

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXVII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**JOSÉ PAULO DE FIGUEIREDO CARSTEN**

**LINGUAGEM, ARGUMENTAÇÃO E A EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

**CURITIBA  
2009**

**JOSÉ PAULO DE FIGUEIREDO CARSTEN**

**LINGUAGEM, ARGUMENTAÇÃO E A EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Dr. Luiz Osório Moraes Panza

**CURITIBA  
2009**

## TERMO DE APROVAÇÃO

JOSÉ PAULO DE FIGUEIREDO CARSTEN

LINGUAGEM, ARGUMENTAÇÃO E A EFICÁCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2009.

*“O esforço dos filósofos tende a compreender o que os contemporâneos se contentam em viver”.*

**Friedrich Nietzsche**

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2</b>	<b>LINGUAGEM</b> .....	16
2.1	O TEXTO DECISÓRIO.....	22
<b>3</b>	<b>INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO</b> .....	25
3.1	INTERPRETAÇÃO.....	25
3.2	ARGUMENTAÇÃO.....	27
3.3	ANÁLISE DO TEXTO DECISÓRIO.....	30
<b>4</b>	<b>ESTUDO DE CASO: ADIN 3.510-0</b> .....	32
4.1	O VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO.....	34
4.2	OS VOTOS DAS MINISTRAS ELLEN GRACIE E CARMEM LÚCIA.....	44
4.3	O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO.....	46
4.4	O VOTO DO MINISTRO JAQUIM BARBOSA.....	48
4.5	O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO.....	49
4.6	OS VOTOS PELA PROCEDÊNCIA DA ADIN.....	50
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	54
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	57

## RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de demonstrar, através dos métodos de pesquisa bibliográfica e de estudo de caso, a importância da linguagem e da argumentação para a eficácia das decisões judiciais. Trata da questão da interpretação, da argumentação e da construção do discurso decisório a partir das técnicas de hermenêutica colocadas em prática pelo operador jurídico. O estudo de caso refere-se à análise dos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em face da Lei 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, ação esta proposta pelo então Procurador Geral da República, que discutiu sobre a constitucionalidade em se realizar estudos com células-tronco obtidas de embriões humanos formados pelo método de fertilização *in vitro*, atendidos os requisitos estabelecidos naquela lei.

Palavras-chave: hermenêutica; linguagem; argumentação; interpretação; efetividade; sentença; células-tronco; Lei de Biossegurança.

## 1. INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional consiste em uma atividade que visa promover a justa composição de uma lide que, no sentido notoriamente estabelecido por Carnelutti, é “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”<sup>1</sup>. Compor a lide de forma justa, ou seja, dentro do que está preconizado como genericamente permitido e não especificamente proibido pela lei, através de um ato jurisdicional denominado de sentença.

Como assevera Chaïm Perelman: “Como toda lide implica um desacordo, uma controvérsia, o papel do juiz é encontrar uma solução que seja razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária”<sup>2</sup>.

Para Humberto Theodoro Júnior<sup>3</sup>, citando Pontes de Miranda, a sentença “é emitida como uma prestação do Estado, em virtude da obrigação assumida na relação jurídica processual (processo), quando a parte ou as partes vierem a juízo, isto é, exercerem a pretensão à tutela jurídica”.

No caso desta monografia, cumpre ressaltar que não pretendemos adentrar no estudo específico do ato denominado sentença em suas diversas acepções. Para nós, aqui se faz suficiente que tenhamos o conceito de sentença enquanto

---

<sup>1</sup> MARQUES, Frederico. Instituições de Direito Processual Civil, 1958, v. I, nº 1, p. 10, apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 47ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 39.

<sup>2</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica / Chaïm Perelman**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 222.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 1974, p. 395 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 47ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 561.

classificada como definitiva, ou seja, “que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte”<sup>4</sup>. Sentença enquanto o produto final da atividade jurisdicional.

A função da sentença definitiva de mérito “é declarar o direito”<sup>5</sup> aplicável ao caso concreto, procedendo, conforme o que já mencionamos, com a justa composição da lide. Justa no sentido de que se lhe foi aplicada a lei, não necessariamente no sentido de promover uma justiça eqüitativa, de dar a cada um o que é seu de direito, tanto porque, tendo em consideração o princípio da verdade processual, o que está nos autos nem sempre reflete o que se sucedeu na vida real. Assim entendemos que seria justa no sentido de promover a paz social, resolvendo de forma definitiva a controvérsia.

O julgador, por sua vez, está adstrito aos elementos que lhe foram trazidos no processo, nos autos. Tais elementos deverão levá-lo ao convencimento necessário para a prolação da sentença, onde deverá expor os fundamentos que o levaram à emissão daquela decisão, pois a sentença não pode ser vista como mera conclusão impessoal, mas sim efetivamente como uma decisão da qual se supõe uma intervenção de uma vontade<sup>6</sup>.

O Código de Processo Civil é claro nesse sentido, determinando em seu artigo 131 que:

“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**”<sup>7</sup>.(grifo nosso).

Como assevera Antônio Cavalcanti Maia:

“A lei se apresenta como ponto fulcral da vida jurídica desde a Revolução Francesa, mas não pode prescindir na sua aplicação de um esforço que se

<sup>4</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 47ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 561.

<sup>5</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, obra citada, p. 563.

<sup>6</sup> PERELMAN, Chaïm, obra citada, p. 222.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869compilada.htm>> Acesso em: 07 ago. 2009.

realize a mediação entre o comando universal e a situação específica do mundo fenomênico na qual ela incide, constituindo este um problema perene do afazer do trabalhador no campo do direito. Já a motivação das decisões judiciais, garantia do Estado democrático de direito, exige a atenção às regras norteadoras das práticas argumentativas – presentes nos mais diversos aspectos da vida forense – sobretudo quando da justificação racional das decisões dos magistrados, sem a qual não podem estes funcionários do Estado agir de acordo com os princípios que legitimam a democracia<sup>8</sup>.

Mas a atividade jurisdicional prescinde de um exercício de interpretação, pois a sentença não é apenas a declaração da vontade da lei, é a resolução de uma controvérsia. Portanto, se há controvérsia é necessário que haja interpretação, independentemente da imperfeição ou da adequação do comando legal aplicável ao caso “*sub judice*”.

É o exercício de interpretação da lei, dos elementos, das provas trazidas no processo e das circunstâncias do caso que fornecerão elementos ao magistrado para que construa o fundamento de sua decisão.

Hans Kelsen<sup>9</sup> nos ensina que a interpretação da norma como ato de conhecimento de órgão aplicador do Direito não se tratará unicamente de conhecer o Direito positivo, mas, indo além, para um exercício que poderá envolver outros ramos do conhecimento, outras normas aplicáveis à criação da norma jurídica tais como valores éticos, morais, juízos de valor sociais, a ciência, o progresso, etc.

Eduardo Bittar<sup>10</sup> afirma que a diversidade de abordagens acerca de um tema faz parte da essência das construções jurídicas, e completa: “diz-se, frequentemente, serem múltiplas as interpretações de um mesmo fenômeno (da

---

<sup>8</sup> MAIA, Antônio Cavalcanti. “A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea”. p. 281, apud SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J. **Argumentação e hermenêutica jurídica como efetividade das decisões judiciais**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205506065174218181901.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2009.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 393.

<sup>10</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica / Eduardo C. Bittar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138.

esfera do ser, como um fato jurídico, ou da esfera do dever ser, como uma norma jurídica) <sup>11</sup>”.

O Ministro Eros Grau do Superior Tribunal Federal, em voto proferido no julgamento da ADIN 3.510-0 afirmou:

“Tenho reiteradamente insistido em que o interprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser; há de interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais do poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa”<sup>12</sup>.

Assim, pretendemos demonstrar que a eficácia da decisão judicial está intimamente ligada à fundamentação teórica usada para a construção do dispositivo da sentença, pois, vige entre nós, o princípio da livre convicção motivada. Para Rui Portanova<sup>13</sup>, do princípio da livre convicção motivada extrai-se que “o juiz forma seu convencimento livremente”. “As provas não são escalonadas, não têm valor fixo, nem são estimadas em lei. Contudo, tal princípio anda ao lado de outro tão importante quanto, que é o princípio da motivação, de onde se depreende que “o juiz deve motivar suas decisões”<sup>14</sup>.

Essa obrigatoriedade em motivar ou fundamentar as decisões hoje decorre de, além do princípio acima enunciado, de disposição legal prevista na Constituição Federal:

“Artigo 93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e **fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3510-0**. Ação julgada improcedente. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp>>. Acesso em 02 jul. 2009.

<sup>13</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil / Rui Portanova**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 244.

<sup>14</sup> Ibidem p. 247.

preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”<sup>15</sup>.(grifo nosso).

O Código de Processo Civil brasileiro também determina a obrigatoriedade da indicação dos motivos que formaram o convencimento do juiz, relativamente à sentença, conforme ao seu já referido artigo 131.

O que queremos demonstrar com a argumentação construída até o momento é que a sentença definitiva, constituída por seu relatório, sua fundamentação e pelo dispositivo, é fruto de uma análise prática (relativamente ao conteúdo probatório) e teórica realizada pelo magistrado, pessoa tecnicamente habilitada à operacionalização de conceitos jurídico-científicos, deverá se revelar como um comando hábil à constituição, modificação ou extinção de direitos, deveres, situações jurídicas e etc.

Assim, nosso ponto de partida para este trabalho é que não basta que uma sentença definitiva de mérito seja tecnicamente perfeita, ela deverá ser capaz de produzir os efeitos desejados pelo Juiz-Estado. Ela deverá ser construída de tal forma a possibilitar a efetividade do comando jurisdicional em toda sua extensão.

Para Perelman<sup>16</sup>, se trata de deixar aceitáveis as decisões, assim, “o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável” e completa: “Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares”.

A partir desse pensamento temos que a norma jurídica deve estar precedida dos mesmos predicados, ela deverá ser capaz e estar apta a produzir os efeitos desejados pelo legislador, a fim de possibilitar sua completa efetividade.

