérios ideológicos antagônicos. O processo constituinte da Lei Maior brasileira desenvolveu-se a partir de concepções e ideais políticos diversificados. Sarmiento, (2000, p. 22) “define a Constituição brasileira, de 1988, como Constituição compromissória, ou seja, aquela que não se desenvolveu sob o signo do consenso.”

Como bem observou English (apud SARMENTO, 2000, p. 97), “A contradição principiológica é um fenômeno inevitável, na medida em que constitui reflexo natural das desarmonias que surgem numa ordem jurídica pelo fato de, na constituição desta, tomarem parte diferentes ideias fundamentais.”

A pluralidade social contribui para o aumento significativo de casos que comportam mais de uma solução possível e razoável, os denominados casos difíceis (*hard cases*). Os *hard cases* são casos difíceis de serem apreciados, uma vez que apresentam em seu contexto, um conflito de normas e/ou uma colisão de princípios. A pluralidade social contribuiu para o aumento significativo destes casos.

De acordo com o entendimento de Barroso (2006, p. 55), “O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias.”

Contudo, Barroso (2004, p. 329) sugere que “O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham.” Nesse contexto, os critérios tradicionais de solução de conflitos, quais sejam, o hierárquico (a lei superior prevalece sobre a inferior), o cronológico (a lei posterior prevalece sobre a anterior) e o da especialização (a lei específica prevalece sobre a lei geral) não são suficientes quando a colisão se dá entre os princípios constitucionais.

Entende ainda Barroso (2004, p. 126) que, “A solução não é simples e objetiva e nem está presente no ordenamento jurídico. Há que ser construída com atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas com eventual discricionariedade.” O intérprete acaba por criar o Direito aplicável ao caso em questão.

Nesse sentido, entre interesses que se apresentam antagônicos, para responder à complexidade social e buscar garantir a segurança jurídica aos cidadãos, torna-se necessária a elaboração de uma técnica alternativa de resolução de conflitos. A esta técnica, dá-se o nome de ponderação, que consiste, resumida e simplificada, na atribuição de peso específico a cada princípio em conflito.

3 OS CRITÉRIOS DE JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Ante a complexidade das questões sociais advindas da sociedade contemporânea identifica-se a impossibilidade da utilização do silogismo, no que concerne à aplicação da Constituição.

A moderna hermenêutica constitucional defende que, para a resolução das tensões entre princípios constitucionais, quando estão em jogo valores e interesses constitucionais conflitantes, torna-se necessária uma construção argumentativa do Direito.

3.1 O ATIVISMO E O NOVO PAPEL DO JUDICIÁRIO

O ativismo judicial está relacionado à participação do Judiciário na realização da vontade constitucional no que concerne à concretização de seus valores junto à sociedade.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana¹¹. Foi por meio de atuações proativas e corajosas que a Suprema Corte americana analisou e decidiu casos polêmicos e de grande repercussão, principalmente no tocante à proteção dos direitos humanos (BARROSO, 2012).

Para Barroso (2012, p. 6), “o ativismo se instala normalmente em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”

Nesse sentido, busca o ativismo “extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito.” (BARROSO, 2012, p. 7)

Barroso (2012, p. 6) sugere ainda que, a interpretação proativa da Constituição expande seu sentido e alcance. E, nesse sentido, defende:

¹¹ “Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).” (BARROSO, 2012, p.7).

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Para a doutrina tradicional a principal qualidade de um juiz é a neutralidade de suas decisões, ou seja, sua imparcialidade. Consequência disso seriam decisões isentas de quaisquer influências externas. A CRFB de 88 demonstra a importância da neutralidade dos juízes em seus julgados que inclusive os assegura garantias que impedem que sofram, no exercício profissional, qualquer tipo de pressão, conforme dispõe *in verbis* o artigo 95:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art.93, VIII;

III – irredutibilidade do subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I. (ANGHER, 2012, p.48).

A teoria da neutralidade é criticada por grandes doutrinadores. Dinamarco (1993 apud MENDONÇA, 2000, p. 10, grifo do autor) reforça que “o juiz moderno compreende que só lhe exige **imparcialidade** no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a **indiferença**.”

Mendonça (2000, p. 11) sugere que, “Enquanto componente do Poder Judiciário, o magistrado deve sem dúvida, ser considerado como um elemento neutro, devendo propiciar as mesmas oportunidades de defesa e de produção de provas para as partes, no curso do processo.”

Sob outra ótica, afirma Mendonça (2000, p. 11) que, “esse mesmo juiz não pode ser tido como figura ‘neutra’, em face das circunstâncias concretas de uma causa, as quais denunciam as desigualdades materiais e as distorções latentes, no Direito positivo.”

Nesse ponto, faz-se mister ressaltar o princípio do livre convencimento do juiz, conforme preceitua o art. 131 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art.131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (ANGHER, 2012, p. 255).

O conteúdo constante do artigo 131 do Código de Processo Civil representa, segundo (MENDONÇA, 2000, p. 12) “um reconhecimento pela própria ordem jurídica brasileira da dicotomia ora proposta; entre o juiz, institucionalmente considerado e o juiz, como condutor de um processo. A neutralidade, na primeira hipótese, é um pressuposto; na segunda, uma falácia.”

O juiz é considerado um agente político encarregado de dirimir conflitos. O Estado definiu os poderes, deveres e responsabilidades do juiz no artigo 125 do Código de Processo Civil brasileiro, como se pode extrair, *in verbis*:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I – assegurar às partes igualdade de tratamento;
II – velar pela rápida solução do litígio;
III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça;
IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (ANGHER, 2012, p. 255).

Pelo disposto extrai-se que, a lei estabelece limites para atuação do juiz com o objetivo de garantir à sociedade a tão almejada segurança jurídica. Nesse sentido, deve o juiz agir de acordo com o preceituado em lei, o que não significa, porém, que seus atos tenham que ser completamente submetidos à legislação.

Mendonça (2000, p. 9) discorre que:

A lei tem a função de estabelecer limites para a atuação dos juízes, a fim de que não ocorram desmandos. Por outro lado, não deve castrá-lo a ponto de comprometer a própria instrumentalidade do processo, criando um universo particular, estanque, completamente divorciado da realidade social e da tarefa primordial de proporcionar uma decisão justa para aqueles que recorrem ao judiciário.

A esse respeito, Sarmiento (2000, p. 108) sublinha:

Na jurisdição constitucional o juiz encontra-se vinculado à ordem jurídica, que estabelece limites intransponíveis para a sua atuação. Dentro destes limites, ele tem certo espaço para buscar a solução mais justa para o caso concreto, mas não transcendê-los, pois a legitimidade da sua atuação decorre de seu respeito ao ordenamento.

Para a mesma linha aponta a corrente hermenêutica de Hesse (2009 apud SARMENTO, 2000, p. 109).

Se é certo, porém, que as decisões judiciais devem se basear em princípios genéricos, restringindo na medida do possível, a discricionariedade do julgador, não é menos correto que, dentro do espectro das soluções possíveis para o caso, o juiz tem de procurar aquela que se afigure a mais justa. E, nesta apreciação do justo para o caso concreto, não há como evitar-se certa dose de subjetividade.

Isso posto, urge ressaltar que, este grau de discricionariedade é muito maior nos casos difíceis (*hard cases*) uma vez que os valores em contradição terão de ser resolvidos por meio de ponderação.

Sobre esse ponto de vista, é de fato oportuno destacar a afirmativa de Sarmiento (2000, p. 75): “a liberdade do operador do Direito tem como norte e como limite a constelação de valores subjacentes à ordem constitucional, dentre os quais cintila com maior destaque o da dignidade da pessoa humana.”

Para Cappelletti (1993), questões e incertezas devem ser analisadas pelo intérprete. Cabe ao Juiz dirimir as dúvidas oriundas da lei, preencher lacunas e esclarecer ambiguidades. Como ressaltou o ilustre jurista americano, Holmes (1920, p.210 apud CAPPELLETTI, 1993, p.22), “onde existe dúvida não é suficiente o simples instrumento da lógica, e os juízes, mesmo de maneira inata ou oculta, são chamados a exercer a soberana prerrogativa da escolha.”

