



TEORIAS DA JUSTIÇA NO ÂMBITO DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THEORIES OF JUSTICE UNDER THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Narciso Leandro Xavier Baez

Coordenador acadêmico-científico do programa de mestrado em direito e do centro de excelência em direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). pós doutor em mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais (UFSC); doutor em direitos fundamentais e novos direitos (UNESA). estágio com bolsa PDEE CAPES, no Center for Civil and Human Rights da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos (fevereiro-julho/2011). mestre em direito público, especialista em processo civil, juiz federal da justiça federal de santa catarina desde 1996.

Vinícius Almada Mozetic

Professor e pesquisador do programa de pós graduação em direito da universidade do oeste de santa catarina (UNOESC). doutorando em direito (UNISINOS). mestre em direito - direitos sociais e políticas públicas (UNISC). especialista em direito constitucional (FIE). especialista em direito ambiental (PUCRS). especialista em gestão ambiental (UNIJUÍ). especialista pela escola superior da magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). graduação em ciências jurídicas e sociais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Coordenador do curso de direito (UNOESC). Advogado.

Resumo

O presente estudo busca analisar a forma como a jurisdição constitucional tem se concretizado no Brasil, na tomada de decisões políticas e sociais complexas, e as suas consequências, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito. Para tanto, discutem-se as Teorias de Jürgen Habermas e de Lenio Streck, aplicando-as sobre o caso recentemente julgado pela Suprema Corte Brasileira, da pesquisa científica com o uso de embriões humanos, a fim de compreender, com o estudo desse *leading case*, de que forma se pode alcançar a efetividade dos direitos fundamentais, sem substituir as escolhas democráticas pela discricionariedade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: dignidade humana, direitos fundamentais, direitos humanos, teorias da justiça

Abstract

The present study aims to analyze how the constitutional jurisdiction has been accomplished in Brazil, making complex political and social decisions, and their consequences, from the perspective of the democratic State. For this, it discusses the theories of Jürgen Habermas and Lenio Streck, applying them on the recent judicial decision by the Brazilian Supreme Court, about scientific research using human embryos, in order to understand, with the study of this leading case, that way you can get the effectiveness of fundamental rights, without replacing democratic choices by the discretionary decisions taken by the judiciary.

Parole-chiave: human dignity, fundamental rights, human rights, justice theories

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade e da ciência tem acarretado uma série de mudanças nos paradigmas sociais, nos valores e nas crenças, os quais colocam os seres humanos diante de desafios complexos que não encontram respostas fáceis, gerando pontos de tensões que demandam diferentes tipos de soluções.

Um exemplo disso foi o momento histórico vivido pela sociedade brasileira no ano de 2008, dentro do qual se colocou em pauta a resolução do destino dos embriões humanos criopreservados gerados pelas técnicas de reprodução assistida.

A questão de fundo dessa polêmica acabou sendo levada ao Supremo Tribunal Federal, que foi chamado a se pronunciar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o conteúdo do direito fundamental à vida, previsto no artigo 5º da Constituição Federal, em razão da tramitação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510) que atacava a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, por afronta ao art. 1º, III da Carta Magna.

Milhões de pessoas em todo país assistiram de forma passiva, embora houvesse diferentes e fundadas opiniões por um resultado ou outro, a resolução de uma importante e complexa discussão, capaz de afetar os seus futuros, sem terem sido chamadas para se manifestar e auxiliar nesse importante processo decisório, através dos vários instrumentos disponíveis dentro do Estado Democrático de Direito.

Sem adentrar-se ao mérito da correção ou não da posição adotada pela Suprema Corte brasileira, nesse caso controvertido, pretende-se trazer para a reflexão no presente trabalho a discussão de algumas teorias da justiça, no âmbito da efetividade dos direitos fundamentais. Esse exercício é desenvolvido pela análise da forma como a jurisdição constitucional se concretiza no Brasil na tomada de decisões políticas e sociais complexas e as suas consequências dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, em especial utilizando como parâmetros de debate as Teorias de Jürgen Habermas e de Lênio Streck.

Para tanto, a abordagem é dividida em quatro momentos.

Inicialmente estudam-se as tensões sociais mais significativas, surgidas na modernidade, e o deslocamento para o Poder Legislativo das soluções desses problemas, através da criação de uma ordem jurídica que passou a buscar prever abstratamente as situações futuras, por meio do estabelecimento de normas gerais, sistematizadas formalmente num corpo denominado direito positivo, no qual seriam inseridas todas as regras necessárias para a manutenção e funcionamento da

sociedade. Dentro dessa primeira ótica, estuda-se o regramento da Lei nº 11.105/2005, e buscaram-se os motivos pelos quais ele não se mostrou suficiente para apaziguar a tensão social trazida pelo tema que tentou regular.

Após, analisa-se a crise do sistema positivista do direito e o deslocamento da busca de solução dos pontos de tensões sociais para o Poder Judiciário, como mecanismos de efetividade dos direitos fundamentais, que passou a assumir um papel mais ativista nesses conflitos, fato que fez com que surgissem algumas hipertrofias e distorções. Estuda-se também a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na questão do uso de embriões criopreservados nas pesquisas de células tronco, a fim de verificar se ela foi tomada respeitando-se os princípios regentes do Estado Democrático de Direito.

Analisa-se, ainda, as proposições procedimentalistas de Jürgen Habermas, como forma de afastamento da discricionariedade do Poder Judiciário na solução dos conflitos sociais, através da construção de uma democracia participativa, capaz de proporcionar a legitimação do direito e da efetivação de uma jurisdição constitucional aberta e democrática. Para tanto, confronta-se a teoria Habermas com a solução encontrada pela Corte Constitucional brasileira, na questão da pesquisa científica com o uso de embriões humanos, a fim de verificar se dentro dos parâmetros adotados pelo filósofo alemão, houve de forma legítima a efetivação de uma jurisdição constitucional aberta e democrática.

Por fim, aborda-se a chamada Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, construída por Lênio Streck, cuja base é a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, passando-se ao estudo de suas bases teóricas para confrontá-la com a solução encontrada pela Corte Constitucional brasileira, na questão da pesquisa científica com o uso de embriões humanos criopreservados. Busca-se verificar se dentro da teoria desenvolvida pelo filósofo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal chegou à *resposta correta* para o caso, seguindo a esteira dos princípios estabelecidos pela Constituição brasileira.

1. A MODERNIDADE E O SISTEMA POSITIVISTA DO DIREITO

O pensamento desenvolvido a partir da modernidade, cujo berço remonta ao fim do século XVI¹, representou um processo de ruptura de paradigma, passando-se a acreditar que a razão e a ciência vinham para explicar os fatos da vida, em contraposição à concepção medieval que utilizava como resposta a divindade e o mecanismo natural². Nesse novo contexto, o direito passa a ser uma disciplina científica, rigorosa, que busca se aproximar das ciências da natureza³. Não é mais a igreja e o senhor feudal quem vão disciplinar as relações sociais, pois há a libertação dos dogmas religiosos, transferindo-se ao legislador a missão de prever abstratamente as situações futuras, por meio do estabelecimento de normas gerais, sistematizadas

¹ GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 47/8.

² HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 4. ed. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1994, p. 23.

³ HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 158.

formalmente num corpo denominado direito positivo, no qual seriam inseridas todas as regras necessárias para a manutenção e funcionamento da sociedade⁴. A idéia de completude das leis era tão grande que se acreditava poder disciplinar tudo que fosse necessário para uma vida coletiva.

Esse sistema formalista do direito ingressou na época contemporânea e teve seu apogeu com a contribuição doutrinária do jurista Hans Kelsen, em sua obra, *Teoria Pura do Direito*, na qual buscou demonstrar a necessidade de purificação do método jurídico, argumentando que as normas positivadas eram obrigatórias, não porque tinham fundamento na religião ou na moral, mas porque eram legitimadas por uma norma jurídica superior (fundamental) que tinha um fim em si mesma, ou seja, legitimava-se a si própria e a todas as outras.⁵ Essa sistemática norteou os ordenamentos jurídicos contemporâneos, na maioria dos países ocidentais, criando a figura do *sujeito de direitos*, ou seja, aquele *ser* reconhecido por certo sistema jurídico como portador de direitos e deveres e que, por isso mesmo, está desobrigado do cumprimento de mandamentos morais ou de prescrições de qualquer outro tipo que não seja o legal.⁶

Assim, passou a ser permitido ao indivíduo fazer tudo o que a lei não proibisse, ao mesmo tempo em que o Estado desonerou-se da obrigação de proteger valores não disciplinados pelo ordenamento jurídico.⁷ Isso acarretou sérios problemas sociais, pois a perda do sentido ético do direito⁸ culminou por deixar a dignidade humana em segundo plano no processo de legalização em prol de uma nova figura: o sujeito de direitos.

Como resultado dessa nova forma de pensar o direito, tem-se, no século XX, o período histórico que se notabiliza pela proliferação de legislações nacionais e tratados internacionais nas áreas civis, políticas, econômicas e culturais⁹, que buscaram positivar e ressaltar a necessidade do respeito aos direitos individuais. Contudo, foi também o século em que, paradoxalmente, a humanidade sofreu as mais horrendas violações.¹⁰ Durante as duas grandes guerras mundiais, pessoas foram dizimadas em massa, sendo que em especial, na segunda delas, isso ocorreu de forma tortuosa, nos campos de concentração nazistas, e de forma quase instantânea, por meio da utilização da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki. Ficou evidente que a sustentação da dignidade da pessoa humana em um sistema positivo do direito,

⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo político: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997, p. 41.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976. p. 267.

⁶ HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (orgs). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003, p.68.

⁷ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 413.

⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 48.

⁹ BARRETO, Vicente. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003., p.343.

¹⁰ HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos - O breve século XX*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 56-60.

dissociado de valores morais, que buscava unicamente na *lei* a previsibilidade e a solução para todos os males, não foi suficiente para protegê-los diante das diversas violações cometidas. Isso porque as brutalidades perpetradas durante esse período histórico tinham como base as leis que compunham os ordenamentos jurídicos vigentes. Basta lembrar que os nazistas acusados de crimes contra a humanidade utilizaram como argumento de defesa que os seus atos ocorreram em cumprimento à lei, sendo eles apenas uma peça na engrenagem Estatal¹¹ criada pela ordem positiva do 3º Reich.

O que se observa nessa quadra da história é que, na luta contra o absolutismo, as tensões sociais deslocaram-se da seara do Senhor Feudal e da Igreja Católica para o Poder Legislativo, o qual assumiu a missão de encontrar soluções para os problemas apresentados, através da criação de uma ordem jurídica positivada.

Contudo, as demandas sociais e as complexidades dos problemas aumentaram demasiadamente, alcançando um grau de detalhamento e especialização que o legislador não conseguiu prever e, tampouco, acompanhar e dar uma resposta imediata e adequada. Além disso, a positivação do direito, a qual tem por princípio fundar-se em si mesmo, independentemente de qualquer tipo de valoração ética, afasta-se da discussão sobre as bases racionais que possam dar sustentação as normas positivadas, transformando o direito numa ciência que corre o risco de girar em torno de um vazio, perdendo completamente o sentido de sua ação.¹²

Veja-se como exemplo disso a Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), a qual passou a permitir, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as condições nela previstas. Por que motivo essa lei não se mostrou suficiente para apaziguar a tensão social trazida pelo tema que tentou regular?

Ora, a tensão não foi resolvida por que a criação de um regramento sobre o conflito baseou-se tão somente sobre o conhecimento técnico-científico existente sobre o assunto, sem a preocupação da busca de uma fundamentação ética¹³ que pudesse contemplar, através da razão, as crenças, moralidades e os pluralismos de opiniões existentes sobre a questão.

Essa aparente indiferença axiológica do legislador acabou comprometendo a solução do conflito, pois diante do vazio de um fundamento sólido que pudesse dar sustentação racional à Lei de Biossegurança, a tensão social persistiu e foi deslocada para a esfera judicial, uma vez que restou provocada a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

A dinâmica dessa situação é compreendida pelo fato de o Supremo Tribunal Federal, como outros tribunais constitucionais no mundo, ter a atribuição de verificar se as disposições estabelecidas pelas autoridades infraconstitucionais, em especial com relação às emanadas pelo Legislativo, estão de acordo com a Constituição. Deste modo, para resolver as questões que lhes são trazidas, a Corte pode limitar-se a efetuar uma interpretação restritiva dos direitos constitucionalmente postos em questão, adotando uma postura de cunho eminentemente *jurisdicional*, e, com isso, deixar sem

¹¹ ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 100/101.

¹² ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Torino: Trotta, 2005, p.30.

¹³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

resposta muitos pontos de tensão social, ou, então, optar por uma atitude mais expansiva de sua análise, levando a uma atuação de cunho *político-constitucional*, de forma a dar uma resposta para o problema que os órgãos democraticamente eleitos não conseguiram obter de forma satisfatória.¹⁴

A adoção da segunda postura, embora tenha o mérito de sanar os pontos de tensões sociais, acaba por criar uma hipertrofia do Poder Judiciário, que assume um papel muito mais político do que jurídico na solução dos problemas, podendo acarretar a construção de decisões discricionárias, caso não se utilize de bases teóricas e fundamentais sólidas no encontro da resposta adequadamente correta para cada situação concreta.

Essa crise do legalismo, coloca em destaque a crise do próprio sistema atualmente vigente. Nelson Saldanha¹⁵ adverte que isso ocorreu na crise do Estado liberal na sua transição para o Estado social e que está se materializando atualmente na tendência de incorporação de um Estado judicial.