---

<sup>15</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em 06 ago. 2009.

<sup>16</sup> PERELMAN, Chaïm, obra citada, p. 185.

Efetividade, segundo o léxico Houaiss<sup>17</sup>, é a palavra atribuída para designar:

“a faculdade de produzir um efeito real, capacidade de produzir o seu efeito habitual, de funcionar normalmente, capacidade de atingir o seu objetivo real; realidade verificável; existência real; incontestabilidade; disponibilidade real; possibilidade de ser utilizado para um fim; qualidade do que atinge os seus objetivos estratégicos, institucionais, de formação de imagem etc.”.

Relativamente ao processo decisório, que envolve a atividade analítica de interpretação e de construção, Carlos Maximiliano<sup>18</sup> nos ensina que a exemplo dos norte-americanos, o processo de “Construção” se dá pela reunião e sistematização do conjunto de normas formando com seu conteúdo um complexo orgânico, procurando compreender a lei na busca do Direito positivo a ser aplicado no caso concreto.

Essa compreensão, para o jurista, se daria preliminarmente através da análise crítica, em seguida a síntese e por fim a construção propriamente dita que se consubstanciaria na “transformação de um texto morto em norma diretora da vida social”<sup>19</sup>.

Nas palavras do jurista o processo de construção “examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência, e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico;”, “conserva como principal objetivo descobrir e revelar o Direito”<sup>20</sup>, “recompõe, compreende e constrói”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa / Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 723.

<sup>18</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33.

<sup>19</sup> SAVIGNY, vol. I, p. 233. apud MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34.

<sup>20</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p. 34.

<sup>21</sup> Idem.

Ainda para o autor, “a base de toda a exegese é um texto que se precisa compreender, e a fixação da existência e da força obrigatória do mesmo chama-se crítica”<sup>22</sup>.

A construção da norma jurídica, a nosso ver e, portanto, abstraindo-se da questão técnica-jurídica especificamente, deverá adotar a utilização de um discurso eficiente, compreensível e convincente aos seus destinatários de tal forma que dali se depreenda que o Estado está realmente a cumprir com seu papel, no sentido de “atingir os seus objetivos estratégicos, institucionais, de formação de imagem”, oferecendo a melhor solução possível à necessidade da qual derivou a edição da norma.

No tocante à interpretação da norma, conforme leciona Margarida Maria Lacombe Camargo<sup>23</sup> o uso exclusivo das técnicas hermenêuticas são insuficientes para suportar a tarefa jurisdicional em toda sua extensão, sendo necessário o uso da interdisciplinariedade para se alcançar a efetividade desejada, vejamos:

“Duas questões se apresentam como molas propulsoras deste estudo e, que, de certa forma, podem constar como premissas. A primeira consiste na insuficiência da hermenêutica tradicional, ainda em voga nos nossos cursos de direito; a outra, a desconfiança que pesa sobre o direito, em geral visto como produto do arbítrio dos juízes. Não se trata de estabelecer um estatuto de cientificidade para o direito, muito porque a discussão não enfrenta diretamente a complexa questão da interdisciplinariedade, mas ao menos trazê-lo para um campo de aceitação, legitimidade e controle”.

A partir desse entendimento abordaremos o uso da linguagem como instrumento construtor do discurso decisório a ser usado a partir da análise hermenêutica ou interpretativa da norma, no caso judicial, para a elaboração da

---

<sup>22</sup> KORKOUNOV, p. 525. *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 34.

<sup>23</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. *apud* SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J. **Argumentação e hermenêutica jurídica como efetividade das decisões judiciais**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205506065174218181901.pdf>>. Acesso em: 07 ago. de 2009.

sentença mais efetiva, considerando que “a interpretatividade é uma qualidade fundamental da juridicidade”<sup>24</sup>.

A preocupação com o estudo da linguagem jurídica (através do texto decisório) “se justifica pelo fato de que as operações jurídicas giram sempre em torno da leitura, compreensão, interpretação e escrita de textos. A juridicidade, como universo de textos jurídicos, torna esse tipo de consciência prática, um mister para todo operador do direito”<sup>25</sup>.

Para Carlos Maximiliano, a parte mais nobre e fecunda da interpretação hermenêutica é:

“a que examina as leis não defeituosas (não obscuras, nem ambíguas), estuda as normas em conjunto, na variedade de suas relações e na riqueza de seus desenvolvimentos. É sobretudo com as regras positivas bem feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais - verdadeiro Sociólogo do Direito”<sup>26</sup>.

Para Eduardo Bittar, “a tradição sobre a linguagem, o discurso, a enunciação e os meandros lógico-proposicionais, a lingüística, a semiologia e suas relações com o Direito não são tão recentes, portanto, e procedem de estudos os mais variados, monográficos ou não”<sup>27</sup>.

Passando para o nível menos amplo das decisões judiciais, pretendemos realizar no decorrer deste trabalho um estudo de caso, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade da lei 11.105 de 24 de março de 2005, a chamada lei de Biossegurança, proposta pelo então Procurador Geral da República, a fim de obtermos elementos concretos dos objetivos que pretendemos atingir, que, em

---

<sup>24</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 89.

<sup>25</sup> Ibidem p. 388.

<sup>26</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Obra citada* p.32.

<sup>27</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 41.

última análise, é a demonstração do uso da linguagem, da argumentação e da hermenêutica como instrumentos para a efetividade das decisões judiciais.

## 2. LINGUAGEM

Uma das definições da palavra linguagem, dentre as diversas acepções<sup>28</sup> que possui é “a maneira de expressar-se própria de um grupo social, profissional ou disciplinar; jargão, língua”<sup>29</sup>.

Para Ludwig Wittgenstein<sup>30</sup> a linguagem se assemelha com uma caixa de ferramentas, sendo que as palavras constituiriam as tais ferramentas cujas diferentes funções, não obstante eventuais semelhanças entre elas, se prestariam a designar objetos e, por conseguinte, a construção de raciocínios. Afirma o autor: “Mas a maneira pela qual reunimos as palavras conforme espécies dependerá da finalidade da repartição, - e da nossa inclinação”<sup>31</sup>. Portanto, de acordo com a filosofia de Wittgenstein, depreende-se que o uso da linguagem, ainda que manipulada para atender uma determinada finalidade, sofrerá a “inclinação” de seu criador e de seus interpretes, pois, usando do exemplo utilizado pelo autor, podemos deduzir que as ferramentas por si só não são capazes de construir nada. É necessário que haja alguém hábil o suficiente em seu manuseio para que possa

---

<sup>28</sup> Os diversos significados do termo linguagem apresentados no dicionário de consulta deste trabalho: Rubrica: lingüística. qualquer meio sistemático de comunicar idéias ou sentimentos através de signos convencionais, sonoros, gráficos, gestuais etc. **2** Derivação: por extensão de sentido. qualquer sistema de símbolos ou sinais ou objetos instituídos como signos; código **3** Derivação: por extensão de sentido. meio de comunicação natural próprio de uma espécie animal **3.1** Derivação: frequentemente. o meio de comunicação por meio de signos orais articulados, próprio da espécie humana **3.2** Derivação: por extensão de sentido. a capacidade inata da espécie humana de aprender e comunicar-se por meio de uma língua ('sistema') **4** maneira de exprimir-se própria de um povo, uma área geográfica, um autor, uma escola etc.; linguajar, falar, fala, dialeto, língua **5** maneira de expressar-se própria de um grupo social, profissional ou disciplinar; jargão, língua **6** Rubrica: informática. conjunto de símbolos, palavras e regras us. na construção de sentenças que expressam e processam instruções para computadores **7** Rubrica: lógica. sistema formal de símbolos estabelecidos em função de axiomas, regras e leis que estruturam um enunciado. HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles, obra citada, p. 723.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999. p. 31.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 32.

atingir a finalidade a que se destina. Ocorre que a forma com que uma pessoa usa e entende a linguagem é diferente da forma com que outra pessoa a usa e a entende.

Nesse sentido podemos exemplificar usando das palavras de Carlos Maximiliano, que afirma peremptoriamente: “a lei não brota do cérebro de seu elaborador, completa, perfeita, como um ato de vontade independente, espontâneo. Em primeiro lugar, a própria vontade humana é condicionada, determinada; livre na aparência apenas. O indivíduo inclina-se, num ou noutro sentido, de acordo com seu temperamento, produto do meio, da hereditariedade e da educação”<sup>32</sup>.

Ainda, como afirma o autor: “os motivos que induziram alguém a propor a lei, podem não ser os mesmo que levaram os outros a aceita-la”<sup>33</sup>.

Portanto, o que queremos dizer é que o uso da linguagem, associado ao caráter instrumental atribuído por Wittgenstein, sofre interferências diversas que tendem à realização de uma determinada finalidade.

Em outra alegoria, Wittgenstein compara a linguagem com uma velha cidade, constituída por uma rede de ruas, praças, avenidas, becos, etc., com casas novas e velhas, com casas construídas em épocas distintas, outras reformadas, outras já demolidas sendo que esta cidade é cercada por novos subúrbios com ruas retas, regulares, onde as casas construídas gozam de certa uniformidade relativamente umas às outras<sup>34</sup>. Os subúrbios a que o autor se refere são os símbolos: matemáticos, químicos, etc.

No exemplo dado pelo filósofo entendemos que naquela cidade o deslocamento para determinado destino nem sempre deverá se dar pelo caminho reto ou pelo caminho mais curto. O “onde chegar” poderá ser determinado pelo “de

---

<sup>32</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p.16.

<sup>33</sup> Idem, p. 19.

<sup>34</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 138.

que forma chegar”, explicamos: Com base nessa alegoria podemos visualizar a explicação de um determinado problema que envolva um jogo de xadrez onde, aquele que se propõe a explicar o problema, elege conceitos matemáticos com os quais se propõe a dar sua explicação. Notemos, então, que a explicação para um determinado problema que adveio de um jogo deverá passar pela ciência matemática para chegar ao destino que seria a solução a ser apresentada que, em tese, não precisaria ser necessariamente matemática. O solucionador do problema eventualmente poderia escolher explicar uma solução obtida por meio da lógica, de uma determinada estratégia militar, enfim, da forma que lhe fosse mais conveniente.