Nesse diapasão:

O juiz bem pode se empenhar na mais estrita adesão ao princípio de respeitar rigorosamente os precedentes; bem pode concluir toda tarde sua própria jornada de trabalho na convicção de nada haver dito nem decidido senão em perfeita concordância com o que os seus predecessores disseram ou decidiram antes dele. Mas ainda assim, quando repete as mesmas palavras de seus predecessores, assumem elas na sua boca significado materialmente diverso, pelo simples fato de que o homem do século XX não tem o poder de falar com o mesmo tom e inflexão do homem do século XVII, XVIII ou XIX. O contexto é diverso; a situação referencial é diversa; e seja qual for a intenção do juiz, as sacras palavras da autoridade se tornam, quando repetidas na sua linguagem, moedas de nova cunhagem. Neste sentido limitado, bem se pode dizer que o tempo nos usa a nós todos como instrumentos de inovação. (RADCLIFFE, 1968, p.265 apud CAPPELLETTI, 1993, p. 23).

Em sendo assim, infere-se que, o juiz nos atos de interpretação das leis, embora utilize poder discricionário ao ensejar suas escolhas não é, como criador do Direito, totalmente livre nas suas criações. O magistrado no ato de julgar possui limites vinculados à

lei e a precedentes e, ao decidir, tem como dever fundamentar suas decisões com argumentos racionais e não subjetivos.

No Brasil, o poder judiciário, na nova hermenêutica, tem demonstrado postura extremamente ativista no que tange ao processo de interpretação de leis. Em algumas situações, na busca de atender demandas sociais não absorvidas pelas normas positivadas, o judiciário acaba por assumir função legislativa.

Conforme Cappelletti (1993, p. 18, grifo do autor), “A própria expressão Direito judiciário (*judiciary law*) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, **embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do Direito.**”

No entanto, em que pese ter o próprio Bentham, consciência de que diante do fracasso da codificação das leis na Inglaterra o Direito judiciário não seria extinto por completo. Ele mesmo não poderia imaginar que, paradoxalmente, na época que se seguiu, ou seja, no século XX, o Direito jurisprudencial sofreria um processo de expansão inimaginável e, por consequência também o desenvolvimento cada vez maior do papel criativo dos juízes. (CAPPELLETTI, 1993).

É notoriamente conhecida a existência de certo grau de criatividade quando da interpretação judiciária acerca das leis.

Para Barwick (1980, p.242 apud CAPPELLETTI, 1993, p.21):

A melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.

Insta enfatizar que, talvez a grande preocupação não esteja no ato de criação por parte dos juízes, mas sim no grau de criatividade e dos limites de aceitação desta criação do Direito pelos magistrados.

O poder judiciário é o principal ator na nova hermenêutica. A importância que a criatividade judiciária ganhou nesse século é descrita pelo filósofo Morton G. White como a ‘revolta do formalismo’, expressão esta que pode ser entendida, nas áreas de influência francesa, pela revolta contra o Positivismo jurídico e na Alemanha, como a insurgência contra o formalismo científico e conceitual (CAPPELLETTI, 1993, grifo do autor).

Ressalta Cappelletti (1993, p.32, grifo do autor) que “o formalismo tendia a acentuar o elemento da ‘lógica’ pura e mecânica no processo jurisdicional, ignorando ou encobrindo, ao contrário, o elemento voluntarístico, discricional, da ‘escolha’.”

Várias escolas de pensamento da época sublinharam a posição do juiz como simples declarador do direito. No entanto, posteriormente, ao contrário do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais descobriu-se que, efetivamente, o papel do juiz é muito mais difícil e complexo e que o Direito não pode ser entendido em sua totalidade como norma preestabelecida e objetiva.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A dignidade da pessoa humana, a razoabilidade ou proporcionalidade e a ponderação de valores e/ou interesses são importantes princípios da interpretação jurídica. A construção argumentativa do Direito perpassa pela compreensão e aplicação destes princípios.

Nesse sentido, ao longo deste título buscar-se-á elencar as características inerentes a eles, bem como, sua importância na construção argumentativa das decisões judiciais.

3.2.1 Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 apresenta em seus primeiros artigos os princípios fundamentais do Estado Brasileiro. A dignidade da pessoa humana está expressamente enunciada no artigo 1º, inciso III da CRFB de 88 como fundamento da República Federativa do Brasil. A sua localização, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais, deixou explícita a importância que o Constituinte atribuiu aos princípios fundamentais, qual seja, “de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional.” (SARLET, 2001, p.100).

Desse modo, na íntegra:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político. (ANGHER, 2012, p. 21).

A primeira Constituição brasileira que trouxe os princípios fundamentais organizados sob um título próprio foi a promulgada em 1988. Tais princípios servem de base para a interpretação de todos os demais enunciados pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na Constituição cidadã, como ficou conhecida a Carta de 88, o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se como valor central de toda a ordem constitucional. A Carta de 1988, caracterizada pela promoção dos direitos humanos “representa um marco essencial na superação do autoritarismo e na restauração do Estado Democrático de Direito.” (SARMENTO, 2000, p. 58).

Miranda (1991, p. 169) defende que “o fundamento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana foi a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Organização das Nações Unidas – ONU, em 1984.”

Para Sarlet (2001, p.111), “o art. 1º, inc. III da Lei Fundamental brasileira não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia.”

Nesse sentido, é a dignidade da pessoa humana princípio supremo que traz embutido em seu conteúdo o conceito de justiça social.

E, embora, explorar aprofundadamente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana não seja objeto de estudo deste trabalho, sua análise torna-se necessária tendo em vista sua particular relevância com o tema em exame.

Segundo o ilustre professor lusitano Vieira de Andrade, da Universidade de Coimbra, o princípio da dignidade da pessoa humana concretiza-se pelo reconhecimento e positivação de direitos e garantias fundamentais (SARLET, 2001).

Pois bem, associado ao valor da pessoa humana está o princípio da dignidade da pessoa humana. “Ou seja, o valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo eminente **princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.**” (MESSNER; LARENZ *apud* FARIAS, 2000, p.60, grifo do autor).

Farias (2000) defende que, a característica fundamental que aumenta a importância e o significado do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana é que ele garante um mínimo de respeito ao homem só pelo fato de ser homem.

Vale dizer, como todos os homens são dotados de igual dignidade, o respeito à pessoa humana realiza-se independentemente de sua raça, credo ou posição social que ocupe.

A doutrina brasileira adota posicionamento similar ao sugerir que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como o valor unificador de todos os direitos fundamentais (SARLET, 2001).

Na verdade, extrai-se que os direitos fundamentais são uma concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme relaciona Sarlet (2001), além de figurar como ponto de referência para a aplicação e interpretação dos direitos fundamentais também se apresenta como fundamento para a dedução de direitos fundamentais decorrentes.

Nesse diapasão, conforme o entendimento de grande parte da doutrina brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente vinculado aos direitos fundamentais.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana deu-se a partir da Segunda Guerra Mundial, após ter sido declarado pela Declaração Universal da ONU de 1948. Ou seja, é algo muito recente.

Importante consignar, neste contexto que, em se tratando de Direito comparado, as Constituições Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), a Constituição Portuguesa de 1933 e a Constituição da Irlanda de 1937 já previam em seus textos o princípio da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2001).

Vale observar que esta sincronia entre a instauração de uma nova ordem política democrática e a consagração máxima do princípio da dignidade da pessoa humana, ocorreu também na Alemanha, na Espanha e em Portugal. Nestes três países, as Constituições surgidas após o fracasso de regimes totalitários – nazismo na Alemanha, franquismo na Espanha e salazarismo em Portugal – proclamaram como fundamento da ordem constitucional o princípio em questão. (SARMENTO, 2000, p. 58).

No entanto, um rápido olhar sobre o Direito comparado permite identificar que poucas são as Constituições atuais que trazem em seu texto a expressa positivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ainda acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, partir-se-á para uma análise mais relevante do significado e conteúdo deste princípio e sua caracterização como norma jurídica.

A ideia de valor da pessoa humana encontra suas raízes no pensamento clássico e na ideologia cristã. Com base nos escritos de Sarlet (2001) identifica-se que no pensamento clássico, a dignidade da pessoa humana significava a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento na sociedade. Com isso, entendia-se que a dignidade era inerente ao ser humano e passível de ser medida.

Já no tocante à ideologia cristã, a teoria da criação do homem à imagem e semelhança de Deus corroborava com a ideia de dignidade como um valor próprio e intrínseco do ser humano.

A consagração da ideia de que o homem não somente por sua existência biológica é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo Estado e cidadãos, de acordo com Sarlet (2001), tem sua origem na concepção jusnaturalista.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do direito natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Destacam-se, neste período os nomes de Samuel Pufendorf, para quem mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e de agir conforme seu entendimento e sua opção, bem como o de Immanuel Kant, cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia), como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo) não pode ser tratado – nem por ele próprio – como mero objeto. (SARLET, 2001, p.104).