2. HIPERTROFIA DO PODER JUDICIÁRIO E DISCRICIONARIEDADE DAS DECISÕES

Como foi visto no item anterior, a sociedade moderna está vivendo uma era onde as complexidades dos problemas cotidianos levaram há um enfraquecimento da esfera de atuação do Poder Legislativo, uma vez que ele não tem conseguido encontrar soluções políticas capazes de se sustentarem, ante a ausência de uma fundamentação racional que garanta a sua aceitação. Este fato tem deslocado as tensões sociais para o Poder Judiciário, o qual muitas vezes ultrapassa a atuação meramente jurisdicional, para implementar soluções político-constitucionais sobre os temas que lhes são apresentados.

No Brasil, esta situação tomou corpo a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, pois o legislador constituinte originário, para assegurar a tutela da Constituição e a guarda dos direitos fundamentais, instrumentalizou o Poder Judiciário com uma série de mecanismos de controles sobre as políticas públicas, tais como, ações civis públicas, ações populares, ações diretas para controle de constitucionalidade, mandado de injunção, entre outros.¹⁶

Com isso, o Judiciário foi direcionado para o jogo político sem ter sido previamente preparado para tanto, fato que trouxe a dificuldade de conciliação entre a neutralidade que deve manter para a solução das demandas sociais e o seu novo papel político, tornando suas decisões muitas vezes imprevisíveis.¹⁷ Alia-se a isso a circunstância de que a Constituição brasileira, sendo dirigente, prevê e exige o

¹⁴ QUEIROS, Cristina M. M.. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Porto: Faculdade de Direito da Faculdade de Porto, 2008, p. 174.

¹⁵ SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2000, p. 25.

¹⁶ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do Poder de Legislar: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 61.

¹⁷ BAJER, Paula. *Sobre a Importância do Poder Judiciário na configuração do Sistema de Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 8, nº 30, jan-mar/2000, p. 240-258.

cumprimento de uma série de programas políticos dentro dos quais estão incumbidos os três poderes. Isso faz com que freqüentemente o Judiciário tenha que se confrontar com o Executivo ou com o Legislativo, corrigindo e ajustando suas ações e omissões, para atingir os fins programáticos previstos na Lei Fundamental.

Nesse sentido, Ingo Sarlet¹⁸ salienta que o papel da jurisdição constitucional vai além do controle de proteção das pessoas contra os abusos dos poderes estatais, pois ela inclui também uma atuação positiva no sentido de conferir a maior eficácia possível às normas de direitos fundamentais, utilizando como instrumentos a interpretação e a integração. Assim, considera-se não uma faculdade, mas um dever dos magistrados efetuarem a interpretação e a integração da lei, conforme os preceitos fundamentais previstos na Lei Maior.

Essa postura, contudo, é criticada por muitos doutrinadores¹⁹, quando a questão envolve um assunto polêmico de solução complexa, pois enxergam nessa prática uma ingerência da atuação do judiciário em detrimento da própria democracia. A censura mais comum a despeito dessa prática é formulada pelos procedimentalistas, em especial por Habermas²⁰, os quais sustentam que não é cabível esse tipo de interferência pelo Poder Judiciário, pois as questões polêmicas, pela sua própria complexidade e pelo conteúdo moral e ético que possuem, deveriam ser resolvidas por um debate nacional, onde fosse possível o aferimento da opinião pública sobre o assunto. Isso porque a judicialização da solução desses problemas sociais acaba impossibilitando a participação democrática da população, que não tem a oportunidade de opinar nessas situações.

Em sentido contrário, contudo, Lênio Streck²¹ defende a possibilidade da utilização da jurisdição constitucional para realizar direitos fundamentais sociais, inclusive de políticas públicas, criticando a objeção apresentada pelos procedimentalistas. O autor salienta, entretanto, que não pretende defender a substituição da discricionariedade daqueles que foram legitimamente eleitos para tomarem decisões políticas, pela discricionariedade dos magistrados. Ao contrário, ele afirma que nenhum intérprete está autorizado a realizar interpretações discricionárias, pois se as decisões judiciais que se baseiam na interpretação das leis pudessem ser feitas de forma discricionária, não haveria a necessidade da existência de leis.²²

Como se pode depreender dessa discussão, o fato é que em países como o Brasil, onde existe um baixo índice de atendimento das necessidades básicas da maior parte da população, a atuação interventiva da jurisdição constitucional é imprescindível para a realização dos direitos constitucionais que ficam frequentemente desamparados diante da inércia dos poderes Legislativo e Executivo. Todavia, esse atendimento não autoriza o poder judiciário a conferir sentido arbitrário aos textos legais, de forma

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 351.

¹⁹ GESTA LEAL, Rogério. *As Potencialidades Lesivas à Democracia de uma Jurisdição Constitucional Interventiva*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica - Direito, Estado e Democracia*, nº 04, Porto Alegre, IHJ, 2006.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 233.

²¹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006, p. 128.

²² STRECK, op. cit., p. 128

decisionista, pois o magistrado deve se ater aos limites que o texto da norma estabelece seguindo a direção ali apontada e não aquela que, subjetivamente, entenda ser a melhor forma de solução²³. Verifica-se, portanto, que a tomada de decisões discricionárias acaba por violar frontalmente os princípios mais basilares do constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito, pois elas se baseiam em valores subjetivos que não se coadunam com a democracia.

Vale lembrar aqui a lição de Luís Roberto Barroso²⁴, segundo o qual a Constituição deve garantir um espaço próprio para o pluralismo político, através da utilização adequada dos mecanismos democráticos, onde seja possível a participação popular representativa que legitime o poder e as decisões dele emanadas.

À luz desses argumentos passa-se agora a análise da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na questão do uso de embriões crio preservados nas pesquisas de células tronco, a fim verificar se ela foi tomada respeitando-se os princípios regentes do Estado Democrático de Direito ou se ficou na esfera da discricionariedade dos julgadores.

Para o início dessa análise deve-se recordar que o problema levado à Suprema Corte mostrou-se tão complexo que foi necessário convocar para uma audiência pública 22 especialistas, os quais manifestaram opiniões técnicas distintas sobre o início da vida humana, com o objetivo de conferir aos magistrados um conjunto de informações que facilitasse o julgamento.²⁵ Contudo, o cerne da questão não restou resolvido pelos critérios técnicos, pois as opiniões dos cientistas dividiram-se, da mesma forma que as manifestações das organizações sociais que se posicionaram durante os meses em que o julgamento se desenvolveu. Assim, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir a utilização de embriões humanos nas pesquisas científicas acabou assumindo muito mais numa opção política, baseada em valores éticos e morais, do que algo técnico-jurídico. E o mais intrigante nessa opção foi o fato de que a própria Corte Julgadora dividiu-se na solução da questão, apresentando posições contraditórias nos votos de seus integrantes, até alcançar, pela diferença de poucos votos, o veredicto final.

Pode-se concluir, portanto, que a atuação do Supremo Tribunal Federal nesse assunto assumiu caráter político-constitucional, pois representou uma escolha ética de seus membros, dentro daquilo que cada um acreditou ser a melhor resposta para a questão a eles submetida, externando, assim, uma das mazelas do sistema positivista, qual seja, a multiplicidade de respostas.²⁶ Ademais, a própria imprevisibilidade da decisão que seria tomada denota o caráter eminentemente político do julgamento, pois se pudéssemos considerar a questão como técnica, a resposta ao problema seria antecipada pela aplicação dos instrumentos hermenêuticos constitucionais.