O que consideramos relevante nessa alegoria de Wittgenstein é o fato de que um destino (ou uma conclusão) pode ser atingido por diversos caminhos os quais serão escolhidos pelos “viajantes” de acordo com a sua inclinação (ou justificção).

No âmbito jurídico brasileiro, a linguagem textual é predominante, desde a edição das leis até a emissão das decisões judiciais que, ainda quando proferidas em audiência são levadas a termo para posterior publicação, registro, etc. A linguagem estruturada de forma textual é para o Direito um critério de segurança que reflete seu caráter formal sendo que, tal formalidade é considerada em si como um princípio próprio do sistema jurídico<sup>35</sup>.

Segundo Eduardo Bittar<sup>36</sup>

“A desenvoltura dos textos no universo dos discursos e práticas textuais jurídicas é de muita importância, tendo-se em vista que guardam em seu interior valores peculiares, apreciados pelas necessidades contextuais jurídicas, quais sejam, o valor da autenticidade (incontestabilidade da existência do conteúdo escrito), o da publicidade (acessibilidade coletiva), o da exegese (ponto de partida para a interpretação) e o da permanência”.

---

<sup>35</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 107.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 108.

A norma jurídica, sem adentrar na questão do processo legislativo, ocorre a partir do texto que a consubstancia. Uma vez que a norma tenha sido sancionada e publicada, fará parte de um corpo autônomo integrante do Ordenamento Jurídico e, a partir de então, o discurso que é carregado pela norma passará a oferecer um caráter representativo de sentido de onde se poderá extrair uma diversidade de significações e sentidos em razão da influência temporal e das mudanças axiológicas, principiológicas e sociais que eventualmente deram ensejo à criação daquela norma<sup>37</sup>.

Contudo, vale salientar a crítica de Maximiliano, “A vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto não podem querer o que não conhecem”<sup>38</sup>.

A palavra, considerada de forma isolada ou em um conjunto de significação mais amplo, ostenta, nas palavras de Carlos Maximiliano, “apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação como transcorrer do tempo e a marcha da civilização”<sup>39</sup>. Trata-se, para o autor, de um mau veículo do pensamento legal, pois, não obstante apresente aparência translúcida não é capaz, por si só, de revelar todo o conteúdo da lei, restando sempre “margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto”<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p.126.

<sup>38</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p.19.

<sup>39</sup> Ibidem, p.13.

<sup>40</sup> Ibidem, p.29.

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência, as vezes de forma intencional e outras não, avançam, no sentido de acompanhamento do progresso<sup>41</sup>. Para Maximiliano, por exemplo, é impossível presumir “que o legislador de decênios atrás previsse as grandes transformações até hoje operadas, e deixasse no texto elástico, a possibilidade para abrigar no futuro direitos periclitantes, oriundos de condições novíssimas”<sup>42</sup>.

Para Bittar, “o Direito frequentemente, embate-se não só com sua estrutura mutante, mas também com o fato de que a realidade é por si pluri-discursiva e polissêmica”<sup>43</sup>.

A eficácia da norma, ou seja, a sua capacidade de “produzir determinado e desejado efeito”<sup>44</sup> está intimamente ligada ao produto de sua construção enquanto texto normativo. Daí se verifica a importância da linguagem jurídica para a elaboração da norma.

Por outro lado, a eficácia da decisão judicial estaria ligada, por um lado e considerando a estrutura formal da sentença, ao discurso argumentativo que comporia a fundamentação e que daria sustentação e suporte para o dispositivo no sentido de criar, modificar, extinguir, determinar, etc.

Os textos normativo e decisório devem apresentar, além de suas características naturais, tais como um caráter lógico, objetividade e imperatividade, o substrato do mandamento jurídico a que se destina, traduzindo, nas palavras de Eduardo Bittar, “claramente o grau potestativo que encarna”<sup>45</sup>, pois, um pequeno erro de linguagem (no sentido de texto) poderá ter efeitos indesejados que poderiam

---

<sup>41</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p. 20.

<sup>42</sup> Ibidem, p.21.

<sup>43</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p.44.

<sup>44</sup> HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles, obra citada, p. 723.

<sup>45</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p.373.

interferir, por exemplo, na vigência da norma (num eventual erro gráfico de datas) causando prejuízo ou benefícios para um incontável número de cidadãos<sup>46</sup>.

Para Maximiliano, discorrendo sobre o uso proveitoso da crítica no processo de interpretação e construção hermenêutica: “porquanto uma vírgula de mais ou de menos pode alterar o sentido; qualquer outro erro de cópia, ou de impressão, não raro conduz a alterações importantes na exegese”<sup>47</sup>.

Perelman assevera: “Pois pode haver divergências consideráveis entre a letra dos textos, sua interpretação e sua aplicação: quando falamos da vida do direito, referimo-nos ao modo como um mesmo texto pôde ocasionar interpretações variáveis conforme as épocas”<sup>48</sup>.

#### Segundo Bittar:

“A linguagem normativa deve ser o resultado de um amplo trabalho de diálogo e interação democrática com as comunidades, com os grupos afetados pelas medidas normativas, com os técnicos em linguagem e semiótica, com as instâncias de poder envolvidas e com as comissões de redação e elaboração do relatório de um projeto de lei. Assim, o conteúdo e a forma das leis passam a respeitar as expectativas nelas depositadas”<sup>49</sup>.

Assim, os textos normativo e decisório carregam um profundo conteúdo de significação: a norma, enquanto produto de um diálogo social como visto nas palavras de Bittar e a sentença, como produto do diálogo<sup>50</sup> entre as partes no processo.

Nas palavras de Carlos Maximiliano, incumbe à Hermenêutica “buscar os meios de aplicar à riqueza, à infinita variedade dos casos da vida real à

---

<sup>46</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 374.

<sup>47</sup> DERNBURG, vol. I, p. 86, §35, nota 1. *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.34.

<sup>48</sup> PERELMAN, Chaïm, obra citada, p. 187.

<sup>49</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 374.

<sup>50</sup> Aqui nos referimos a palavra diálogo em analogia ao contraditório estabelecido no relacionamento processual.

multiplicidade das relações humanas, a regra abstrata objetiva e rígida”<sup>51</sup> consubstanciada na norma.

Dessa forma, a concepção oferecida por Wittgenstein sobre linguagem, relativamente ao caráter instrumental, é de extrema importância para o que se propõe neste trabalho. Na concepção da norma o legislador deve estar atento e preparado à utilização dos instrumentos adequados à finalidade pretendida, enquanto que ao operador do Direito caberá, por meio da interpretação, “traçar um rumo nesse mar revolto; numa torrente de vocábulos descobrir um conceito; entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa, determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do interprete”<sup>52</sup>.

## 2.1 O TEXTO DECISÓRIO

Tendo em vista o tema que nos propusemos a abordar com o presente trabalho, cumpre-nos traçar algumas linhas sobre a concepção do texto decisório, nas acepções técnica, jurídica e textual ou de linguagem.

Tendo em perspectiva o grau de complexidade e de cientificidade que o tema exige, além da própria natureza do presente trabalho monográfico, abordaremos as posições adotadas por Eduardo C. B. Bittar em sua obra “Linguagem Jurídica”<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p.21.

<sup>52</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p. 13.

<sup>53</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica / Eduardo C. Bittar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, cap. 2.3, p. 285.

O discurso decisório exerce uma ação jurídica: criando, modificando, extinguindo direitos, situações jurídicas, sendo capaz de criar uma nova realidade de linguagem dentro daquilo que se denomina universo jurídico, eis que:

“Tanto maior será o poder da autoridade quanto maior for a fluidez das expressões e da linguagem normativas, pois se acaba conferindo ao discurso decisório o poder de individualização do sentido abstrato dos textos normativos vazios de sentido”<sup>54</sup>.

Assim, pode-se afirmar que toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, normalmente, escrita.

É certo que o meio para se alcançar a decisão é o procedimento que se consubstancia no processo, contudo, a linguagem a ser utilizada para decidir derivará do discurso normativo.

“O discurso normativo é um discurso estanque. A abstração da lei é simplesmente discurso vinculativo enquanto não aplicada. A transformação do discurso normativo em discurso aplicado requer a interposição da autoridade executora e intérprete de seus mandamentos e comandos. Um texto só entra em movimento na presença de um intérprete, e, no caso do discurso normativo, a autoridade é intérprete-aplicadora. Portanto, reside na interdiscursividade a eficácia dos discursos normativos, pois o que ocorre quando da aplicação é uma re-afirmação do valor da norma aplicada; de uma atitude pragmática, portanto, da autoridade discursiva intérprete, dependem a existência do próprio conteúdo do discurso. Ainda que criativo, o **decisum** é sempre e necessariamente um discurso **secundum legem**, e, ao mesmo tempo, nunca **contra legem**, baseando-se, portanto, seja nas regras expressas na legislação ou em outras regras que são consentidas pela normatividade para a integração do direito”<sup>55</sup>. (grifos nosso).

Nesse entendimento, define-se um texto decisório como sendo de alta complexidade eis que individualiza a norma pela qual se baseia e se constrói por conta do combativo diálogo realizado entre as partes. Ao final, o texto decisório agirá no sentido de combater determinados argumentos, valorizar as provas apresentadas, interpretar normas, convencer e impor-se racionalmente pelos seus fundamentos.

---

<sup>54</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 285.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 287.

Assim, as decisões não conseguiriam se afastar de uma atividade interpretativa e de uma vontade que operaria o sentido normativo. Dá-se por um processo de construção do sentido normativo e de re-adaptação do texto normativo (genericamente) aos fatos ocorridos no caso concreto.

“De fato, há que se dizer que a aplicação (normas/fatos) e interpretação (modo de conferir sentido) se integram para a formação do texto decisório. Nesse mesmo contexto também desempenha papel fundamental a integração (princípios, costumes, analogia, equidade,) em caso de lacuna, de modo que se possa distinguir em meio às fontes (lei, jurisprudência, costume, doutrina) o discurso decisório como formador das bases do próprio sentido jurídico”<sup>56</sup>.