Kant (1968, p. 134 e 141 apud SARLET, 2009, p. 35) assinala ainda que “a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.”

A dignidade da pessoa humana, como já dito, é considerada por inúmeras Constituições como um valor fundamental da ordem jurídica. No espaço jurídico este princípio passa a ocupar cada vez mais uma posição de destaque, central.

Conceituar a expressão dignidade da pessoa humana sugere encontrar, entre conceitos vagos e subjetivos, uma definição fechada passível de ampla aceitação pela doutrina. Entende-se que tal busca configura tarefa complicada tendo em vista a grande carga valorativa que tal princípio carrega.

Graças ao pluralismo e a grande diversidade social contemporânea inexistem uma definição genérica da dignidade da pessoa humana amplamente aceita pelos doutrinadores.

O que se percebe é que a ideia comum a grande parte dos doutrinadores e da jurisprudência é que a dignidade, sendo inerente ao homem, confere a todos os seres humanos, conforme preconiza o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), além de liberdade, igualdade em dignidade e direitos.

No entanto, verifica-se que a doutrina majoritária conforta o entendimento de que a dignidade, sendo inerente ao homem, é algo que não pode ser criado ou retirado deste, mas que porém, deve ser respeitada.

Em que pese o posicionamento majoritário supramencionado, há quem aponte para o fato de que “a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza do homem, na medida em que a dignidade também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo.” (SARLET, 2001, p.107).

Diante da impossibilidade de reduzir o conceito de dignidade da pessoa humana a uma definição genérica. A conceituação de dignidade da pessoa humana torna-se possível mediante a devida análise do caso concreto.

Ainda no que tange ao esclarecimento acerca do sentido da dignidade da pessoa humana, importa ressaltar que, não restam dúvidas que o respeito e a proteção da integridade física e psicológica do indivíduo estão necessariamente amarrados ao conceito de dignidade, assim como a individualidade e autonomia deste.

Nesta vertente, torna-se necessário ressaltar também a grande relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e as garantias de condições adequadas de vida para os indivíduos.

Acerca deste entendimento, faz-se necessário citar o pensamento do alemão G. Dürig, para quem “a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeito de direitos.” (DÜRIG, 1956 apud SARLET, 2001, p.109).

Sarlet (2001, p. 106) numa insistente tentativa de definir o princípio da dignidade da pessoa humana o qualifica como “elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana”. E, por assim ser, é merecedor de respeito e proteção.

Para Miranda (1991, p.170), “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta. Pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas.”

Farias (2000, p.12) sugere que o princípio da dignidade da pessoa humana apresente-se como uma “cláusula aberta no sentido de respaldar o surgimento de direitos novos”.

Com base nas explanações acima e, por fim, há que constar que, no tocante à definição deste princípio fundamental, o que se extrai é que a ideia de homem-objeto é

exatamente o oposto do que se entende por dignidade da pessoa humana. Nesse diapasão, onde a vida, a integridade física e psíquica e a individualidade do ser humano, e as condições mínimas existenciais não forem respeitadas, não há que se falar em dignidade da pessoa humana.

3.2.2 Razoabilidade ou proporcionalidade

A aplicação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade configura um dos temas mais relevantes do moderno Direito constitucional. Para a compreensão deste estudo utilizar-se-á convencionalmente os termos razoabilidade e proporcionalidade como sinônimos¹².

Barroso (2004 apud SARMENTO, 2000, p.87) sugere, em linhas gerais, “que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são na prática, fungíveis, pois almejam o mesmo resultado: coibir o arbítrio do Poder Público invalidando leis e atos administrativos caprichosos, contrários à pauta de valores abrigada pela Constituição.”

Para Sarmiento (2000, p. 78), “O desenvolvimento do princípio da proporcionalidade como cânone jurídico encontra-se visceralmente ligado ao advento do Estado de Direito na Modernidade.”

Como observou, Toledo (1996, p.33 apud SARMENTO, 2000, p.79).

O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a ideia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados, decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

A aplicação do conceito de proporcionalidade, inicialmente, restringia-se ao Direito Penal. Beccaria difundiu o conceito de proporcionalidade ao estabelecer um paralelo entre as

¹²“A ideia de razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, tendo especial destaque no direito norteamericano, como desdobramento do conceito de devido processo legal substantivo. O princípio foi desenvolvido, como próprio do sistema do *common law*, através de precedentes sucessivos, sem maior preocupação com uma formulação doutrinária sistemática. Já a noção de proporcionalidade vem associada ao sistema jurídico alemão, cujas raízes romano-germânicas conduziram a um desenvolvimento dogmático mais analítico e ordenado. De parte isto, deve-se registrar que o princípio, nos Estados Unidos, foi antes de tudo, um instrumento de direito constitucional, funcionando como um critério de aferição da constitucionalidade de determinadas leis. Já na Alemanha, o conceito evoluiu a partir do direito administrativo, como mecanismo de controle dos atos do executivo. Sem embargo da origem e do desenvolvimento diversos, um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos. Por essa razão, razoabilidade e proporcionalidade são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis.” (BARROSO, 2004, p.373).

sanções criminais aplicadas e a gravidade dos delitos cometidos. Isso para que, frente aos crimes cometidos, as sanções não fossem totalmente desproporcionais.

No século XIX este princípio passa a influenciar nas limitações administrativas da liberdade individual. E, após a Segunda Guerra Mundial, como reação às barbáries cometidas pelo nazismo, ocorreu a constitucionalização do princípio da proporcionalidade na Europa (SARMENTO, 2000).

Segundo as disposições de Sarmiento (2000, p. 82) acerca do princípio da proporcionalidade, “Nos Estados Unidos tal princípio foi acolhido a partir da interpretação evolutiva da cláusula do *due process of law* (devido processo legal), abrigada na 5ª e na 14ª emendas à Constituição norte-americana¹³.”

Insta ressaltar que o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade na Europa ocorreu em paralelo com o fracasso dos regimes totalitaristas e suas consequências traumáticas, o que registra a efetiva preocupação com a proteção dos direitos fundamentais contra possíveis abusos do poder legislador.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade tem percorrido uma trajetória muito modesta se comparado a outros países. Isso se deve ao fato de “a jurisprudência brasileira ter uma visão muito rígida e esquemática acerca do princípio da separação dos poderes.” (BARROSO, 2004, p.213).

Contudo, identifica-se que o Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir da promulgação da CRFB de 88, vem utilizando cada vez mais o princípio da proporcionalidade nos seus julgados.

O princípio da proporcionalidade foi dividido pela doutrina alemã em três subprincípios: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Ressalta Sarmiento (2000, p. 87) que “O subprincípio da adequação preconiza que a medida administrativa ou legislativa emanada do Poder Público deve ser apta para o atingimento dos fins que o inspiraram.”

Em outras palavras, o julgador, para verificar a incidência do subprincípio da adequação, deve identificar quais os fins almejados pelo legislador ao editar tal norma e se a mesma serve para o atingimento dos resultados propostos.

¹³“A 5ª Emenda, editada em 1791, determina que ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, e tem aplicação restrita ao Governo Federal. Esta regra só foi estendida aos Estados em 1868, com a aprovação da 14ª Emenda, que dispõe que nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal.” (SARMENTO, 2000, p.82, grifo do autor).

No tocante ao princípio da necessidade ou exigibilidade, Sarmento (2000, p. 88) por sua vez, “impõe que o Poder Público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir a determinado objetivo.”

Nesse sentido, o legislador ou administrador público, para atingir o resultado pretendido deve escolher a forma pelo qual os interesses da coletividade sejam menos atingidos, ou seja, a forma menos lesiva deve prevalecer na escolha.

Canotilho (2003, p.387, grifo do autor) assinala que:

O exame do subprincípio da necessidade deve compreender: a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais ‘poupado’ possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a exigibilidade espacial, que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a exigibilidade temporal, que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa pelo poder público; d) a exigibilidade pessoal que significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Para Robert Alexy, que denomina o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito também como mandado de ponderação, “o ônus imposto pela norma deve ser inferior ao benefício por ela engendrado, sob pena de inconstitucionalidade.” (apud SARMENTO, 2000, p.89). Ou seja, deve-se efetuar uma análise da relação custo-benefício da norma avaliada.

Sarmento (2000) entende que, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito não passa de uma autêntica ponderação, onde o intérprete coloca de um lado da balança os interesses protegidos com a medida e, do outro, os bens jurídicos passíveis de restrição ou proteção dela. Nesse caso, será a norma válida se a balança pender para o lado dos interesses tutelados.