²³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 203.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: **Nos limites da vida**. Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coord.). Rio de JANEIRO: Lumen Júris, 2007, p. 260.

²⁵ EMERICK, Maria Celeste Emerick. A cobertura midiática sobre a aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: DEGRAVE, Win; MONTENEGRO, Karla Bernardo Matoso; EMERICK, Maria Celeste Emerick (Orgs.). *Novas tecnologias na genética humana : avanços e impactos para a saúde*. Rio de Janeiro: GESTEC-Nit, 2007, p. 211.

²⁶ STRECK, *op. cit.*, p. 194.

Agora se pode questionar quem ou o quê os onze ministros representaram nessa decisão, pois não foram eles eleitos pelo povo para assumirem a responsabilidade por deliberações políticas ou realizarem opções éticas na solução de problemas complexos que afetam toda a sociedade. Sob a ótica do Estado Democrático de Direito tem-se aqui uma ausência de legitimidade da Suprema Corte para tomar essa decisão política, pois acabou substituindo a vontade daqueles que foram legitimamente eleitos para tanto, pela vontade dividida e não unânime dos magistrados que compõem aquele órgão. Deve-se ressaltar que a função constitucional dos tribunais está limitada a solução dos litígios, cabendo-lhes decidir sobre questões jurídicas e não sobre querelas políticas, pois sua função é essencialmente objetiva, no sentido de que respeitam o plano previamente estabelecido pelo legislador político democrático, sendo que sua forma de atuação não irá se limitar à mera aplicação do que se encontra previamente estatuído pelo legislador, mas essencialmente na interpretação.²⁷

Nesse sentido, traz-se à baila a lição de Mauro Cappelletti, segundo o qual os juízes também são criadores do direito e, por isso, são chamados a interpretar, esclarecer e integrar o direito. Mas isso não importa dizer que sejam eles legisladores, pois somente o *“juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz”*.²⁸

Portanto, vê-se que a legitimidade democrática de qualquer decisão a respeito desse assunto, pelo seu conteúdo e complexidade, somente seria garantida, dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, se a questão tivesse sido objeto de um referendo popular sobre a lei questionada, de forma a legitimar democraticamente qualquer um dos possíveis caminhos que poderiam ter sido adotados para a situação.

3. A TEORIA HARBESIANA DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO ATRAVÉS DA TEORIA PROCEDIMENTALISTA DO DIREITO

Habermas²⁹ defende a busca do controle e do condicionamento do poder do Estado, através da construção de sistemas jurídicos moldados por procedimentos democráticos participativos. Para o filósofo alemão isso deslocaria o foco da legitimidade do sistema jurídico não para a decisão inicial que deu origem à norma (que é passível de desvios), mas para o próprio processo que culminou com a sua elaboração, desde a gênese até as decisões finais.

Assim, os procedimentos políticos da sociedade, tais como o procedimento eleitoral, o procedimento parlamentar legislativo e o próprio processo judicial, entre outros, formariam um quadro, uma zona de delimitação onde ocorreriam as discussões que formariam o conjunto de regras que limitariam e controlariam o poder do Estado. Dentro desse espaço procedimental democrático é que ocorreria a incorporação dos direitos humanos ao ordenamento jurídico, sendo que a legitimidade da escolha dos valores que estão relacionados à dignidade da pessoa humana ocorreria, não pelas

²⁷ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 291.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 74.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004. p. 284-292.

regras jurídicas consideradas isoladamente, mas pelo procedimento democrático que as veiculou com o status de valores justos e aceitos por aquele grupo social.

Com isso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que tem como base a existência de procedimentos que permitem o desenvolvimento democrático da opinião e da vontade, os quais exigem para a sua concretização a existência de uma identidade política amparada em uma nação de cidadãos. Nesse modelo de Estado Democrático de Direito os Tribunais constitucionais adotam uma postura de atuação procedimental da Constituição. Isso quer dizer que eles restringem-se a proteger um processo de criação democrática do direito, deixando de ser um guardião de uma ordem supra positiva de valores, para garantir que a cidadania disponha de meios necessários e suficientes para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.³⁰

Dentro dessa linha de raciocínio, a eventual atuação dos Tribunais Constitucionais na tomada de decisões complexas e de cunho eminentemente político-constitucional acarretaria o enfraquecimento da cidadania e da democracia, pois escaparia dos limites que a justiça constitucional deve cuidar para o respeito da cidadania e do pluralismo político.³¹ Por tais motivos, estas decisões seriam desprovidas da indispensável racionalidade argumentativa, razão pela qual não passariam pelo filtro do procedimento habermasiano.

No mesmo sentido, Gesta Leal³², Luhmann³³ e Paulo Bonavides³⁴ defendem que o judiciário não pode interferir politicamente nas questões polêmicas, as quais merecem ser submetidas a um debate nacional, uma vez que, em sua maioria, contém questões morais e éticas que demandam uma escolha política e, além disso, a judicialização de tal enfrentamento afastaria a possibilidade de se buscar a opinião pública no particular.

Rawls³⁵ acrescenta que uma sociedade justa não pode pretender cultivar a virtude nem impor fins particulares aos seus cidadãos. Ao contrário, deve proporcionar um esquema de direitos neutro, dentro do qual os indivíduos tenham a faculdade de, livremente, buscar as suas próprias concepções de bem comum. A Constituição, nesse novo paradigma, apresenta-se como uma ordem parcial.

A função dos tribunais passa a ser, portanto, a de desparadoxizar a ordem jurídica, pois atuam tanto como moderadores, quanto como legitimadores das decisões tomadas pelo Poder Legislativo, sem, contudo, distorcerem a vontade popular ou a democracia, pois atuam dentro de uma limitação “co-natural do constitucionalismo”.³⁶ Eles são, nas palavras de Rawls, “o fórum da razão pública”³⁷, pois os juízes, ao mesmo tempo em que têm a tarefa de fazer funcionar o sistema jurídico para a solução dos conflitos, usando como base a ordem jurídico-constitucional, devem produzir um discurso legitimador que forma os sentimentos que se expressam da legislação.

³⁰ HABERMAS, 2003, p. 297

³¹ SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006, p. 139.

³² GESTALEAL. *op. cit.*, 2006.

³³ LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Brasília: Unb, 1980. p. 51 a 113.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros. 2. ed. 2003. p. 326.

³⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 16.

³⁶ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 290.

³⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 231.

Nessa lógica, a função dos tribunais na solução dos litígios é feita somente sobre questões jurídicas, ficando fora do seu âmbito de atuação as questões de natureza política. A resolução dos litígios é feita por um método que utiliza como base a coerência entre os significados lingüísticos textuais, que estão contidos nos preceitos jurídicos, e a correção da decisão perante o caso concreto, utilizando-se como norte o que foi previamente estabelecido pelo legislador político democrático.³⁸ Veja que a atuação dos Tribunais não ocorre pela mera aplicação ou execução do que está literalmente previsto em lei, mas mais do que isso, consiste em elaborar uma interpretação conforme a ordem jurídica vigente.