Nesse sentido, o discurso possui um papel de percurso racional e argumentativo, de caráter persuasivo.

“Uma questão é clara quanto ao discurso jurídico, quer se trate de elaboração, de interpretação ou de aplicação do direito: trata-se de um discurso argumentado, organizado, tendo em vista um propósito e negociando este propósito diante de uma audiência particular ou geral, à luz de valores que lhe são pretextos para fundamentar enunciados normativos. É um discurso constituído de estratégias, tomando aparência de lógico, tendo em vista induzir um regular julgamento coletivo sobre uma situação ou um objetivo”<sup>57</sup>.

Portanto, o discurso decisório judicial encontrará elementos a partir “da oposição de dois pólos opostos, de duas posturas contraditórias, e de duas propostas dissemelhantes”<sup>58</sup> sendo que “a simples argumentação não é por si convincente; é potencialmente convincente, dependendo sua eficácia da correta manipulação das estruturas discursivas e do auditório ao qual se destinam os argumentos para a produção de seus resultados”<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 298.

<sup>57</sup> PETRI, Argumentação lingüística e discurso jurídico, 1994, p. 95, apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica / Eduardo C. Bittar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 319.

<sup>58</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p. 323.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 325.

### 3. INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTEÇÃO

#### 3.1 INTERPRETAÇÃO

Tendo por base as considerações anteriormente elaboradas cumpre-nos abordar os temas da argumentação e da interpretação, em vista de que, ainda que uma norma seja clara, objetiva e tecnicamente perfeita, é muito provável que ela venha a dar ensejo à interpretações diversas daquela pretendida pelo legislador.

Para Carlos Maximiliano:

“Interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto, reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado, mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém”<sup>60</sup>.

Nesse momento é que o papel da hermenêutica se faz necessário, oferecendo ao intérprete, que em última instância será o julgador de determinada controvérsia, suporte instrumental necessário à sua argumentação<sup>61</sup>, no que diz respeito à aplicabilidade daquela norma no caso que se discute. Sua fundamentação será o produto da interpretação realizada.

De acordo com Maximiliano:

“O intérprete melhora o texto sem lhe alterar a forma; a fim de adaptar aos fatos a regra antiga, ela a subordina às imprevistas necessidades presentes, embora chegue a postergar o pensamento do elaborador prestigioso; deduz corretamente e aplica inovadores conceitos que o legislador não quis, não poderia ter querido exprimir”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p.7.

<sup>61</sup> No sentido de fundamentação da decisão.

<sup>62</sup> FERRARA, vol. I, p. 210. *apud* MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p.24.

Lúcio Flávio J. Sunakozawa<sup>63</sup> em artigo sobre argumentação e hermenêutica apresenta a idéia de que a interpretação é um processo por onde se compreende fatos. Essa compreensão, segundo o autor, se substancia através da argumentação gerando um significado “que pareça mais adequado às partes discursivas; acordo este, fundamentado em provas concretas e opiniões amplamente aceitas. Com a argumentação temos condições de visualizar” a compreensão, na medida em que esta se traduz em algo de concreto<sup>64</sup>.

A hermenêutica, segundo Carlos Maximiliano,

“Oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o alcance, a extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato”<sup>65</sup>

“Para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adstrito ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira”<sup>66</sup>.

Ainda, para o jurista, “interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”<sup>67</sup>.

Sendo assim, podemos concluir primeiramente que a construção da decisão judicial envolverá duas etapas distintas: uma a interpretação e outra a argumentação, ou, nas palavras de Paul Ricoeur<sup>68</sup>, compreender e explicar.

O processo de interpretação prescinde, em primeiro lugar, de compreensão ou de re-conhecimento, conforme o caso.

---

<sup>63</sup> SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J., obra citada, p. 7.

<sup>64</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. apud SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J., obra citada, p. 7.

<sup>65</sup> MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p. 14.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p.13.

<sup>67</sup> ENNECCERUS, Ludwig – *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* apud MAXIMILIANO, Carlos, obra citada, p.8.

<sup>68</sup> RICOEUR, Paul. **INTERPRETAÇÃO E/OU ARGUMENTAÇÃO**. Texto traduzido por Thamy Pogrebinski, do original francês “Interprétation et/ou argumentation”, in *Le juste*. Paris: Seuil, 1996. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/textos/c2ricoeur.doc](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/c2ricoeur.doc)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

Para Camargo<sup>69</sup>, “o processo de compreensão se concretiza por meio da argumentação, que, tecnicamente viabiliza a interpretação”.

Paul Ricoeur sustenta a tese “segundo a qual uma hermenêutica jurídica centrada sobre a temática do debate requer uma concepção dialética das relações entre interpretação e argumentação”<sup>70</sup>, sendo que, para o autor, a tarefa da argumentação jurídica é a de “completar as regras gerais do discurso normativo em um campo particular, o do direito”<sup>71</sup>.

Assim, para o hermeneuta restarão os elementos fato e norma para a realização da sua análise (interpretação). Entenda-se fato, na acepção de Kelsen, enquanto conduta humana quando determinada como pressuposto ou consequência nas normas jurídicas, “na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas”<sup>72</sup>.

### 3.2 ARGUMENTAÇÃO

Um dos campos de atuação da argumentação jurídica está relacionado com a solução de casos concretos quando submetidos ao judiciário, a respeito da aplicação de normas jurídicas<sup>73</sup>.

No entendimento de Manuel Atienza<sup>74</sup>, uma teoria padrão da argumentação jurídica se situaria numa perspectiva que permitiria realizar uma distinção entre a

---

<sup>69</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. apud SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J., obra citada, p.5.

<sup>70</sup> RICOEUR, Paul, obra citada.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> KELSEN, Hans, obra citada, p. 79.

<sup>73</sup> ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teroias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 18.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 22.

lógica dedutiva ou formal e, de outro lado, de uma lógica informal que abordaria as perspectivas sociológicas e psicológicas (a tópica, a retórica, a dialética, etc.) dentro de um contexto de justificação dos argumentos usados nas decisões jurídicas. Indo, portanto, para além da lógica jurídica. Justificar, nesse sentido, seria a atividade de confrontar os argumentos com os fatos apresentados no processo a fim de evidenciar sua validade<sup>75</sup>.

Perelman considera a argumentação como um processo cujos elementos interagem de maneira constante. Em sua ótica, a estrutura do argumento é semelhante à de um tecido, no sentido de que a solidez do conjunto é superior à cada um dos fios que o constituem<sup>76</sup>. A partir dos conceitos enunciados por Perelman<sup>77</sup>, Atienza conclui que:

“A argumentação é, na realidade, uma ação – ou um processo – com a qual se pretende obter um resultado; conseguir a adesão do auditório, mas só por meio da linguagem, quer dizer, prescindindo do uso da violência física ou psicológica”<sup>78</sup>.

Ainda, de acordo com Chaïm Perelman, sobre a Teoria da Argumentação:

“Se uma ciência do direito pressupõe tomadas de posição, elas não serão consideradas irracionais quando podem ser justificadas de uma forma razoável, graças a uma argumentação de que se reconheça a força e a pertinência. É verdade que as conclusões de tal argumentação não são nunca evidentes, e que elas não podem, como a evidência, constranger a vontade de todo ser racional. Elas só podem incliná-la na direção da decisão melhor justificada, aquela que se apóia na argumentação mais convincente, ainda que não se possa afirmar que ela exclui toda possibilidade de escolha. É por isso que a argumentação apela à liberdade espiritual, embora seu exercício não seja arbitrário. Graças a ela, podemos conceber um uso racional da liberdade, ideal que a razão prática se propõe em moral e em política, mas também em direito”<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup> ATIENZA, Manuel, obra citada, p. 20.

<sup>76</sup> PERELMAN, Chaïm. 1969, apud ATIENZA, Manuel, obra citada, p. 62.

<sup>77</sup> Cumpre ressaltar que o conceito de auditório elaborado por Perelman está relacionado a um dos três elementos que, para o autor, constituem a argumentação, juntamente com o discurso e o orador.

<sup>78</sup> ATIENZA, Manuel, obra citada, p. 63.

<sup>79</sup> PERELMAN, Chaïm. *Droit, morale et philosophie*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, The University of Tennessee Press, Knoxville, 1964. Texto traduzido do original francês por Ricardo R. Almeida. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/textos/c1perelm.doc31/07/09](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/c1perelm.doc31/07/09)>. Acesso em: 01 set. 2009.

Para Toulmin, a argumentação refere-se à “atividade total de propor pretensões, pô-las em questão, respaldá-las, produzindo razões, criticando essas razões, refutando essas críticas, etc.”<sup>80</sup>. O autor considera que o Direito (enquanto sistema jurídico) é o foro que proporciona maior intensidade da prática do raciocínio, possibilitando argumentar sobre diferentes versões de um mesmo fato que implicado num determinado conflito, foi levado até a Justiça em busca de uma solução sendo que nesse ambiente ocorrerão variações das suposições que constituirão as pretensões, as razões, as garantias e os respaldos<sup>81</sup>.

Para o autor qualquer decisão jurídica implicará numa linha complexa de raciocínio sendo que as decisões não poderão ser vistas como um fim último, mas como um passo no processo contínuo desenvolvido pela atividade jurisdicional de decidir disputas sociais. Assim, a questão da argumentação das decisões jurídicas não se prestariam unicamente em resolver ou por termo nos conflitos apresentados pelos casos concretos, mas também, assevera o autor, “em fazer que essas decisões possam servir como orientação para o futuro”<sup>82</sup>.

Assim, entendemos que a construção da argumentação se dará após o processo de interpretação, ou seja, dentro da estrutura decisória, recebem-se os dados, interpretam-nos e justificam-se as decisões que irão ser prolatadas.

Por isso vemos uma estreita ligação entre os temas da interpretação e o da argumentação.

---

<sup>80</sup> Toulmin-Rike-Janik, p. 14, *apud* ATIENZA, Manuel, obra citada, p. 95.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 106 - 108.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 109.