Em resumo, Sarmento (2000, p. 90) indica que “para conformar-se ao princípio da proporcionalidade, uma norma jurídica deverá, a um só tempo, ser apta para os fins a que se destina, ser a menos gravosa possível para que se logrem tais fins e causar benefícios superiores às desvantagens que proporciona.”

É o princípio da proporcionalidade que permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontrem em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito de todos os envolvidos no conflito. (GUERRA FILHO, 1999, p.66 apud SARMENTO, 2000, p.96).

Sarmento (2000, p. 77) sustenta que “o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão.” Um bom exemplo disso, é a possibilidade que o judiciário tem, através do princípio da proporcionalidade, de analisar o mérito da norma para a adequada aplicação da mesma ao caso concreto. A utilização responsável deste princípio, configura-se, portanto, de grande valia para a aplicação do método de ponderação de interesses.

3.2.3 Ponderação de valores e/ou interesses

Dada a grande diversidade cultural e por consequência o pluralismo de ideias existentes na sociedade, a CRFB por muitas vezes abriga, através de seus princípios e valores, interesses diversos dos cidadãos. Por esse motivo, não são raros os casos em que princípios constitucionais acabam por entrar em conflito.

Para Rübner (1976, p. 453 apud FARIAS, 2000, p.13), “Têm-se autêntica colisão apenas quando um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de outro direito individual.”

A colisão entre direitos é um tanto controversa porque trabalha com a possibilidade da tentativa de hierarquização de direitos, o que culminaria com a eliminação do caráter harmônico da Constituição.

Nessa seara, quando a questão refere-se ao valor que há de prevalecer, para a resolução destes conflitos constitucionais, utiliza-se o método de ponderação de interesses.

Barcellos (2006, p.55, grifo do autor), define que “A ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para **casos difíceis** (do inglês “*hard cases*”), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado.” Barroso (2004) suscita que, na técnica de ponderação de valores se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos.

A ponderação de valores se ocupa dos conflitos de valores protegidos pela Constituição, identificados em um caso concreto. A doutrina majoritária sugere que a colisão ocorre quando pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um mesmo caso se contrapõem.

Ante a constatação de colisão entre princípios, ou seja, de que a situação no caso concreto é tutelada por princípios constitucionais que apresentam soluções divergentes, torna-se necessária a ponderação de valores por parte do intérprete.

Reforça Barcellos (2006, p. 57) que, “A ponderação também se presta a organizar o raciocínio e a argumentação diante de situações nas quais, a despeito do esforço do intérprete, haverá inevitavelmente uma ruptura do sistema e disposições normativas válidas terão sua aplicabilidade negada em casos específicos.”

Não existe qualquer critério, por mais abstrato que seja, que delimite a supremacia de um princípio sobre o outro. E, se estes não podem se harmonizar, torna-se necessário, após uma precompreensão do problema, fazer concessões recíprocas para que se alcance um resultado mais próximo do socialmente desejável.

Preconiza Sarmiento (2000, p.103) que “o intérprete terá de comparar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos, utilizando como norte a taboa de valores subjacentes à Constituição.”

E não menos acuidoso, assinala Sarmiento (2000, p. 104) que, “na verdade o peso genérico é apenas indiciário do peso específico que cada princípio vai assumir na resolução do caso concreto.”

Com efeito, Barcellos (2006, p. 57) realça que, “A ponderação de valores tem como propósito solucionar conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas.”

Das explanações supramencionadas infere-se que, diante do caso concreto, a ponderação de valores é a técnica que menos impactará no sacrifício de um ou outro princípio para o alcance da norma mais aplicável.

Nesse diapasão, Barroso (2004) defende que, só por meio da ponderação de valores, à vista do caso concreto, é que se consegue sacrificar, o mínimo possível, cada um dos princípios em oposição, para alcançar a almejada decisão socialmente mais aceita.

No juízo de ponderação os valores em conflito são avaliados mediante análise do caso concreto. “Daí afirmar-se, correntemente, que a solução desses conflitos há de se fazer mediante a utilização do recurso à concordância prática, de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade.” (HESSE, 1988, p.27 apud FARIAS, 2000, p.15).

Sarmiento (2000, p.57) afirma que “a ponderação incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional.”

Denota também Sarmiento (2000, p. 110) que, “a ponderação é realizada em face das peculiaridades do caso concreto, onde o operador do direito não pode se descurar das características fáticas do problema para a solução da questão.”

A ponderação de valores compreende três etapas importantes. Tais ensinamentos foram sintetizados com precisão por Barroso (2006, p.58):

Em uma primeira fase se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos. Na terceira fase – a fase da decisão - se estará examinando conjuntamente os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diferentes elementos em disputa. Diante da distribuição de pesos – e esse é o diferencial da ponderação – será possível definir, afinal, o grupo de normas que deve prevalecer. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, ou seja: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, será necessário avaliar qual deve ser o grau apropriado no caso.

A doutrina impõe à ponderação de interesses, que esta seja feita, respeitando-se o núcleo essencial dos direitos fundamentais, que é protegido de qualquer espécie de restrição.

Sarmiento (2000, p. 113) reforça que: “o Poder Judiciário diante da inexistência de regra legislativa específica que resolva determinado conflito entre princípios constitucionais surgido em um caso concreto terá, forçosamente, de proceder à ponderação, uma vez que não poderá furtar-se ao seu dever de resolver a lide.”

Os tribunais, diante de casos difíceis (*hard cases*) são obrigados a ponderar as suas decisões, considerando suas consequências e resultados imediatos. Em outras palavras, é a partir da ponderação de valores que se verifica se a decisão a ser proferida será a mais justa para a sociedade ou acarretará no menor prejuízo para as partes conflitantes.

Bachof (apud MENDES, 1999, p. 466) destaca que "a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também, em regra – embora não sempre – um resultado juridicamente errado.”

Para Sarmiento (2000, p.115), “a colisão entre princípios constitucionais não tem como ser equacionada senão através do emprego do método da ponderação de interesses.” Mas, tão importante quando a correta aplicação do método é a devida motivação da decisão alcançada.

No tocante à motivação dos atos jurisdicionais, delinea Taruffo (1988, p.47 apud SARMENTO, 2000, p.118):

É necessária na medida em que a motivação é um discurso justificativo que objetiva mostrar que a decisão é juridicamente válida e é fundada sob a verdade dos fatos. Ela é indispensável porque a garantia da motivação é essencialmente garantia contra o arbítrio do juiz, e esta garantia é dada através da justificação da decisão segundo cânones racionais comumente reconhecidos e aceitos na cultura do lugar e no momento histórico em que o juiz opera.

A fundamentação do julgado deve refletir as razões que efetivamente conduziram ao seu julgado. Importante registrar que, nos casos de decisões judiciais que utilizam o método de ponderação de interesses, a motivação torna-se mais necessária ainda, uma vez que a ponderação de interesses envolve um maior grau de subjetividade, sendo por isso, muito mais complexa que a subsunção.

Dito isto, importante ressaltar que, “as restrições aos interesses em disputa devem ser arbitradas mediante o emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão-adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.” (SARMENTO, 2000, p.104).

Em outras palavras, deve o julgador buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo de modo que sua decisão produza um resultado desejado pelo sistema, culminando assim com a realização da justiça do caso concreto.

No entendimento de Sarmiento (2000, p.105) “a ponderação deve sempre se orientar no sentido da promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.”

Isso pressupõe que, o resultado decorrente da aplicação da técnica de ponderação deve promover a realização efetiva da justiça e dos valores que a acompanham, quais sejam, liberdade, igualdade e fraternidade.

4 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA CONSTRUÇÃO DA DECISÃO

A propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade só se justifica diante da dúvida sobre a constitucionalidade do ato normativo. Nos casos difíceis, e, mais especificamente na ADI 3.510, ante a relevância social da matéria objeto desta ação direta e dos impactos que a mesma teria sobre toda a humanidade, tornou-se necessária a realização de audiência pública com o fito de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no assunto.

4.1 AS AUDIÊNCIAS

A autorização para realização de audiência pública para oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade nas matérias consta da Emenda Regimental nº 29 (ER nº 29/2009) no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

Fato é que, à época do julgamento da ADI 3.510, a realização de audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal não estava legalmente prevista em seu regimento interno. No entanto, a Lei nº 9.868/99 em seu art. 9º, §1º trazia a previsão de realização de audiência pública, conforme demonstra a dicção da lei supramencionada:

Lei nº 9.868/99, art. 9º, §1º - Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (ANGHER, 2012, p. 1225).