É justamente isso que vai ser capaz de distinguir o juiz do legislador, pois enquanto este último é livre para tomar decisões políticas sem se preocupar com o princípio da coerência, ao magistrado incumbe à obrigação de utilizar as premissas jurídicas relevantes na ordem jurídica para embasar sua decisão de forma coerente com o sistema. Dentro desses parâmetros, a utilização de soluções criativas pelos magistrados, para a resolução dos casos concretos, não será considerada arbitrária se observar os limites pré-estabelecidos pelas regras e atitudes interpretativas que contribuem para incorporar elementos valorativos que são capazes de ir para além da letra escrita do texto ou da norma.

Tendo-se visto em linhas gerais os principais argumentos que dão sustentação à teoria procedimentalista de Habermas, passa-se agora para o confronto dessa teoria com a solução encontrada pela Corte Constitucional brasileira, na questão da pesquisa científica com o uso de embriões humanos, a fim de verificar se dentro dos parâmetros adotados pelo filósofo alemão, houve de forma legítima a efetivação de uma jurisdição constitucional aberta e democrática.

Inicialmente tem-se que estabelecer qual é a natureza da polêmica a qual a Suprema Corte brasileira foi instigada a se manifestar. Nesse ponto, verifica-se que a definição sobre a possibilidade de pesquisas científicas com embriões humanos, não é uma questão que pode ser resolvida com base em argumentos estritamente técnico-jurídicos. Ao contrário, ela demanda o posicionamento acerca de argumentos éticos e morais que são típicos das decisões políticas, em razão de seu caráter valorativo.

Desse modo, assumindo a questão o caráter eminentemente político, não cabe ao Tribunal Constitucional, segundo a Teoria de Habermas, pretender adotar uma solução técnica para resolver o assunto. Ao contrário, deve buscar formas de garantir que os cidadãos disponham de meios necessários e suficientes para estabelecer um entendimento sobre a natureza desse problema, apresentado as formas que podem ser adotadas na busca de sua solução.

Como o Supremo Tribunal Federal acabou adotando uma posição para o problema e interferindo politicamente nesse assunto polêmico, sem a precedência de um debate nacional, afastou a possibilidade de busca de uma opinião pública sobre o tema. Com isso, dentro da teoria de Habermas, restou enfraquecida a cidadania e a própria democracia, pois a vontade popular foi distorcida e a vontade do legislador que foi legitimamente eleito para a tomada dessa espécie de decisão, restou substituída pela vontade de alguns ministros da Suprema Corte brasileira, que sequer conseguiram chegar a uma solução unânime sobre o tema.

³⁸ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 295.

4. A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A CONSTRUÇÃO DA RESPOSTA CORRETA

As idéias procedimentalistas de Habermas são severamente contestadas por Lênio Streck³⁹, o qual aponta que elas procuram colocar no procedimento o modo ideal de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa. Acrescenta que elas não respondem às questões relacionadas, por exemplo, à falta de vagas nas escolas, ao fornecimento de remédios para doentes crônicos, à falta de vagas em hospitais, que são enfrentadas em ações civis públicas ou em mandados de segurança pelo judiciário.⁴⁰

Assim, salienta que fica evidente em Habermas que o procedimentalismo, entendido como superação de modelos já realizados, assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos. Sua teoria parte do pressuposto de que a etapa do Welfare State foi realizada e, com isso, pressupõe sociedades com alto grau de emancipação social e autonomia dos indivíduos.⁴¹

Para Streck numa sociedade carente de realização dos direitos como a sociedade brasileira, torna-se importante a discussão acerca da possibilidade de se alcançar condições de interpretação capazes de garantir uma resposta constitucionalmente adequada, a qual o autor denomina de **resposta correta**⁴², diante da indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição.

A posição adotada pelo autor é compreendida quando se verifica que o direito vem assumindo, cada vez mais, o papel de um instrumento de transformação da sociedade. Com o advento do Estado Democrático de Direito, a Constituição assumiu função importantíssima dentro da estrutura político-social, pois passou a condicionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos agentes públicos e as próprias relações sociais.

Diante desse fenômeno, vê-se que o cerne da discussão hermenêutica passa a ser o desenvolvimento de mecanismos que busquem efetivar direitos e, ao mesmo tempo, evitar decisões arbitrárias, alcançando uma resposta correta para cada caso apresentado. Nesse ponto, Lênio Streck defende a aplicação das teorias materiais-substanciais sobre o papel da Constituição, por entender que elas reforçam a Lei Fundamental como norma (força normativa), ao evidenciarem o seu conteúdo compromissório a partir da concepção dos direitos fundamentais como valores a serem concretizados.⁴³

Essa posição também coloca em relevo o problema da legitimidade do Poder Judiciário para, diante da inércia injustificável dos demais poderes, implementar a missão de garantidor da efetivação dos direitos fundamentais. Isso por que não se pode imaginar que num país como o Brasil, onde há uma evidente carência de efetivação dos direitos constitucionalmente previstos, reste ao Judiciário o papel limitado de apenas preocupar-se com a preservação dos procedimentos democráticos formadores da vontade política, como quer Habermas. É que essa postura manteria grande parte da população afastada das proteções constitucionalmente previstas e que se mostram tão

³⁹ STRECK, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁴¹ *Ibidem*, p. 80.

⁴² STRECK, *op. cit.*, p. 9.

⁴³ *Ibidem*, p. 14.

necessárias diante das mazelas sociais trazidas pelas dificuldades econômicas vividas pela sociedade brasileira.

Ingo Sarlet defende também que a proteção positiva dos direitos fundamentais é obrigação da jurisdição constitucional. Assim, juízes e tribunais têm o dever, por meio da aplicação, interpretação e integração, a outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico.⁴⁴

Nesse sentido, lembre-se que a própria Constituição Federal brasileira indica, em diversos pontos de seu texto, a necessidade da posição interventiva da jurisdição constitucional na busca da redução das desigualdades, sem, no entanto, importar no incentivo a ativismos judiciais. Isso pode ser verificado quando ela estabelece como objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais⁴⁵, quando veda que qualquer lesão ou ameaça a direito seja excluída da apreciação do Poder Judiciário⁴⁶ e, ainda, quando oferece instrumentos como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção⁴⁷ e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴⁸, para suprir a ausência de norma regulamentadora que esteja tornando inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais.

Além disso, a Constituição também aponta as linhas de atuação para a política⁴⁹, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito, mostrando que a nossa ordem jurídica fundamental se contrapõe a tese procedimentalista. Daí por que se pode concluir que no caso do Brasil é necessário o desenvolvimento de uma teoria da Constituição adequada às suas especificidades, onde se contemple uma atuação interventiva da jurisdição constitucional.

E para o desenvolvimento dessa nova teoria socorre-se ao pensamento filosófico de Heidegger, em sua obra *Ser e Tempo*⁵⁰, onde introduz conceitos fundamentais e importantes para a discussão acerca da possibilidade de se alcançar

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005, p. 351.