### 3.3 ANÁLISE DO TEXTO DECISÓRIO

A partir dos argumentos que até agora trouxemos, tendo em primeiro plano a linguagem como o instrumento de construção do texto decisório, trazemos, através das conclusões elaboradas por Eduardo Bittar, uma análise do texto decisório:

“Então, a coerência de uma decisão judicial advirá propriamente da conjugação, além dos elementos formais, gramaticais, lingüísticos, argumentativos, dos seguintes elementos seqüenciais com que se estrutura, conforme os próprios mandamentos da lei processual:

- relatório descrevendo as ocorrências processuais, os atos decisórios interlocutórios, as provas produzidas e os argumentos jurídicos e persuasivos produzidos pelas partes contendentes envolvidas no processo, além de eventual intervenção de terceiro;
- fundamentação que justifica o não acolhimento de argumentos das partes, a assunção de uma linha de raciocínio, a demonstração da lógica da decisão e de sua validação nas provas dos autos, na legislação vigente, na jurisprudência...;
- decismum, contendo a suma decisória e o mandamento final da sentença, traduzindo-se em poucas e técnicas palavras a decisão tomada judicialmente e as condições operacionais para sua efetivação”<sup>83</sup>.

Salienta Bittar que:

“O texto é imprescindível como ponto de partida para toda a prática de interpretação que se realiza em meio às atividades jurídicas, sejam normativas, sejam decisórias, sejam burocráticas, sejam epistêmicas, excetuadas as diferenças entre os universos de discurso e as formas práticas de utilização da interpretação discursiva”<sup>84</sup>.

Ainda, segundo o autor, relativamente ao discurso decisório, o texto é figura fundamental para a formação da dialética argumentativa e documental que fundamenta o juízo da autoridade decisória<sup>85</sup>.

Tal fundamentação deverá expressar a convicção alcançada pelo processo interpretativo.

Para Chaïm Perelman:

“É necessário que essa convicção não pareça ser desarrazoada -, a qualificação dos fatos e as conseqüências jurídicas que deles extrai devem

<sup>83</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p.377.

<sup>84</sup> Ibidem, p.387.

<sup>85</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, obra citada, p.387.

corresponder a uma opinião comum, de fato ou de direito. É necessário que a motivação da decisão demonstre suficientemente que esta é conforme ao direito em vigor, tal como é entendido pelas instâncias superiores e pela opinião dos juristas qualificados”<sup>86</sup>.

Nas palavras de T. Sauvel, citado por Perelman, sobre a importância da motivação das decisões judiciais:

“Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É desse modo, obrigar quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de “maldizer os juizes”. Ela é o que ajuda a decidir se deve recorrer, ou, se for o caso, a dirigir-se à Cassação. Ela é que permite não colocar-se novamente em uma situação que faria nascer um segundo processo. Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, de agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. Sem ela não teríamos “emen ários”, e esta publicação não seria o que é. A necessidade de motivação entrou de tal modo em nossos costumes que em geral ultrapassa os limites do domínio jurisdicional e vai-se impondo, pouco a pouco, a decisões simplesmente administrativas, cada vez mais numerosas”. “A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial”.

---

<sup>86</sup> PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica / Chaïm Perelman**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 220.

#### 4. ESTUDO DE CASO: ADIN 3.510-0

Para ilustrar o presente trabalho, faremos uso, como já dito anteriormente, de um estudo de caso, com a intenção de demonstrar a importância da linguagem para a construção da fundamentação do texto decisório.

Trataremos da ADIN 3.510-0 que versou sobre a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei Federal número 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, proposta pelo então Procurador Geral da República.

Nesse escopo, faremos uma análise tanto do ponto de vista hermenêutico relativamente aos processos interpretativos utilizados pelos Ministros, quanto sobre o aspecto linguagem usada na construção dos principais argumentos utilizados, a partir da interpretação individualmente realizada, nos votos proferidos que vieram a formar a decisão final pela constitucionalidade do artigo em questão, ou seja, pela improcedência da ação.

Segue a transcrição do artigo art. 5º da Lei Federal número 11.105/05 em sua literalidade:

“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-troncos 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.”<sup>87</sup>.

Um dos principais argumentos da petição inicial da referida ADIN pautava-se na idéia de que o artigo 5º da aludida Lei contrariava o preceito constitucional da inviolabilidade do direito à vida, baseado na idéia de que o embrião humano é sinônimo de vida humana, constitucionalmente protegida, e, desta forma, permitir a pesquisa com células-tronco obtidas a partir desses embriões seria atingir diretamente um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

O autor também alegou que:

“a) **“a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação”**, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-troncos adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-troncos embrionárias”<sup>88</sup>.(grifo nosso).

Para se dizer que a permissão de pesquisa de células-tronco obtidas de embriões humanos é um ato lesivo à dignidade humana, a petição inicial da ADIN ofereceu argumentos que a ciências médicas e biológicas ainda não ousaram emitir uma opinião definitiva, segura.

Analisando os argumentos colacionados pelo autor da ação, fica evidente que sua tese procurou outorgar a condição de ser humano ao óvulo feminino

---

<sup>87</sup> Brasil. Lei Federal nº 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2009.

<sup>88</sup> BRITTO. Carlos Ayres. Voto proferido no julgamento da ADIN 3510-0 pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://media.folha.uol.com.br/ciencia/2008/05/29/ayres\\_britto.pdf](http://media.folha.uol.com.br/ciencia/2008/05/29/ayres_britto.pdf)>. Acesso em 07 jul. 2009.

fecundado pelo espermatozóide, caracterizando aquela formação celular de “ser humano embrionário”.

Nesse entendimento, Constituição Federal, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, estaria sendo violada pelo fato de se permitir que vidas humanas fossem ceifadas em prol da obtenção da matéria prima para o desenvolvimento de pesquisas científicas, tendo e vista que os referidos embriões, após o fornecimento das células-troncos, seriam desprezados de tal forma que os levariam à destruição.

Assim, coube àquela Corte Suprema tratar, para decidir sobre a eventual inconstitucionalidade de uma lei, de temas inerentes às ciências médicas e biológicas, as quais até os dias de hoje não foram capazes de apresentar qualquer tese definitiva sobre o que se pretendeu discutir, que seria definir com exatidão qual é ou onde se dá o exato início da vida humana.

O primeiro voto a ser analisado será o voto do relator da ação, o Ministro Carlos Ayres Britto:

#### 4.1 O VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

O voto do eminente Ministro Carlos Ayres Britto mostra desde o relatório uma propensão a dois tipos de análise hermenêutica que usa de forma conjunta: a sistemática e a gramatical. Porque no transcorrer da sua fundamentação, o Ministro Ayres Brito construiu argumentos a cerca da amplitude da proteção que o direito oferece ao bem jurídico vida a partir da análise dos elementos gramaticais contidos no Código Civil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Constituição Federal e no Código Penal brasileiro.

Ele conclui, com base nos textos legais acima citados:

“que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida”<sup>89</sup>.

Para facilitar o entendimento deste trabalho, vamos partir do resultado do voto para compreender os argumentos que o fundamentam. No caso do voto do Ministro relator, a ADIN foi considerada totalmente improcedente:

“julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto”<sup>90</sup>.

Inicia os argumentos da sua fundamentação com uma breve explanação, ou dissecação, do artigo atacado, bem como de seus respectivos incisos. Parte de uma análise gramatical a fim de situar o leitor dentro do contexto em que a lide se desenvolvera. Explica a amplitude que as pesquisas com as células-tronco alcançam, destacando assim a sua relevância e determina o alcance que a decisão da lide atingirá.

Partindo de um raciocínio sistêmico acerca da legislação pátria e usando dos elementos colhidos de diversas fontes extra-jurídicas (literatura médica, a consulta pública junto dos *amicus curiae*, etc.) o Ministro relator considerou, com base na causa de pedir da ação, que a constitucionalidade da lei atacada estaria diretamente vinculada à outorga de proteção jurídica constitucional ao óvulo humano fecundado (zigoto). Se a referida célula gozasse da proteção jurídica a que o autor da ação intentava imputar, fatalmente a ação seria julgada procedente. Contudo, com o

---

<sup>89</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 68.

<sup>90</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 72.

objetivo de dar por improcedente a ação, o Ministro construiu, com base na já mencionada interpretação sistêmica do Ordenamento Jurídico, uma fundamentação que foi além da mera justificação de seu voto, ofereceu argumentos sólidos, provenientes de uma sensível interpretação, capazes de por si só justificar e autorizar juridicamente as pesquisas que a Lei de Biossegurança regula.

Nestes termos, inicia explicando sua impressão acerca da ADIN interposta:

“Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes”<sup>91</sup>.

A partir de então, começa a discorrer sobre a abrangência da proteção jurídica à pessoa humana, considerada nestes termos aquela que sobrevive ao fenômeno do parto:

“Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil”, *literis*: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa **numa dimensão biográfica**, mais que simplesmente biológica. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominalizado sujeito perante o Direito. **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica**. Interpretação sistemática, abarcando a gestante em paralelo ao tubo de ensaio, que o nascituro é aquele que está a caminho do nascimento dentro do útero materno.”<sup>92</sup>. (grifos nosso).

<sup>91</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 31.

<sup>92</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 31-32.

Interessante analogia é construída no voto quando da argumentação para fundamentar a posição de que o nascituro, titular da proteção jurídica estabelecida no Código Civil brasileiro, é aquele que está em desenvolvimento no ventre materno e não, de outra forma, em um tubo de ensaio ou Placa de Petri:

“Se se prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, **direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento.** Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (*in* Direito Civil, ano de 2001, p. 36): “Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual “É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea **e o ato não oferecer risco à saúde do feto**” (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal” (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo “gestante” para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, **mas sempre no interior do corpo feminino.** Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir”.