O artigo supramencionado indica que, a designação de realização de audiência pública é competência exclusiva do relator e, desde que, diante de matérias que exijam esclarecimentos ou de insuficiência de informações nos autos.

Em uma breve análise do referido dispositivo legal infere-se que, cabe ao Ministro relator a decisão acerca da convocação da audiência, bem como da definição das regras de funcionamento da mesma.

Ariede (2011, p.14) define audiência pública como:

um instrumento processual adotado nos três poderes que compõem o sistema brasileiro – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Trata-se de um evento no qual a sociedade pode se manifestar sobre determinado assunto antes do

processo de tomada de decisão. De modo geral, é uma oportunidade para aqueles que tenham interesse em expressar suas opiniões com o intuito de contribuir para a reflexão sobre o tema.

Uma adequada escolha política, no entender de Valle (2012, p.101), pressupõe: “a superação dos elementos de incerteza – e isso pode envolver a agregação de novos atores ao processo de decisão; preferencialmente atores cujo perfil possa contribuir para a superação desse mesmo elemento de dúvida”.

Isso posto, diante da propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade que versasse sobre tema de grande repercussão social a determinação de audiência pública no Supremo Tribunal Federal poderia ser decretada. E foi o que ocorreu a partir da propositura da ADI 3.510.

Devido à relevância social da matéria objeto desta ação direta e, dos impactos que a mesma teria sobre toda a humanidade, com base no §1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, para o julgamento da ADI 3.510 foi determinada a realização de audiência pública.

Neste momento, imprescindível torna-se o esclarecimento acerca da matéria discutida pela ADI 3.510. Urge ainda ressaltar que, esta foi a primeira audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, ingressou no Supremo Tribunal Federal em 30 de Maio de 2005, tendo por objetivo a impugnação em bloco do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (Lei de Biossegurança), de 24 de Março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

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

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem 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 no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (ANGHER, 2012, p.1674).

A ação direta (ADI 3.510) foi proposta sob o argumento de que todos os dispositivos do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (Lei de Biossegurança), de 24 de Março de 2005 contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e

faz ruir fundamento maior do Estado democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2008, p.143).

Em outras palavras, a ADI 3.510 contestou a validade constitucional de um conjunto de normas que autoriza o emprego de células-tronco embrionárias em pesquisa científica e terapia humana.

O ponto fulcral da inconstitucionalidade aludida se resumiu na tese de que o início da vida aconteceria no momento da fecundação e que, portanto, a manipulação de embriões constituiria um atentado aos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, esculpidos nos arts. 1º, III; e 5º da Constituição da República. Outros direitos juridicamente tutelados na Constituição também circundaram o julgamento, como o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. (VALLE, 2012, p. 65).

O então Procurador Geral da República à época, Cláudio Lemos Fonteles, na petição inicial da ADI 3.510 requereu a realização de audiência pública, nos termos do artigo 9º, §1º da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 2008).

Em função da interdisciplinaridade do objeto da ADI 3.510, o Supremo Tribunal Federal entendeu como necessário o diálogo com estudiosos dos mais diversos ramos das ciências médicas e biológicas, além de ouvir também autoridades em religião, filosofia e ética.

O relator, Ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2008), deferiu o pedido, alegando que a matéria é de suma importância e que, por isso, suscita inúmeros questionamentos acerca da tutela do direito à vida. Além disso, a possibilidade de uma maior participação da sociedade civil na audiência da ADI 3.510 acabaria por legitimar ainda mais a decisão a ser tomada.

Suptitz (2008) destaca que, todos os que se encontram submetidos às normas constitucionais acabam por ser seus intérpretes. Na mesma vertente Corrêa (2011), com base nas ideias de Häberle defende que, a interpretação das normas constitucionais não é função exclusiva dos juízes.

É perceptível o influxo das ideias de Peter Häberle sobre jurisdição constitucional, consolidadas no seu livro ‘A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição’. O entender o pensamento de Häberle é de singular importância para a compreensão do papel legado pela prática dos Ministros do Supremo à audiência pública jurisdicional no controle de constitucionalidade brasileiro como fator de abertura democrática à pluralidade. Ainda que, em geral, a jurisdição constitucional forneça a última palavra, Peter Häberle propõe o que ele chama de democratização da interpretação constitucional: isso significa que a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma

interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas mencionadas. (CORRÊA, 2011, 7, grifo do autor).

No caso da pesquisa com células-tronco embrionárias, após a determinação da realização de audiência pública, as partes foram intimadas para que indicassem nomes de participantes. Na sequência, foram definidos os habilitados a participar da referida audiência (ARIEDE, 2011).

Lima (2012, p. 18, grifo do autor) sugere que, “a escolha dos participantes da audiência pública, ficou a cargo do autor, dos requeridos e dos interessados, que foram intimados a indicar pessoas **com experiência e autoridade na matéria** e apresentar suas qualificações profissionais completas.”.

Participaram da audiência pública, 22 (vinte e duas) das mais respeitadas autoridades científicas brasileiras, no que concerne ao assunto em debate. A audiência, realizada em 05 de Março de 2008, teve a duração de aproximadamente 8 (oito) horas. Todo o desenrolar da audiência foi lavrado em ata e acompanhado da gravação de sons e imagens, material este, posteriormente compilado e encaminhado aos Ministros da Suprema Corte.

Os especialistas foram divididos em dois blocos de opinião bem caracterizados: um contrário à realização das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas nos termos da lei, outro favorável, cada qual representado por 11 especialistas (LIMA, 2012).

Segundo o relator, o bloco favorável às pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, nos termos da legislação, teve os seus especialistas indicados pelos sujeitos processuais que, na controvérsia em questão se posicionaram pela constitucionalidade de lei e o bloco contrário, pelos que se posicionaram pela inconstitucionalidade (BRASIL, 2008).

No entanto, o objetivo da divisão dos especialistas em blocos não era o de estabelecer um debate entre eles, mas sim de possibilitar a extração de informações que contribuíssem para a construção das decisões.

A respeito da importância da audiência pública para o ato de julgar, discorreu a Ministra Ellen Gracie (LIMA, 2012, p.41), à época do julgamento:

O ato de julgar é antes de mais nada um grande exercício de humildade intelectual. Por isso, o Supremo Tribunal Federal se reúne para ouvir a opinião dos especialistas, acrescentar e aprofundar conhecimentos, para que possa, ciente das limitações que são próprias do ser humano, tentar encontrar a solução neste, como nos outros casos.

Acerca de referida importância, discursou também o Ministro Gilmar Mendes:

A realização da audiência pública, aliada à participação dos sujeitos processuais – autor, requeridos e interessados -, faz do Supremo Tribunal Federal, uma **Casa do Povo**, como remete afinal o seguinte trecho de seu voto: “O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual o parlamento”. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amicus curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. (BRASIL, 2008, p.145, grifo do autor).

Ante o exposto, infere-se que, a realização de audiência pública teve papel de destaque no processo de controle de constitucionalidade na ADI 3.510 contribuindo de maneira bastante razoável para a construção da decisão que ratificou a constitucionalidade da pesquisa terapêutica com células tronco-embrionárias, seja por força da mobilização da sociedade ou da pressão argumentativa sobre a matéria em análise.

4.2 OS *AMICUS CURIAE*

Desde a edição da Emenda Regimental nº 2 de 1985 pelo Supremo Tribunal Federal não se admitia a intervenção de terceiros na ação direta de inconstitucionalidade. Em outras palavras, a interpretação constitucional até pouco tempo era fechada, ou seja, restrita aos intérpretes jurídicos e às partes formais do processo.

No entanto, a Lei 9.868, de 10 novembro de 1999, em seu artigo 7º, parágrafo 2º autorizou a participação de autoridades, órgãos ou entidades no processo de controle de constitucionalidade, mais especificamente nas ações diretas de inconstitucionalidade, desde que fosse demonstrada a relevância da matéria sob análise.

Desse modo, na íntegra, *in verbis*:

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

[...]

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades. (ANGHER, 2012, p. 1225).

Importa ressaltar que, apesar de o artigo 7º da Lei 9.868/99 no *caput* não permitir a intervenção de terceiros, o parágrafo 2º relaciona uma exceção à regra, ou seja, autoriza a presença de terceiros interessados para que se manifestem sobre o tema em análise desde que adequadamente representados.