⁴⁵ **Art. 3º, III** - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*; In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3.

⁴⁶ **Art. 5º, XXXV** - *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*; In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 9.

⁴⁷ **Art. 5º, LXXI** – *Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 12.

⁴⁸ **Art. 103, § 2º** – *Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias*. In: BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

⁴⁹ **Veja como exemplos:** 1) o art. 1º da Carta Magna, onde se estabelece como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; 2) o art. 3º, também aponta para os caminhos que devem seguir as direções políticas ao estabelecer que entre os objetivos da República Federativa do Brasil estão a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 304

condições de interpretação capazes de garantir uma resposta constitucionalmente adequada. Para o autor, a hermenêutica deve objetivar descobrir no próprio ser humano a idéia de compreensão. Lênio Streck explica essa assertiva, salientando que não há grau zero na compreensão, pois é impraticável estabelecer condições ideais de fala para alcançar um resultado, a partir de uma imparcialidade proporcionada por um princípio. É que cada interlocutor sempre virá de um lugar de compreensão, ou seja, terá uma pré-compreensão sobre o objeto de estudo. Por isso, na formulação do juízo de validade do caso concreto, já estará presente a dimensão estruturante, pré-concebida ou pré-compreendida, pois diante dos procedimentos sempre chegamos com elementos e valores anteriores a eles e que são, por isso mesmo, inelimináveis.⁵¹

Essa formulação é reforçada quando se analisa o que ocorre com os Tribunais Constitucionais ao realizarem o controle concentrado de constitucionalidade, pois partem de uma pré-compreensão, baseada em situações concretas, que passa a servir de fundamentação para a decisão a ser adotada. Isso ocorre por que não seria plausível pensar-se em realizar um controle concentrado dissociado do mundo prático, visto que não existem casos em abstrato e pelo simples fato de que o confronto entre valores só encontra resolução no caso concreto.

Desses argumentos tira-se a importante lição no sentido de que é inviável a construção de discursos prévios de justificação, como defendem os procedimentalistas, pois somente a situação concreta é que servirá de parâmetro para a *resposta correta*⁵² ou, melhor dizendo, adequada à Constituição.

Dentro dessa linha de raciocínio a norma será sempre o resultado da interpretação do texto, pois este último não é apenas um enunciado lingüístico, mas assume o sentido que será dado ao caso concreto. É a chamada síntese hermenêutica, “*que tem na diferença ontológica a sua condição de possibilidade*”.⁵³ Isso não pode ser entendido, entretanto, como uma forma de ativismo judicial ou jurisprudência dos valores, pois a base da chamada Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, construída por Lênio Streck, é a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica. Nessa mudança de paradigma a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade, uma vez que o processo interpretativo passa a ser produtivo.⁵⁴

Dentro desses parâmetros, observa-se que na hermenêutica filosófica, interpretar o texto passa a ser aplicá-lo, uma vez que ele sempre dirá respeito a algo fático e concreto. E para que isso ocorra deve haver certo grau de dirigismo constitucional e a exigência da intervenção da jurisdição constitucional.⁵⁵ Os princípios, nessa sistemática, terão o objetivo de vedar a proliferação de respostas diferentes, assumindo o importante papel de fecharem a interpretação.

Observe-se que o positivismo, ao colocar o direito como um sistema de regras que buscam prever situações abstratas, acabou excluindo de sua abrangência o mundo fático, deixando sem respostas diversos casos práticos que não possuem previsão na ordem jurídica. É nesse ponto que os princípios acabaram por superar a

⁵¹ STRECK, *op. cit.*, p. 63.

⁵² *Ibidem*, p. 104.

⁵³ STRECK, *op. cit.*, p. 118.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 139.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 141.

abstração da regra, tornando possível a sua utilização para encontrar respostas corretas para a especificidade de cada caso concreto, evitando, com isso, a tão temida discricionariedade judicial.

Se fosse admitido o contrário, que juízes e Tribunais dessem à lei o sentido que entendessem subjetivamente melhores, discricionariamente, aí sim teríamos uma perigosa formação instaurada. Como bem observa Lênio Streck, há um acontecer que aproxima a regra do princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor. Assim, a regra está subsumida no princípio. Nos casos simples a regra apenas encobre o princípio, porque consegue se dar no nível da pura objetivação. Contudo, diante de casos onde a objetivação é insuficiente, causada pela interpretação da regra, surge a necessidade do uso dos princípios. O princípio é o elemento instituidor, o elemento que existencializa a regra que ele instituiu. Só que está encoberto. Assim, é impossível interpretar uma regra sem levar em conta o seu princípio instituidor.⁵⁶

Salienta-se, entretanto, seguindo as lições de Gadamer, que não é a simples aplicação que evitará as arbitrariedades de interpretação, mas a explicitação do compreendido que terá o papel de mostrar o lado epistemológico da hermenêutica.⁵⁷ Assim, interpretar é compreender e compreender é aplicar. Não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar, formando-se um círculo hermenêutico (o todo deve ser entendido pela parte e a parte só adquire sentido pelo todo).⁵⁸

A partir da hermenêutica filosófica torna-se possível chegar à resposta adequada à Constituição, uma vez que ela não permite a cisão entre fundamentação e aplicação, pois a *applicatio* já se encontra presente na fundamentação. Portanto, a multiplicidade de respostas não será característica da hermenêutica, mas, sim, do positivismo, não será preciso distinguir-se, nesse contexto, casos fáceis ou difíceis, em razão do círculo hermenêutico e da diferença ontológica.

Portanto, a *resposta correta* é obtida durante o processo de decisão sobre o caso concreto, o qual será o local desse acontecer do sentido, mais adequado à Constituição. E a objetividade na interpretação será garantida pelos princípios, por que exercem um papel de fechamento da interpretação, servindo como blindagem contra a livre atribuição dos sentidos.

É claro que a resposta obtida por meio desse processo hermenêutico deverá estar justificada, com o desenvolvimento de uma argumentação racional e adequada. Mas deve-se atentar para o fato de que, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A interpretação é, por conseguinte, a explicitação do compreendido de cada caso concreto. Lênio Streck adverte que essa explicitação deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudência, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade

⁵⁶ STRECK, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p. 361.

⁵⁸ STRECK, *op. cit.*, p. 182.

política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito.⁵⁹

A resposta correta será obtida em cada caso concreto através de um profundo exame constitucional, onde os princípios sustentam e completam as insuficiências da regra, pois para cada regra há um princípio constitucional. Com isso, tem-se a coerência e integridade do direito, afastando a subjetividade do juiz.

Observe-se que dentro dessa construção teórica os limites da atividade judicial não dependerão das virtudes pessoais do juiz, mas, sim, na concordância com os princípios e valores materiais previstos na Constituição. Assim, a resposta correta será fruto de uma regra que está de acordo com a Carta Magna, pois a filtragem hermenêutica será realizada a partir do exame de adequação constitucional da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Deste modo, o papel da jurisdição constitucional será o de justamente fazer prevalecer a Constituição, mesmo contra as majorias, buscando efetivar os valores estabelecidos na Lei Fundamental.