Com o uso da analogia, (a figura de linguagem e não a técnica de integração de norma penal) o Ministro Ayres Britto deixou evidentemente clara sua linha de raciocínio: o aborto é considerado crime na legislação pátria. Nesse tipo, tutela-se o bem jurídico vida humana cujo sujeito passivo é especificamente o feto em desenvolvimento no ventre materno. Nesse diapasão, considerando que as células-tronco serão obtidas a partir de óvulos humanos fecundados fora do corpo humano feminino, não se estaria a praticar qualquer ato lesivo à dignidade humana no descarte do material celular após a obtenção da matéria para as pesquisas.

O Ministro completa seu raciocínio, usando do recurso do silogismo e da comparação para afastar eventual incerteza daquilo que propõe:

“Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger”<sup>93</sup>.

A partir de então, a argumentação se inclina para uma tendência em diferenciar os sujeitos envolvidos no desenvolvimento da vida humana: a gestante, o embrião e o feto: “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. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose**”<sup>94</sup>.

Ao estabelecer essa diferenciação, inicia a discorrer sobre outra vertente de raciocínio que visa corroborar a tese de que o embrião, a pessoa humana e o feto são criaturas distintas, porém, que se estabelecem por um processo de transmutação ou metamorfose, onde novamente o recurso da analogia ilustra de forma bastante clara a posição que deseja expor:

“Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte”<sup>95</sup>.

A conclusão lógica desse raciocínio é atingida quando afirma que “não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da

---

<sup>93</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 32

<sup>94</sup> Ibidem, p. 34

<sup>95</sup> Idem.

fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino”<sup>96</sup>. E completa fazendo uso da metáfora:

“Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positividade de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana *intra-uterina* e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades”<sup>97</sup>.

Atingido o objetivo de deixar clara sua posição de separação entre embrião, feto e ser humano com vida, iniciou uma nova etapa em sua argumentação, da onde desenvolveu um raciocínio no sentido de explicar novamente o artigo atacado pela ADIN, buscando autorizar, com base nas proposições anteriormente construídas, juridicamente a pesquisa das células-tronco obtidas de embriões humanos desenvolvidos *in vitro*:

“Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém **sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual**. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio”<sup>98</sup>.

O argumento central desta nova etapa está em evidenciar o fato de que um embrião humano somente terá condições de se desenvolver, ou seja, de se modificar naquele processo de mutação anteriormente assinalado, se estiver devidamente instalado no útero materno. Lá sim, se reconhece a existência de uma gestação humana com potencialidade ao desenvolvimento de um indivíduo que será juridicamente reconhecido no fenômeno do parto.

---

<sup>96</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 35

<sup>97</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 36.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p.39.

“Fertilização *in vitro*”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, **ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana**. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, **se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana**. Situação em que também **deixam de coincidir concepção e nascituro**, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino”<sup>99</sup>.

Portanto, com base nas proposições lógicas acima aventadas, ficou ratificada a noção de distinção entre o embrião, feto e pessoa humana com vida, indo de certa forma além, afirmando a questão de que toda gestação humana se inicia com um embrião humano, porém, nem todo embrião humano dará início a uma gestação humana. Esse material celular, produto da fecundação do óvulo feminino pelo espermatozóide, que fatalmente não dará início a gestação humana, seja por inviabilidade decorrente do tempo ou dos eventuais efeitos de seu congelamento, é o objeto das pesquisas autorizadas pela Lei de Biossegurança.

“Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. **Não sabe o que é solidão**, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço”<sup>100</sup>.

Desta forma, demonstrando que estaria prejudicada a sua finalidade essencial, a de dar início a uma gestação humana, não lhe restaria outro destino senão a sua destruição, ou pelo fato de seus doadores terem atingido o objetivo da concepção, ou ainda por dela terem desistido, não obstante, de acordo com a lei, nenhuma pesquisa poderá ser realizada sem o expresse consentimento dos doadores.

---

<sup>99</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 39.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 53.

Nesse ponto, os argumentos do Ministro tratam da questão da gravidez e a respectiva vontade/interesse de/em procriar:

“Acontece – insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozóide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial – também já foi ressaltado -, **mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia.** Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana *in vitro*)”<sup>101</sup>.

Assim, conclui em seu raciocínio sobre a impossibilidade de comparar o embrião, produto da fertilização *in vitro*, desprezado por seus doadores (em razão destes terem tido sucesso em seu projeto de procriação ou em face de eventual desistência) com aquele embrião cuja função precípua e maior fora colocada em movimento ante a sua implantação no útero materno ou que ara este fim enha sido expressamente destinado.

“Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um *estar ali do lado*, fisicamente, para se tornar *um estar aqui por dentro*, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão”<sup>102</sup>.

Assim, chegou a conclusão de que decidir pela descendência ou por uma filiação é uma das expressões da autonomia da vontade com, inclusive, previsão Constitucional no que diz respeito ao direito ao planejamento familiar, reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 40.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 58.

Também concluiu que uma vez que um casal exerça a opção por um processo de fecundação extra-uterino, não significa que contraiu a obrigação de aproveitar todos os embriões que lá foram formados, haja vista o direito de planejamento familiar anteriormente citado<sup>104</sup>.

E, como o principal tema da discussão é sobre o início da vida humana, o relator usa da comparação, trazendo ao texto aquilo que a lei determina como sendo o fim da vida humana, para os fins de direito:

“Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, **primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida**. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. **Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras “desta vida de alguém-túmulo”,** como diria o poeta Mario de Andrade”<sup>105</sup>.

Deste raciocínio parte para uma comparação fundamental dentro da estrutura da fundamentação do voto: entre a questão da morte encefálica com o disposto no art. 5º da Lei de Biossegurança. Atribui ao embrião obtido *in vitro* a falta de “todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação”<sup>106</sup>.

**“Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade.** Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado **é algo que jamais será alguém.** Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao *nativo*”<sup>107</sup>. (grifo nosso).

<sup>104</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 58.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>107</sup> Idem.

Desta forma, concluiu que realizar as pesquisas com células-tronco obtidas por meio de embriões provenientes de fecundação *in vitro*, atendidas as condições impostas pela lei e, posteriormente à coleta do material, desprezar aqueles embriões não se trata de desprezo ou, nas palavras do Ministro, “desapreço pelo embrião *in vitro*, menos ainda um frio assassinato”<sup>108</sup>, mas trata-se sim da oportunidade de levar a desejável solução de inúmeros problemas que se consubstanciam no infortúnio alheio. E reforça:

“Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem”<sup>109</sup>. (grifo nosso)

Após a conclusão do raciocínio interpretativo sistemático, o voto parte para a conclusão, a caminho do dispositivo, elencando, antes, um desfecho que seria a resultante de uma análise funcional da norma atacada pela ADIN, invocando, para tanto, princípios constitucionais tais como o do solidarismo, da fraternidade e do direito à saúde:

“Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num 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 nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Donde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - *por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?*”<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> BRITTO, Carlos Ayres, obra citada, p. 63.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 70.

Assim e, ao final, fora julgada totalmente improcedente a referida ação de inconstitucionalidade, segundo o voto do Ministro relator que ora estudamos cujas conclusões discorreremos a seguir no capítulo próprio.

## 4.2 OS VOTOS DAS MINISTRAS ELLEN GRACIE E CARMEM LÚCIA

A construção dos argumentos que fundamentaram o voto da Ministra Ellen Gracie pela improcedência da ADIN podem ser resumidos a um parágrafo, que expressa seu pensamento central, o qual transcreveremos a seguir:

“O aproveitamento dos embriões nas pesquisas científicas com células-tronco é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”<sup>111</sup>.

Podemos verificar que se trata de uma argumentação pautada na questão da utilidade como decorrência lógica de um resultado eventualmente contrário à improcedência do pedido. Ora, se não existisse a possibilidade de realizar os testes com os embriões estes fatalmente seriam descartados de tal forma a se tornarem inúteis para quaisquer fins.

Se uma das questões que a ADIN abordou girava em torno da dignidade da pessoa humana, a Ministra Ellen Gracie, em poucas palavras, expressou um raciocínio lógico interpretativo que feriu profundamente os argumentos que embasaram a ação, pois, permitindo ou não o uso daqueles embriões (nos termos e condições que coloca a lei) para as pesquisas, invariavelmente, eles serão destruídos ou pelo fato de terem se tornado inviáveis à gestação humana ou por terem sido utilizado como fonte de material para pesquisas com as células-tronco.

---

<sup>111</sup> GRAIEB, Carlos. Nem ciência, nem religião. **Revista Veja**. Edição 2063, ano 41, número 22, p. 64, junho, 2008.

Nesta mesma linha de pensamento, a Ministra Carmen Lúcia avaliou a questão sob o ponto de vista prático da utilidade dos embriões que não são escolhidos para um eventual desenvolvimento de uma gestação humana, por serem inviáveis ou inúteis de alguma forma:

“Se os embriões não forem colocados no útero de uma mulher, eles serão descartados. E, ao descartá-los, estaríamos criando lixo humano”<sup>112</sup>. “Lixo humano. Em vez disso, podem ser matéria utilizada em proveito da vida”<sup>113</sup>.

Portanto, o que podemos compreender dos argumentos apresentados pelas duas Ministras é de que o viés relativo à discussão acerca do início da vida humana fora deixado de lado em razão de uma abordagem fundamentada no aspecto lógico das conseqüências entre a não liberação e a liberação das pesquisas com células-tronco obtidas de embriões congelados e/ou destinados ao descarte. Ora, se de um lado a sociedade tolera que se fecundem óvulos humanos para a tentativa da realização de inseminação artificial a fim de se obter uma gestação humana e, que por conseqüência, alguns desses óvulos sejam descartados ao final, qual seria o óbice de, ao invés de destiná-los imediatamente à destruição (após o período que determina a lei), aproveitá-los para uma finalidade nobre e indiscutivelmente útil à dignidade daqueles cuja luz da esperança de uma vida melhor, mais saudável e, de certa forma, mais proveitosa, surge das possibilidades que tais pesquisas aventam?

---

<sup>112</sup> GRAIEB, Carlos. Nem ciência, nem religião. **Revista Veja**. Edição 2063, ano 41, número 22, p. 64, junho, 2008.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 68.