Bulos (2008, p. 205, grifo do autor) define que: “*amicus curiae, amici curiae, amicus partis* ou *amicus causae*, significam **amigo da corte.**” O instituto do *amicus curiae* tem sua origem no Direito americano.

Sustenta ainda, Maciel (2000, p.263 apud BULOS, 2008, p.205):

Nos Estados Unidos, “o terceiro – pessoa natural ou jurídica – que tem um “forte interesse” que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertium* em seu processo. Muitas vezes as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a Corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, “grupos de pressão”, muito se utilizam do *judicial iter* para deduzir seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal”.

No Brasil, para o Supremo Tribunal Federal, a finalidade da presença do *amicus curiae* é a pluralização do debate constitucional. Em jurisprudência firmada sobre o assunto defende o Supremo Tribunal Federal - STF, que a participação do *amicus curiae* permite que a suprema corte tenha, reunidas a sua disposição, todas as informações necessárias à solução do conflito. Conforme pode se visualizar na íntegra:

No estatuto que rege o sistema brasileiro de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei 9.868/99, art.7º, § 2º), permitindo que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, possam ser admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. [...]. (STF, ADIn 2.884 – MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2-2-2001, p.145,j. em 20-12-2000 apud BULOS, 2008, p.206).

A possibilidade de que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades, positiva a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, o que possibilita ao tribunal ter ciência das peculiaridades ou repercussões do assunto em questão (MENDES, 1999).

Bulos (2008, p.206) destaca que, segundo o entendimento do STF, “o relator tem discricionariedade para admitir, ou não, sob pena de tumulto processual, a presença de *amicus curiae* nas ações diretas de inconstitucionalidade.”

Justamente com fulcro no parágrafo 2º do art.7º da Lei 9.868/99 é que se identificou a presença dos amigos da corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3.510, que ratifica a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) no tocante à constitucionalização das pesquisas científicas terapêuticas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos.

[...] A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, em ordem a permitir que nele se realize, sempre sob uma perspectiva eminentemente pluralística, a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais. Em suma: a regra inscrita no art. art.7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 – que contém a base normativa legitimadora da intervenção processual do *amicus curiae* – tem por precípua finalidade pluralizar o debate constitucional.” (STF, ADIn 2.884 – MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 2-2-2001, p.145.j. em 20-12-2000 apud BULOS, 2008, p.206).

E, conforme Mendes (1999, p.461),

em casos de necessidade de esclarecimento da matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, o relator está autorizado a requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data, para em audiência pública, ouvir depoimentos e pessoas com experiências e autoridade na matéria.

Dessa forma, delinea-se, portanto, que a participação do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade nas ações diretas de inconstitucionalidade contribui valorosamente para o debate constitucional.

O ilustre doutrinador Bianchi (apud BUENO FILHO, 2002, p. 12) ressalta que “a presença do *amicus curiae* no processo, em maior extensão do que no passado, serviria para garantir maior efetividade e legitimidade às decisões da Corte Constitucional.”

Em outras palavras, a participação deste terceiro no debate possibilita que a Corte tenha acesso a elementos, informações e experiências específicas relacionadas ao tema em análise.

Para Mendes (1999, p.497, grifo do autor), “O reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua Häberle, a uma **relativização** da interpretação constitucional jurídica.”.

Essa relativização assenta-se nas seguintes razões: 1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente; 2. Na posição que antecede a interpretação constitucional jurídica dos juízes, são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas são, potencialmente, intérpretes da Constituição. (HÄBERLE, 1997 apud MENDES, 1999, p. 499).

Percebe-se que o ponto alto da teoria de Häberle reside justamente na abertura do processo de interpretação constitucional e, conseqüentemente, na participação cada vez maior da sociedade como intérprete da Constituição.

O controle de constitucionalidade na via de ação é exercido pela Ação Direta de Inconstitucionalidade e pela Ação Direta de Constitucionalidade, que só podem ser deflagradas pelo rol de pessoas designadas no artigo 103 da CRFB de 1988.

Isto posto, presume-se que, aqueles que não estão entre o rol de pessoas designadas pelo artigo 103 da Constituição Federal estarão qualificadas para participar do debate como *amicus curiae*, representadas por advogados, desde que a Corte identifique interesse jurídico no caso pertinente e relevância da matéria.

No entanto, conclui Bueno Filho (2002), a admissibilidade da participação do *amicus curiae* será sempre casuística e, para não parecer arbitrária, necessariamente precedida de motivação.

Mesmo sendo considerada uma forma de assistência, a participação do *amicus curiae* pode acontecer em qualquer estágio do processo, desde que antes do julgamento da ação. Sua manifestação poderá ser apresentada de forma escrita ou através de sustentação oral.

E, de acordo com Bulos (2008, p. 207), “embora o Supremo Tribunal Federal não esteja compelido a acolher os argumentos por ele formulados, sua presença poderá enriquecer os debates constitucionais, tato pelos elementos informativos apresentados, como pelo acervo ou experiência transmitidas.”

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº3.510, objeto de estudo deste trabalho, foram admitidos no processo, na condição de *amicus curiae* as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, Movimento em prol da vida – MOVITAE, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero

– ANIS, além da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB. (BRASIL, 2008, p. 145).

Na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal falaram pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins, pela Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, o Dr. Oscar Vilhena e, pelo *amicus curiae* Movimento em prol da vida – MOVITAE e Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS, o Professor Luís Roberto Barroso. (BRASIL, 2008, p. 145).

Das informações acima se pode extrair que, a participação como *amicus curiae* na referente ação das entidades com importante representatividade social acima relacionadas contribuíram em muito para a legitimidade da construção da decisão que foi proferida.

4.3 A ANÁLISE DA DECISÃO

Após quase 3 (três) anos da propositura da ADI 3.510 no Supremo Tribunal Federal, que ocorreu em 30 de Maio de 2005, foram proferidos os primeiros votos acerca da constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias¹⁴.

A ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), objeto de estudo desse trabalho foi julgada improcedente por maioria.

O referido artigo que autoriza e regula as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos resultantes dos procedimentos de *fertilização in vitro*, desde que inviáveis ou congelados há mais de três anos teve sua constitucionalidade ratificada.

O processo de votação iniciou com o voto do Ministro Carlos Ayres Britto (relator) que julgou a ação totalmente improcedente. Seu voto sugeriu que, não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. O relator utilizou como fundamentos de sua decisão o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica (BRASIL, 2008).

¹⁴“As células-tronco embrionárias são obtidas a partir de óvulos fertilizados decorrentes de fertilização *in vitro*. Elas são autorrenováveis (podem se autorreplicar), pluripotente (podem formar todos os tipos de células encontradas no corpo) e, em tese, imortais.” (BRASIL, 2008, p.248).

“Na fertilização *in vitro* a mulher é submetida a uma estimulação hormonal dos folículos ovarianos, de modo a produzir uma ovulação múltipla. Depois os óvulos são fertilizados com os espermatozoides. Na sequência, os óvulos fertilizados (embriões) selecionados são implantados no útero da mulher. Após esse processo, os embriões excedentes são congelados.” (BRASIL, 2008, p.240).

Para tanto, o ilustre relator utilizou-se de um olhar pós-positivista sobre o Direito, conforme preceituam suas palavras: “É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos da ética humanista e justiça material que chego a fase definitiva da prolação do meu voto.” (BRASIL, 2008, p.207).

O segundo voto proferido foi o da Ministra Ellen Gracie que acompanhou o voto do relator, Ministro Carlos Ayres Britto, julgando totalmente improcedente a ADI 3.510.

Ressaltou a Ministra que, “não cabe ao Supremo Tribunal decidir a superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre a outra, mas sim, contrastar o artigo 5º da Lei nº 11.105 com os princípios e normas da Constituição.” (BRASIL, 2008, p.212).

Outrossim, registrou que, “a norma brasileira, no que se refere à utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas terapêuticas tomou as precauções necessárias para impedir sua utilização de maneira viciosa. (BRASIL, 2008, p.213).”

Após os votos supradescritos, o Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos para melhor estudar e refletir sobre o tema, considerado por ele, “de grande relevância para a vida nacional”. (BRASIL, 2008, p.221).

Nova sessão para tratar da votação da ADI 3.510 foi realizada. Nesta oportunidade votaram os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso.

O Ministro Menezes Direito votou na procedência, em parte, da ação direta de inconstitucionalidade, propondo assim, alterações no texto de parte dos dispositivos do artigo 5º da Lei nº11.105, principalmente no que concerne à extração das células-tronco sem destruição do embrião (BRASIL, 2008).