Estando de posse agora dos fundamentos que sustentam a chamada Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, construída por Lênio Streck, cuja base é a filosofia hermenêutica e a hermenêutica filosófica, passa-se para a análise da aplicação desses ensinamentos com a solução encontrada pela Corte Constitucional brasileira, na questão da pesquisa científica com o uso de embriões humanos crio preservados.⁶⁰ Busca-se verificar se dentro da teoria desenvolvida pelo filósofo brasileiro, o Supremo Tribunal Federal chegou à *resposta correta* para o caso, dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição brasileira.

A primeira afirmação que se pode fazer, seguindo a doutrina de Lênio Streck, é que a Corte Maior brasileira possuía legitimidade para o enfrentamento da busca de solução para a questão que lhe foi trazida, pois, diante da inércia injustificada dos demais poderes sobre o assunto, coube ao Judiciário intervir para garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Assim sendo, como a questão envolvia a discussão sobre valores substanciais constitucionais, como os limites da proteção do direito à vida e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, assumiu a Corte Constitucional brasileira, por provocação, o dever de estudo do caso concreto para aplicação, interpretação e integração, de forma a outorgar às normas de direitos fundamentais envolvidas a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico pátrio, buscando definir para a situação fática, utilizando argumentos racionais e adequados aos princípios constitucionais, a *resposta correta*.

Dirimida a dúvida sobre a legitimidade para a apreciação da questão, parte-se agora para o mérito da causa. De um lado, tinha-se a tutela do direito à vida e a definição do momento inicial de sua proteção, usando-se como argumento principal o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual estaria sendo violado pela admissão da pesquisa com embriões crio preservados, autorizada pela Lei nº 11.105/2005. De outro lado, a contra-tese, no sentido de que esses embriões, no estágio de congelamento em que se encontram não justificaria a afirmação de que seriam seres humanos, mas tão-só conglomerados de células. Assim, poderiam ser estudados, para servirem de auxílio nas pesquisas que visam resolver problemas de doenças degenerativas.

⁵⁹ STRECK, *op. cit.*, p. 221.

⁶⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510) que atacou a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, por afronta ao art. 1º, III da Carta Magna.

A questão suscitada coloca em evidência a inviabilidade da confrontação de princípios em abstrato, pois as duas teses buscam preservar o direito à vida, de diferentes formas: enquanto a primeira alarga o conceito de vida e estende a proteção constitucional para os embriões; a segunda defende que estes últimos são apenas um conglomerado de células e, como tais, poderiam servir para o estudo das células troncos, com o objetivo de salvaguardar a vida de pessoas portadoras de doenças degenerativas. Essa dualidade reforça a idéia de que o confronto entre esses valores somente pode ser resolvido para o caso concreto, conforme as suas peculiaridades, sem poder-se admitir a possibilidade de criação de uma solução abstrata que deva ser seguida indiscriminadamente em todas as outras situações envolvendo o assunto. Por isso, denomina-se a solução de *a resposta correta*, pois será aquela solução, adequada, segundo os princípios constitucionais, somente para esse caso específico.

A fonte da discussão gira em torno do disposto no artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005, o qual permite a utilização de células-tronco embrionárias originárias de embriões excedentes das técnicas de reprodução assistida, desde que sejam embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos.

Como não existe na Constituição uma definição sobre quando começa a vida, de forma a estabelecer objetivamente sua proteção, o Supremo Tribunal Federal realizou uma audiência pública, prévia ao julgamento, convocando 22 especialistas, com o objetivo de obter dados para subsidiar a decisão a ser tomada.⁶¹

Depois disso, e mediante muita discussão com posições antagônicas, os 11 ministros julgaram, por 6 votos a 5, improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização.⁶²

No voto condutor do julgamento, de lavra do Ministro Carlos Britto, ressaltou-se que a Constituição Federal, quando se refere à “*dignidade da pessoa humana*” (art. 1º, III), aos “*direitos da pessoa humana*” (art. 34, VII, b), ao “*livre exercício dos direitos... individuais*” (art. 85, III) e aos “*direitos e garantias individuais*” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, ou seja, as pessoas físicas ou naturais que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil. Deste modo, concluiu o eminente relator que a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.⁶³

A posição do Ministro merece uma observação inicial sobre o efeito que pretende dar ao direito fundamental à vida (regra) e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁶¹ Mayana Zatz, Pós-Doutora em Biologia Genética pela USP, presidente da Associação Brasileira de Distrofia Muscular e coordenadora do Centro de Estudos do Genoma Humano. apud Montenegro, Karla Bernardo. “**Início da Vida**” no STF. Disponível em :<<http://www.ghente.org>>. Acesso em 20 março de 2011.

⁶² Informativo nº 508, STF.

⁶³ ADI 3510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008. (ADI-3510)

Lembre-se que não se podem usar os princípios, como o da dignidade da pessoa humana, para abrir diferentes possibilidades de interpretação. Ao contrário, os princípios têm o objetivo de vedar a proliferação de respostas diferentes, assumindo o importante papel de fecharem a interpretação.

Contudo, em flagrante contradição argumentativa, o relator, utilizando um princípio constitucional, para abrir a interpretação sobre a aplicação de uma norma constitucional, defendeu que a dignidade da pessoa humana permite “transbordamento”, ou seja, ampliação de significados e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando, que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino.

Como se vê, a posição adotada pelo Relator, condutor do voto vencedor, não se coaduna com a Crítica Hermenêutica do Direito, pois aplica o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana como um elemento de abertura do de interpretação da norma extraída do direito fundamental à vida, quando, a teoria estudada demonstra que os princípios têm papel de fecharem o processo de interpretação das normas, para evitar decisões discricionárias. Ora, ou a dignidade humana (princípio) e o direito à vida (regra) começam com o nascimento, como sustenta firmemente o relator, e, por isso, por coerência com essa interpretação, não se poderia punir situações como o aborto, por exemplo, **ou se admite que a vida** e a dignidade da pessoa humana existem desde a concepção, com estabelece o Código Civil brasileiro, e aí sim temos a justificativa constitucional para a criminalização do aborto e a proteção dos embriões.

Lembra-se que *a resposta correta* é aquela fundamentada racionalmente de acordo com os preceitos constitucionais. Não há lógica em sustentar que a proteção constitucional à vida começa somente com o nascimento e, ao mesmo tempo, defender a criminalização do aborto, sob argumento de que o valor constitucional “transbordaria” na legislação infraconstitucional. Isso é contraditório, pois utiliza um princípio constitucional de forma desvirtuada para abrir a interpretação de uma regra, quando o seu propósito é justamente o contrário, ou seja, fechar a interpretação para chegar à *resposta constitucionalmente adequada*.