### 4.3 O VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

O voto do Ministro Celso de Mello, também pela da improcedência da ADIN, teve como ponto nevrálgico, segundo destaque do semanário VEJA, o conflito entre ciência e religião:

“Não vamos incidir no mesmo erro que o tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei, que tinha informações cientificamente corretas, mas incompatíveis com a Bíblia”<sup>114</sup>.

Por suas palavras, o eminente Ministro transmite a idéia de que o texto da lei de Biossegurança é incompatível com a Bíblia e remete ao fato histórico de que a Igreja Católica perseguiu de forma injusta geniais cientistas cujas idéias e teorias colocam em questão seus dogmas mais importantes.

Sob o ponto de vista religioso ou criacionista, admitir a pesquisa com as células-tronco obtidas por meio de embriões humanos seria macular a obra Divina, pois, para a Igreja Católica embriões humanos são seres humanos, defendem que a vida humana merece a proteção Estatal desde a sua concepção.

Para ilustrar melhor nosso trabalho, transcrevemos alguns dos principais pontos de uma nota emitida pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, a CNBB, sobre a decisão proferida pelo Supremo, que deixa clara a posição da Igreja Católica sobre o tema:

“Essa decisão demonstrou pelo resultado da mesma a divisão de opiniões dos ministros e nos recorda que a questão não é uma opinião religiosa e sim a “promoção e defesa da vida humana, desde a fecundação, em qualquer circunstância em que esta se encontra”. “Sendo uma vida humana, segundo asseguram a embriologia e a biologia, o embrião tem direito à proteção do Estado. A circunstância de estar “in vitro” ou no útero materno não diminui e nem aumenta esse direito”(CNBB).

---

<sup>114</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 64.

Todos sabemos que a autorização não fica apenas neste primeiro passo – já o STF se prepara, segundo as notícias veiculadas neste final de semana, para outros julgamentos nessa área e que até agora não tinham “amadurecido” para votar. Os passos estarão sendo dados. O que é lamentável, além dessa decisão, são as conseqüências culturais para a sociedade.

A Igreja não é contra as pesquisas, não é contra as ciências, mas hoje chegamos a um ponto em que a pergunta não é mais de podemos ou não, mas sim se devemos ou não. Hoje sofremos com as decisões de ontem, pelas sementes que foram plantadas nos corações das pessoas, imaginemos então as conseqüências no amanhã.

Também iremos aprender a defender a vida num país que optou abrir uma porta “permitindo que vidas humanas em estado embrionário sejam ceifadas” e continuaremos o nosso trabalho “*em favor da via, desde a concepção até o seu declínio natural*” (CNBB)<sup>115</sup>.

O Vaticano explicitamente repele as pesquisas com células-tronco obtidas a partir de embriões humanos alegando que tal prática teria como uma de suas conseqüências a replicação genética ou clonagem:

“Do ponto de vista ético a simples *replicação* de células normais ou de porções de ADN não apresenta problemas éticos particulares. Bem distinto é o juízo do Magistério sobre a clonagem propriamente dita. É contrária à dignidade da procriação humana porque se realiza em ausência total do ato de amor pessoal entre os esposos, sendo uma reprodução agâmica e assexuada. Em segundo lugar este tipo de reprodução representa uma forma de domínio total sobre o indivíduo reproduzido por parte de quem o reproduz. O fato de que seja realizada a clonagem para reproduzir embriões dos quais tirar células que possam ser usadas para a terapia não atenua a gravidade moral, mesmo porque para tirar tais células o embrião deve ser primeiro produzido e depois suprimido.

*Os pais, como ministros da vida, não devem nunca olvidar que a dimensão espiritual da procriação merece uma consideração superior à reservada a qualquer outro aspecto: «A paternidade e a maternidade representam uma tarefa de natureza conjuntamente física e espiritual; através delas, passa realmente a genealogia da pessoa, que tem o seu princípio eterno em Deus e a Ele deve conduzir».* Acolhendo a vida humana na unidade das suas dimensões, físicas e espirituais, as famílias contribuem para a «*comunhão das gerações*» continuidade da espécie e dão, deste modo, um contributo essencial e insubstituível para o progresso da sociedade. Por isto, «a família tem o direito à assistência da sociedade no que se refere aos seus deveres na procriação e educação dos filhos. Os casais casados com família numerosa têm direito a uma ajuda adequada e não devem ser discriminados»<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> TEMPESTA, Dom Orani João. O Círio e a Vida. Disponível em <<http://www.cnbb.org.br/ns/modules/articles/article.php?id=15>>. Acesso em 28 set. 2009.

<sup>116</sup> COMPÊNDIO DA DOUTRINA SOCIAL DA IGREJA <[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_po.html#\\_ftnref536](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#_ftnref536)>. Acesso em 28 set. 2009.

O que queremos demonstrar com as transcrições acima é uma parte da abrangência do conflito de interesses que orbitaram sobre a questão em julgamento. O Ministro Celso de Mello foi enfático ao afirmar que o Estado não pode cometer os erros inescusáveis que outrora foram cometidos pela Igreja Católica e, desta forma, acatando os argumentos científicos favoráveis à produção das pesquisas de que trata a lei, votou pela improcedência da ADIN.

#### 4.4 O VOTO DO MINISTRO JAQUIM BARBOSA

O voto do Ministro Joaquim Barbosa teve seu ponto culminante na análise do texto da lei de Biossegurança em face do texto constitucional sem, contudo, deixar de tocar no ponto relativo à religião, afirmando que a Lei de Biossegurança respeita o fato de o Brasil ser um país laico:

“A lei respeita três primados fundamentais da República: laicidade, respeito à liberdade individual e liberdade de expressão da atividade intelectual e científica”<sup>117</sup>.

Dessa forma o eminente Ministro deixa claro que um Estado laico não pode se submeter a argumentos puramente religiosos para decidir sobre a restrição de liberdades que, no caso em tela, seriam a liberdade individual em submeter-se a um tratamento visando a procriação por meio da inseminação artificial, do qual fatalmente restariam “sobras”; e a liberdade de expressão da atividade intelectual e científica no sentido de dar àquelas “sobras” um destino tão útil quanto nobre. Assim, por exclusão, o Ministro vota pela improcedência da ADIN, atacando os

---

<sup>117</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 64.

argumentos que entendeu serem os únicos possíveis de ensejar uma eventual inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança.

#### 4.5 O VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO

O Ministro Marco Aurélio teve como fundamento uma questão prática que não fora abordada diretamente nos votos dos demais Ministros.

Um dos argumentos trazidos na petição inicial da ADIN e arduamente defendido pela corrente contrária à sua constitucionalidade é o fato de que seria possível se obter células tronco a partir de outras fontes que não o embrião humano, inclusive de células adultas. Também afirmam que as pesquisas com células-tronco adultas . Transcrevemos a seguir um trecho da petição inicial da ADIN que resume essa afirmação:

“A pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, até porque com as primeiras resultados auspiciosos acontecem, do que não se tem registro com as segundas”<sup>118</sup>.

Entendemos que em seu voto o Ministro Marco Aurélio rebate diretamente a tese acima transcrita:

“No mundo científico, é voz corrente que as células embrionárias não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a forma neurônios”<sup>119</sup>.

Ainda que se tenham dados referentes aos resultados das pesquisas com células-tronco adultas, estas jamais se prestarão à produção de tecidos nervosos

---

<sup>118</sup> FONTELES, Cláudio. Petição inicial da ADIM 3510-0. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seobjetoincidente=2299631>. Acesso em 04 jul. 2009, pg. 11.

<sup>119</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 64.

que seriam uma das finalidades mais importantes e desejadas das referidas pesquisas ante o combate às doenças degenerativas do sistema nervoso e outras enfermidades decorrentes de seu eventual comprometimento. Assim, o Ministro votou pela improcedência da ação.

#### 4.6 OS VOTOS PELA PROCEDÊNCIA DA ADIN

Diferentemente dos votos anteriormente estudados, cinco ministros votaram pela procedência ou pela procedência parcial da ação de inconstitucionalidade.

Importante salientar que todos os que votaram dessa forma criticaram o que a revista VEJA definiu por “arrogância científica”<sup>120</sup>, tendo por base a certeza de que certos conceitos foram apresentados pela comunidade científica na defesa de seus argumentos tanto pelos que estavam a favor quanto pelos que se posicionaram de forma contrária à constitucionalidade das pesquisas reguladas pela lei atacada pela ADIN.

Nas palavras do Ministro Eros Grau:

“Este debate não opõe ciência e religião, porém religião e religião. Alguns dos que falam pela ciência são portadores de mais certezas dos que os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se com arrogância que nega a própria ciência”<sup>121</sup> e “muitas dessas certezas seriam um véu para acobertar os interesses do mercado”<sup>122</sup>.

Passaremos, então, agora à análise dos principais pontos daqueles votos.

O Ministro Carlos Alberto Direito proferiu seu voto pela procedência da ADIN com uma importante ressalva: invocando o anúncio de um pesquisador norte

---

<sup>120</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 68.

<sup>121</sup> Idem.

<sup>122</sup> Idem.

americano que obteve células-tronco de embriões humanos sem destruí-los. “Direito disse que pesquisas realizadas com essa técnica seriam sim, constitucionais”<sup>123</sup>.

Um fato peculiar e interessante a respeito do Ministro Direito é de que era tido notoriamente como um fervoroso católico, sendo inclusive acusado de, no curso da ADIN, de tentar sobrepor preconceitos religiosos à razão.<sup>124</sup>

Talvez essa posição religiosa tenha sido responsável pelo ponto mais importante de seu voto, assim considerado pela revista VEJA: “Se pelo bem praticamos o mal, se para salvar uma vida tiramos outra, sem salvação ficará o homem”<sup>125</sup>.

Em outro importante momento, o Ministro Direito questionou: “Será razoável acreditar que a ciência tudo pode?”<sup>126</sup>.

Resta evidente que a linguagem usada pelo Ministro, particularmente o uso do termo “salvação”, possui conotação eminentemente religiosa o que de certa forma contraria a laicidade do Estado Democrático sobre a qual a Constituição Federal estrutura o Estado Brasileiro.