Destacou que as pesquisas devem ser devidamente aprovadas e fiscalizadas por órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento. E defendeu também a proibição da seleção genética, a limitação de óvulos fecundados, além de vedar o descarte de embriões (BRASIL, 2008). Seus argumentos vão ao encontro daqueles que posteriormente serão defendidos pelos Ministros Lewandowski e Eros Graus.

O voto da Ministra Cármen Lúcia foi pela improcedência da ADI 3.510, sob o argumento de que “se o Direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor àquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana.” (BRASIL, 2008, p. 367).

Ressaltou também que, todos os princípios devem ser interpretados e aplicados de forma ponderada. E, sendo a dignidade humana um princípio, defende que para a perfeita

sincronia do sistema constitucional, este também há de ser interpretado e aplicado, com a observação de sua ponderação em relação a outros princípios (BRASIL, 2008).

Acompanhando o voto do Ministro Menezes Direito, o ministro Ricardo Lewandowski julgou a ação também procedente, em parte, conferindo interpretação diversa da atual aos dispositivos impugnados, sugerindo também a aprovação das pesquisas por comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde, bem como a fiscalização permanente dos órgãos públicos mencionados no artigo 5º da referida lei (BRASIL, 2008).

Em seu voto, Lewandowski defendeu também a proibição de destruição do embrião quando da extração das células-tronco embrionárias (BRASIL, 2008).

O Ministro Eros Grau votou pela improcedência com ressalvas, estabelecendo termos aditivos ao artigo impugnado. Sugeriu que, no que se refere às pesquisas e terapias mencionadas no artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), estas devem ser empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde (BRASIL, 2008).

Defendeu que fosse limitado o número de óvulos fertilizados, que a técnica não fosse utilizada para seleção genética e proibiu o descarte de óvulos fecundados. E, seguindo a mesma linha do voto do Ministro Lewandowski, Eros Grau defendeu a obtenção de células-tronco somente quando delas não decorrer a sua destruição (BRASIL, 2008).

Joaquim Barbosa votou pela total improcedência da ADI 3.510 enfatizando que:

a evolução da humanidade, em seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos de outrora construídos sobre teorias filosóficas, teológicas e científicas fundamentadas numa visão de mundo (e não de ser humano) agora aparentemente ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento. (BRASIL, 2008, p. 473).

Reforçou também o papel do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais e, como tal, por consequência, de defensor da democracia, da liberdade de crença religiosa e da liberdade de investigação científica. E ressaltou ainda que, o dispositivo de lei ora atacado concretiza o princípio da liberdade de expressão da atividade científica (BRASIL, 2008).

O Ministro Cezar Peluso julgou improcedente, com ressalvas, o pedido de inconstitucionalidade da ADI 3.510, ressaltando, porém, que dava interpretação conforme¹⁵ à Constituição, aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins que declarou. E também, reputou indispensável submeter as atividades de pesquisas ao controle e fiscalização de órgão estatal (BRASIL, 2008).

Os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Gilmar Mendes proferiram seus votos em sessão realizada no dia 29/05/2008.

Marco Aurélio, julgou improcedente o pedido de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança defendendo a harmonia do referido artigo com a Constituição Federal, mais especificamente com os artigos 1º e 5º da Carta e com o princípio da razoabilidade. E finalizou dizendo que, “a improcedência do pleito formulado na ADI 3.510 mantém a esperança, sem a qual a vida do homem se torna inócua.” (BRASIL, 2008, p. 552).

O Ministro Celso de Mello, com 40 anos de atuação na área jurídica iniciou seu voto com o seguinte discurso:

Como juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento. Este julgamento, que é efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso país, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes do progresso da ciência e do desenvolvimento da biotecnologia, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos. (BRASIL, 2008, p. 554).

Celso Mello votou pela improcedência, sem qualquer restrição, da validade constitucional do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005. E, ao final, ressaltou que a improcedência da ADI 3.510 representa a esperança do direito à busca da felicidade e da vida com dignidade para milhões de brasileiros que sofrem de doenças genéticas e que vivem às margens da sociedade (BRASIL, 2008).

O último a proferir seu voto foi o presidente do Supremo Tribunal Federal, à época, Ministro Gilmar Mendes. Vale registrar o seu pronunciamento a propósito:

¹⁵“A interpretação conforme à Constituição é um meio para as Cortes Supremas neutralizarem violações constitucionais. Em vez de declarar a norma inconstitucional, o Tribunal escolhe a alternativa interpretativa que a conduza a um juízo de constitucionalidade.” (BULOS, 2008, p.351, grifo do autor).

O voto que profiro parte de uma constatação básica: temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso. Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular. (BRASIL, 2008, p. 600).

Para Gilmar Mendes, deve-se conferir ao artigo 5º da Lei de Biossegurança uma interpretação em conformidade com o princípio da responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (BRASIL, 2008).

Na sequência, julgou parcialmente improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do referido artigo, objeto de impugnação, defendendo também a autorização e aprovação das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias por comitê central de ética e pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde (BRASIL, 2008).

Por fim, a posição do relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgando a ação totalmente improcedente, prevaleceu por seis votos a cinco. Dos cinco votos vencidos, três deles tinham, como traço central, a proibição de destruição do embrião (Ministros Menezes Direito, Eros Grau e Ricardo Lewandowski).

Os outros três Ministros, Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes, sem se oporem à pesquisa que comprometesse o embrião, entendiam dever ficar explicitada na decisão a existência obrigatória de um órgão central de controle dessas pesquisas (BRASIL, 2008).

Em suma, os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Ellen Gracie e Marco Aurélio votaram pela improcedência da ADI.

Já os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, votaram pela constitucionalidade parcial do artigo 5º da Lei de Biossegurança, mas sugeriram que, ao referido artigo, fosse atribuída a interpretação conforme à Constituição.

Por fim, o Ministro Eros Grau votou pela constitucionalidade, no entanto, colocou três condições que denominou de “termos aditivos”, que tiveram natureza de interpretação conforme (CORRÊA, 2011).

Por outro lado, o Ministro Menezes Direito declarou partes do artigo impugnado inconstitucionais e outras parcialmente inconstitucionais sem redução de texto, impondo seis condições para a interpretação do texto. Assim como o fez o Ministro Ricardo Lewandowski,

que impôs cinco restrições ao texto considerado parcialmente inconstitucional (CORRÊA, 2011).

A decisão colegiada, foi precedida de explicações de correntes consistentes de opinião de renomados especialistas no tema e culminou com a improcedência da ação por 6 (seis) votos a 5 (cinco), o que reforça a oportunidade de progresso científico e a esperança pela diminuição do acometimento de muitas doenças que atingem a humanidade.

Em uma análise mais aprimorada da referida decisão identifica-se a utilização dos recursos da moderna hermenêutica jurídica para buscar uma solução para o conflito entre princípios constitucionais. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no processo de construção de suas decisões, utilizaram a técnica de ponderação de interesses balizada pelo princípio da razoabilidade para buscar a solução para o *hard case*. Ademais, valeram-se também, em grande parte, na justificação de seus votos, dos argumentos técnicos trazidos pelos especialistas no assunto que participaram das audiências.

E, em que pese todos os argumentos contrários à liberação das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias colacionados à petição inicial e/ou defendidos em audiência pública, uma vez declarada a constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação. E, embora a decisão prolatada não tenha sido unânime, é válida e deve ter sua aplicabilidade respeitada.

5 CONCLUSÃO

A realização da presente monografia visou demonstrar a mudança no processo de interpretação jurídica, no que tange à construção das decisões judiciais. Isso porque, ante à diversidade social e o acelerado desenvolvimento científico, o surgimento de conflitos, cuja solução não está prevista no ordenamento jurídico pátrio, tendem a ser cada vez mais abundantes. Os conflitos principiológicos são um exemplo dessa nova realidade social.

A discussão sobre a evolução da hermenêutica jurídica suscita uma breve revisão histórica pontuando as principais características da hermenêutica clássica, o Positivismo jurídico e da hermenêutica moderna, o Neoconstitucionalismo.

O modelo hermenêutico positivista tem como característica a reprodução literal e estrita da lei, ou seja, do que está positivado. No Positivismo, o processo de interpretação jurídica e, conseqüentemente de construção de decisões baseia-se na reprodução do conteúdo que está codificado.

Os juízes, para o Positivismo, são apenas responsáveis por reproduzir integralmente as palavras codificadas, sem influência valorativa ou especulação filosófica. E a Constituição positivista não passava de uma carta política, fechada e alheia à evolução da sociedade e aos interesses sociais.