Portanto, conclui-se, dentro dos parâmetros teóricos da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito ou Nova Crítica do Direito, construída por Lênio Streck, que a decisão tomada por maioria de 6 a 5 pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, **não resultou na resposta constitucionalmente adequada para o caso concreto**, uma vez que abriu a aplicação de um princípio constitucional, o da dignidade da pessoa humana, para aplicá-lo à norma extraída do direito fundamental à vida, criando a possibilidade de múltiplas respostas ao caso concreto e, por conseguinte, abrindo espaço para a discricionariedade.

Assim, vê-se que o desrespeito aos limites de interpretação dos princípios constitucionais resultou em julgamento que representou muito mais um conjunto de valores individuais adotados e expostos por cada Ministro do STF, em seus votos, do que uma solução de acordo com a Constituição. O resultado foi justamente a tão combatida discricionariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do exposto, pode-se verificar que as tensões sociais mais significativas, surgidas na modernidade, deslocaram inicialmente para o Poder Legislativo as soluções desses problemas, através da criação de uma ordem jurídica que passou a prever abstratamente as situações futuras, por meio do estabelecimento de normas gerais, sistematizadas formalmente num corpo denominado direito positivo, dentro do qual seriam inseridas todas as regras necessárias para a manutenção e funcionamento da sociedade.

Contudo, as demandas sociais e as complexidades dos problemas aumentaram demasiadamente, alcançando um grau de detalhamento e especialização que o legislador não conseguiu prever e, tampouco, acompanhar e dar uma resposta imediata e definitiva, gerando uma crise no sistema positivista do direito. Desse modo, houve um deslocamento da busca de solução dos pontos de tensões sociais para o Poder Judiciário, que passou a assumir um papel mais ativista nesses conflitos, fato que fez com que surgissem algumas hipertrofias e distorções.

Exemplo contemporâneo desse deslocamento pode ser verificado pela Lei nº 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), a qual passou a permitir, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as condições nela previstas. A edição dessa lei, contudo, não se mostrou suficiente para apaziguar a tensão social trazida pelo tema que tentou regular.

A tensão não foi resolvida por que a criação de um regramento sobre o conflito baseou-se tão somente sobre o conhecimento técnico-científico existente sobre o assunto, sem a preocupação da busca de uma fundamentação ética que pudesse contemplar, através da razão, as crenças, as moralidades e os pluralismos de opiniões existentes sobre a questão.

Essa aparente indiferença axiológica do legislador acabou comprometendo a solução do conflito, pois diante do vazio de um fundamento sólido que pudesse dar sustentação racional à Lei de Biossegurança, a tensão social persistiu e foi deslocada para a esfera judicial, uma vez que restou provocada a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal.

Dentro das teses sustentadas por Habermas, o problema desse deslocamento está no fato de que a decisão sobre a possibilidade ou não da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas revela uma escolha de caráter muito mais ético e político, do que uma simples análise técnica-jurídica. Essa peculiaridade trouxe às mãos dos onze ministros que compõem a Corte Constitucional brasileira a responsabilidade de tomarem uma decisão para o qual não foram democraticamente eleitos, evidenciando uma hipertrofia desse órgão e o conseqüente enfraquecimento do poder legislativo.

Por tais motivos, dentro da perspectiva habermasiana, verifica-se que decisão tomada pelo STF fora levada a efeito de forma ilegítima, posto que realizada sem a participação efetiva da população, através dos instrumentos de consulta popular estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito, fato que viola o princípio defendido pelo autor alemão segundo o qual a jurisdição constitucional deva ser realizada de forma aberta e democrática.

Em contraposição, analisando a situação sob a óptica da Teoria Crítica Hermenêutica do Direito, construída por Lênio Streck, vê-se que ao contrário do que argumenta Habermas, a Corte Maior brasileira teve legitimidade para o enfrentamento

da busca de solução para a questão que lhe foi trazida. É que um dos maiores papéis do Judiciário no Estado Democrático de Direito é justamente o de intervir para garantir a efetivação dos direitos fundamentais. Assim sendo, como a questão envolvia a discussão sobre valores substanciais constitucionais, como os limites da proteção do direito à vida e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, assumiu a Corte Constitucional brasileira o dever de estudo do caso concreto para outorgar às normas de direitos fundamentais envolvidas a maior eficácia possível no âmbito do sistema jurídico pátrio, buscando definir para a situação fática, utilizando argumentos racionais e adequados aos princípios constitucionais, *a resposta correta*.

Contudo, a solução encontrada pela Suprema Corte brasileira não respeitou as bases teóricas desenvolvidas pelo jus filósofo brasileiro, pois o voto condutor do julgamento buscou dar à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana uma interpretação aberta, para a concretização da norma fundamental do direito à vida, delegando à legislação infraconstitucional o papel de fazer expandir a abrangência do princípio, chegando a inevitável situação de múltiplas respostas discricionárias.

A falta de compreensão adequada sobre o papel dos princípios constitucionais, no sentido de que eles têm a importante função de fechar a interpretação das regras contidas na constituição, como fez o Supremo Tribunal Federal neste julgamento, é que tem acarretado as mais acirradas críticas ante a instabilidade e contrariedade de decisões judiciais, que se formam diante de múltiplos entendimentos, os quais se afastam cada vez mais do conteúdo constitucional o qual visam proteger.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Tradução Rosaura Einchenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

BAJER, Paula. *Sobre a Importância do Poder Judiciário na configuração do Sistema de Separação dos Poderes instaurado no Brasil após a Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, ano 8, nº 30, jan.-mar./2000.

BARRETO, Vicente. Direitos humanos e sociedades multiculturais. In: ROCHA, Leonel Severo e STRECK, Lênio. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado e Doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Em defesa da vida digna: constitucionalidade e legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: *Nos limites da vida*. Daniel Sarmento e Flávia Piovesan (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros. 2. ed. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EMERICK, Maria Celeste Emerick. A cobertura midiática sobre a aprovação das pesquisas com células-tronco embrionárias. In: DEGRAVE, Win; MONTENEGRO, Karla Bernardo Matoso; EMERICK, Maria Celeste Emerick (Orgs.). *Novas tecnologias na genética humana : avanços e impactos para a saúde*. Rio de Janeiro: GESTEC-Nit, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

- GESTA LEAL, Rogério. *As Potencialidades Lesivas à Democracia de uma Jurisdição Constitucional Interventiva*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – Direito, Estado e Democracia*, nº 04, Porto Alegre, IHJ, 2006.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. v. 1. Tradução Flávio Beno Siebeneichler, 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (orgs). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.
- _____. Três modelos normativos de democracia. In: _____. *A inclusão do outro*. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 4. ed. Tradução Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2006.
- HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos – O breve século XX*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Brasília: Unb, 1980.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do Poder de Legislar: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2004.
- QUEIROS, Cristina M. M.. *Direitos Fundamentais (Teoria Geral)*. Porto: Faculdade de Direito da Faculdade de Porto, 2008.
- RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.
- _____. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SOUZA CRUZ, Álvaro. *Habermas e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- STRECK, Lênio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. Rio de Janeiro: *Lumen Iuris*, 2006.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo político: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 2.

ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Torino: Trotta, 2005.

Recebido em 15/04/2013
Aprovado em 09/06/2013