De outra forma, o Ministro Carlos Lewandowski abordou a questão dos motivos da ciência e os respectivos resultados apresentados à baila de justificar os argumentos pela improcedência da ADIN:

“A ciência e a tecnologia, embora tenham, de modo geral, ao longo de sua história, trazido progresso e bem-estar às pessoas, não constituem atividades neutras, nem inócuas quanto aos seus motivos e resultados. Elas tão pouco detêm o monopólio da verdade, da razão ou da objetividade”<sup>127</sup>.

O voto do Ministro Eros Grau deixou clara sua posição no sentido de considerar que os embriões humanos merecem a proteção estatal de forma ampla:

---

<sup>123</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 68.

<sup>124</sup> Ibidem, p 66.

<sup>125</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 65.

<sup>126</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 68.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 65.

“O embrião humano – insisto nesse ponto – faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade”<sup>128</sup>. Com esse argumento o ministro concorda com os fundamentos que embasaram a ação de inconstitucionalidade, pois, sendo o embrião humano parcela da humanidade como afirma o eminente Ministro, porta consigo, de maneira inerente, a dignidade humana merecedora de toda proteção jurídica e estatal.

Quanto ao voto do Ministro Cezar Peluso, apesar de ter sido enfático quanto ao seu entendimento de que embriões humanos congelados não são portadores de vida, também foi no sentido de oferecer restrições às realizações de eventuais pesquisas: “Os embriões congelados não são portadores de vida nem equivalem a pessoas, não vejo como as pesquisas ofendem o chamado direito à vida”<sup>129</sup>. Dessa forma, o Ministro Peluso foi além da discussão a respeito de onde ou de quando se dá o início da vida humana. Por seus argumentos, tornou-se desnecessária tal discussão nos autos.

Por fim, o voto do Ministro Gilmar Mendes, assim como os demais que votaram pela procedência parcial ou total da ADIN, foi proferido no sentido de alterar o dispositivo legal atacado, sugerindo que eventuais permissões para pesquisas com células-tronco obtidas de embriões humanos estejam condicionadas a uma autorização proferida por um comitê que estaria diretamente vinculado ao Ministério da Saúde: “O artigo 5º deve ser interpretado no sentido de que permissão deve ser condicionada a prévia autorização a comitê vinculado ao ministério da Saúde. Isso atende ao princípio da proporcionalidade”<sup>130</sup>. E justificou de maneira enfática sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal propor eventuais acréscimos a lei, ou

---

<sup>128</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 65.

<sup>129</sup> Idem.

<sup>130</sup> Idem.

seja, de legislar por meio de sentença: “Já nos livramos do dogma da atuação restritiva. Uma atuação criativa vai nos permitir suprir muitas lacunas da lei” <sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> GRAIEB, Carlos, obra citada, p. 68.

## 5. CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto em nosso trabalho, apresentaremos a seguir as conclusões que alcançamos com a pesquisa realizada em torno dos temas da hermenêutica, interpretação, linguagem, bem como as conclusões decorrentes do estudo de caso que apresentamos no capítulo anterior.

O Direito é ciência dinâmica cujos movimentos acompanham as transformações éticas e morais da sociedade.

A atividade jurisdicional, a nosso ver, vai além da busca pela composição da lide, ela colabora com o desenvolvimento e com a atualização das ciências jurídicas na medida em que o Juiz não se coloca como mero espectador daquilo que as partes alegam e intentam provar, e sim, participa do processo alargando o “diálogo” estabelecido pelo contraditório contribuindo para a solução mais próxima possível daquela tida como justa.

A fundamentação da decisão judicial é ponto chave da dinâmica que proporciona a evolução do Direito. Por meio da interpretação e do processo construtivo da fundamentação, através da linguagem, o Juiz atua de maneira ativa e transformadora. O conceito de instrumentalidade da linguagem, nos termos propostos por Wittgenstein, se adéqua de forma ampla à realização do exercício do direito.

O argumento justifica a decisão, que é fruto da interpretação.

O processo de interpretação prescinde, em primeiro lugar, de compreensão ou de re-conhecimento, conforme o caso.

Não basta, portanto, que uma sentença definitiva de mérito seja tecnicamente perfeita, ela deverá ser capaz de produzir os efeitos desejados pelo Juiz-Estado. Ela deverá ser construída de tal forma a possibilitar a total efetividade do comando jurisdicional em toda sua extensão.

Nesse sentido, entendemos que uma decisão judicial será tida como eficaz quando ela produzir ou tiver a capacidade de produzir um efeito real, atingindo o objetivo almejado pelo magistrado, sendo portadora de alto grau de incontestabilidade e ainda sendo capaz de refletir e eventualmente atender os objetivos institucionais e de formação de imagem enquanto produto da atuação Estatal na prestação do serviço Jurisdicional.

A norma jurídica deve estar precedida dos mesmos predicados, ela deverá ser capaz e estar apta a produzir os efeitos desejados pelo legislador, a fim de possibilitar sua completa efetividade. A construção da norma jurídica, deverá adotar a utilização de um discurso eficientemente compreensível e convincente aos seus destinatários de tal forma que dali se depreenda que o Estado está realmente a cumprir com seu papel, no sentido de atingir os seus objetivos estratégicos, institucionais, de formação de imagem, oferecendo a melhor solução possível à necessidade da qual derivou a edição da norma.

A interdisciplinariedade é realidade na concretização da atividade jurisdicional e a linguagem possibilita a transposição e a utilização de conceitos, paradigmas, dogmas e postulados das diversas ciências em favor da construção do Direito.

A “inclinação”, referida por Wittgenstein no uso instrumental da linguagem, ficou evidentemente demonstrada nos votos proferidos pelos Ministros do Supremo

Tribunal Federal quando do julgamento da ADIN interposta em face da Lei de Biossegurança.

Do caso apresentado neste trabalho, podemos concluir que na prática a evolução do Direito, relativamente ao acompanhamento das transformações sociais, sejam de caráter ético, moral, religioso ou científico, é processo lento e dificultoso tendo em vista a carga de subjetivismo que é inerente ao processo interpretativo.

Pelo uso da linguagem foi possível não só justificar, mas embasar de maneira sólida, convincente e juridicamente científica cada um dos votos proferidos pelos eminentes Ministros.

Portanto, a eficácia da decisão judicial está ligada à fundamentação teórica usada para a construção do dispositivo da sentença, eis que de toda decisão se compreende uma prática de linguagem, sendo que a compreensão dos fatos acerca do caso em julgamento se exprime por meio da fundamentação da sentença, que é produto do processo interpretativo do julgador.

## REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito. Teroias da Argumentação Jurídica. Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica / Eduardo C. Bittar.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869compilada.htm>> Acesso em: 07 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3510-0. Ação julgada improcedente. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticia.asp>>. Acesso em 02 jul. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao\\_Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm)>. Acesso em 06 ago. 2009.

BRASIL. **Lei Federal 11.105 de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm) em **13/08/2009**>. Acesso em 06 ago. 2009.

BRITTO. Carlos Ayres. Voto proferido no julgamento da ADIN 3510-0 pelo Supremo Tribunal Federal. Voto vencedor. Disponível em <[http://media.folha.uol.com.br/ciencia/2008/05/29/ayres\\_britto.pdf](http://media.folha.uol.com.br/ciencia/2008/05/29/ayres_britto.pdf)>. Acesso em 07 jul. 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 apud SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J. **Argumentação e hermenêutica jurídica como efetividade das decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205506065174218181901.pdf> . Acesso em: 07 ago. de 2009.

COMPÊNDIO DA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA.  
<[http://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_po.html#\\_ftnref536](http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html#_ftnref536)>.  
Acesso em 28 set. 2009.

DERNBURG, vol. I, p. 86, §35, nota 1. *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ENNECCERUS, Ludwig – *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 8ª ed., m 1921, vol. 1, §48; Max Salomon *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERRARA, vol. I, p. 210. *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FONTELES, Cláudio. Petição inicial da ADIN 3510-0 ajuizada no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em 04 jul. 2009.

GRAIEB, Carlos. NEM CIÊNCIA, NEM RELIGIÃO. **Revista Veja**. Edição 2063 – ano 41. n. 22, p. 64-69, junho, 2008.

HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa / Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar**. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Objetiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KORKOUNOV, p. 525. *apud* MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA, Antônio Cavalcanti. “A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea.” (Posfácio). p.281. apud SUNAKOZAWA, Lúcio Flávio J. **Argumentação e hermenêutica jurídica como efetividade das decisões judiciais**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205506065174218181901.pdf>>. Acesso em: 07 ago. de 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, 1974, p. 395 apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica / Chaïm Perelman** ; tradução Vergínia K. Pupi ; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; revisão técnica Gildo de Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Droit, morale et philosophie*, Paris, *Librairie Générale de Droit et Jurisprudence*, 1968. Anteriormente publicado em *Law, State, and International Legal Order: Essays in Honor of Hans Kelsen*, *The University of Tennessee Press, Knoxville*, 1964. Texto traduzido do original francês por Ricardo R. Almeida.

Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/textos/c1perelm.doc31/07/09](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/c1perelm.doc31/07/09)>.

Acesso em 01 set. 2009.

PETRI. Argumentação lingüística e discurso jurídico, 1994, p. 95, apud BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica / Eduardo C. Bittar**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil / Rui Portanova**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e/ou argumentação**. Texto traduzido por Thamy Pogrebinschi do original francês “*Interprétation et/ou argumentation*”, in *Le juste*. Paris: Seuil, 1996. Disponível em: <[http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet\\_jur/textos/c2ricoeur.doc](http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/textos/c2ricoeur.doc)>. Acesso em: 30 ago. 2009.

SAVIGNY, vol. I, p. 233. apud MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito / Carlos Maximiliano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEMPESTA, Dom Orani João. O Círio e a Vida. Disponível em <http://www.cnbb.org.br/ns/modules/articles/article.php?id=15>. Acesso em 28 set. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1. 47ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas** – Coleção Os Pensadores. Editora Nova Cultural: São Paulo, 1999.