A velocidade das transformações pelas quais a sociedade passa e o acelerado progresso da ciência e da tecnologia fizeram com que operadores jurídicos e estudiosos do Direito identificassem que os métodos tradicionais de interpretação jurídica não são integralmente capazes de solucionar um conflito de normas constitucionais.

O modelo hermenêutico neoconstitucionalista surge para atender as novas demandas da sociedade contemporânea e objetiva reintroduzir no ordenamento as ideias de justiça e legitimidade.

O Neoconstitucionalismo tem como base ideológica, o reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, a ascensão dos valores e a importância dos direitos fundamentais na busca da construção de um ideal democrático. A centralidade da Constituição é uma das características mais expressivas do Neoconstitucionalismo, assim como, sua rigidez, seu caráter democrático e seu rol de direitos fundamentais, considerados iminentes ao indivíduo.

O juiz neoconstitucionalista necessita, de certa forma, participar do processo de criação do Direito, uma vez que na construção das decisões acaba por valorar os fatores

explicitados pela realidade da situação, bem como os que estão subentendidos, para, deste modo, poder definir o sentido e o alcance da norma.

Nas constituições contemporâneas os princípios conquistaram o centro do ordenamento. No entanto, por representarem valores plurais da sociedade, na aplicação em um caso concreto específico pode-se identificar princípios que se contrapõem.

A autorização para pesquisas terapêuticas com células tronco-embrionárias apresenta em seu contexto um conflito de normas e uma colisão de princípios. A complexidade deste *hard case* demonstra que a solução jurídica para o problema nem sempre se encontra no texto normativo. E, que o intérprete necessita, nestes casos, realizar escolhas entre as possíveis soluções, dando sentido e alcance às normas.

Nesse sentido, o intérprete, balizado pelos princípios da interpretação jurídica, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade ou proporcionalidade e a ponderação de valores e/ou interesses acaba por participar do processo de criação do Direito.

A dignidade da pessoa humana é o princípio supremo que traz embutido em seu conteúdo o conceito de justiça social. Mas, é por meio do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade e da técnica de ponderação de valores e/ou interesses que a norma mais adequada é aplicada ao caso concreto.

Impende ressaltar que, o Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir da promulgação da CRFB de 88, vem utilizando cada vez mais o princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses em seus julgados.

Em que pese a utilização da nova hermenêutica constitucional na construção das decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos casos difíceis, e, mais especificamente na ADI 3.510, ante a relevância social da matéria objeto desta ação direta e dos impactos que a mesma teria sobre toda a humanidade, tornou-se necessária também, a realização de audiência pública com o fito de ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no assunto.

A presença dos *amicus curiae* na primeira audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal, possibilitou que a Corte tivesse acesso a elementos, informações e experiências específicas relacionadas ao tema em análise. Participação esta, considerada de extrema importância para a legitimidade da construção da decisão que foi proferida.

Por fim, a ação direta de inconstitucionalidade 3.510, ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), objeto de estudo desse trabalho foi julgada improcedente por maioria.

O referido artigo que autoriza e regula as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos resultantes dos procedimentos de *fertilização in vitro*, desde que, inviáveis ou congelados há mais de três anos teve sua constitucionalidade ratificada.

Nesse liame, diante de uma colisão de princípios, no processo de construção da decisão da ADI 3.510 se estabeleceu uma leitura neoconstitucionalista do caso concreto.

Isso porque, a nova hermenêutica jurídica (o Neoconstitucionalismo), sugere que a solução ideal para o caso em análise não se dê apenas pelo critério formal de aplicação das normas. À luz do modelo de interpretação neoconstitucionalista, as decisões necessitam ser justificadas racionalmente.

O Neoconstitucionalismo trabalha com a técnica de ponderação de valores e/ou interesses e, utiliza-se de visão principiológica em seus julgados. O juiz neoconstitucionalista participa do processo de criação do direito, não ficando apenas preso à letra da lei.

O processo de votação iniciou com o voto do Ministro Carlos Ayres Britto (relator) que julgou a ação totalmente improcedente. Seu voto sugeriu que, não havia, na hipótese, violação ao direito à vida, nem tampouco ao princípio da dignidade da pessoa humana. O relator utilizou como fundamentos de sua decisão o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. Na sequência os demais Ministros proferiram seus votos, bem como a justificação de seus motivos.

Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, no processo de construção da decisão judicial da ADI 3.510, que ratifica a constitucionalidade das pesquisas terapêuticas com células-tronco embrionárias, utilizaram a técnica de ponderação de interesses, onde todas as argumentações válidas foram consideradas, balizada pelo princípio da razoabilidade e com a participação plural da sociedade, representada pelos *amicus curiae*.

Sendo assim, é injustificável, portanto, a impugnação do bloco 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) sob o argumento de violação ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Descabida, dessa forma, a procedência da referida ADI.

Portanto, diante da ADI 3.510, este *hard case* por excelência, e da respeitável decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu sua improcedência, conclui-se que, à luz do Neoconstitucionalismo, a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisa terapêutica é possível.

E, uma vez declarada a constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal, ficam os órgãos do Poder Judiciário obrigados a seguir essa orientação. E, embora a decisão prolatada não tenha sido unânime, é válida e deve ter sua aplicabilidade respeitada.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum**: acadêmico de direito Rideel. 15. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

ARIEDE, Elouise Bueno. **Audiências públicas no supremo tribunal federal**: um estudo comparativo de sua prática, antes e após o advento da emenda regimental nº 29 de 2009. Monografia. Escola de Formação de Direito Público. Sociedade Brasileira de Direito Publico, São Paulo, 2011.

Disponível em:

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/188_Elouise%20Bueno%20Ariede.pdf>
Acesso em 10 out., 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional** : ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: Direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf> Acesso em 02 ago., 2011a.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Dez, 2008. Disponível em: <www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_legitimidade_democratica?pagina=3>. Acesso em 12 set., 2012.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. Salvador, n.9, Mar./Maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C70-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 23 ago., 2011b.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

_____, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5 DA LEI N. 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005. PESQUISAS COM CÉLULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS. Ação direta de inconstitucionalidade 3.510. Procurador geral da República Cláudio Lemos Fonteles e Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva e Congresso Nacional. Relator Min. Carlos Britto. Acórdão 29 maio 2008. Coordenadoria de análise de jurisprudência. DJe n.96. Divulgação 27 maio 2010. Votos vencedores: ministros Celso de Mello, Carlos Britto, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. Votos

vencidos: ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluzo e Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>>.

Acesso em 26 maio, 2011.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus curiae: a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, n.14, jun./ago., 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 16 ago., 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**. Brasília, ano 35, n.137, jan./mar., 1998. Disponível em:

<<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewArticle/464>>.

Acesso em 15 ago., 2011.

CORRÊA, Letícia França. **A audiência pública jurisdicional no Supremo Tribunal Federal**. Monografia. Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro, 2011.

Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf

Acesso em: 10 out., 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. São Paulo: Saraiva, 1987.

FARIAS, Edilsom Pereira de Farias. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

FERRAZ, JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen, 2001.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. **A audiência pública realizada na ADI 3510-0: a organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal.** Monografia. Escola de Formação de Direito Público. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2008.

Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/125_rafael.pdf>. Acesso em 12 set., 2012.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Amicus Curiae: Um Instituto Democrático. **Revista Emarf.** Rio de Janeiro, v.5, n.1, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo: A invasão da Constituição.** São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SUPTITZ, Carolina. E. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea.** Dissertação Mestrado – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008.

Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS/DIR/DIR_Let%C3%ADcia%20Fran%C3%A7a%20Corr%C3%AAa.pdf>

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências públicas e ativismo: diálogo social no STF.** Belo Horizonte: Fórum: 2012.

ANEXO A - Ementa - Processo: ADI 3.510 DF

Relator (a): Min. AYRES BRITTO

Julgamento: 29/05/2008

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134

Parte(s):

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

CONGRESSO NACIONAL

CONECTAS DIREITOS HUMANOS

CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH

ELOISA MACHADO DE ALMEIDA E OUTROS

MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE

LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO

ANIS - INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO

DONNE PISCO E OUTROS

JOELSON DIAS

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB

IVES GRANDRA DA SILVA MARTINS E OUTROS

Ementa

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.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.

As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que,

longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO.

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. 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 (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.

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". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com

planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CRFB). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CRFB), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. 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.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA.

O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CRFB) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE.

O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CRFB). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada.

Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.

A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. 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, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme à Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatividade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.