



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
Programa de Pós-Graduação em Direito

JOÃO CLAUDIO CARNEIRO DE CARVALHO

Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade:
análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos

TESE DE DOUTORADO

Recife (PE), Dezembro de 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Faculdade de Direito do Recife
Programa de Pós-Graduação em Direito



João Claudio Carneiro de Carvalho

Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade:
análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, como requisito indispensável e parcial à obtenção do título de Doutor na área de concentração intitulada Linguagem e Direito, linha de pesquisa Retórica e Pragmatismo no Direito.

Orientador: Prof. Doutor João Maurício Adeodato

Volume 1

Recife (PE), Dezembro de 2012.

C331s

Carvalho, João Cláudio Carneiro de

Supremo Tribunal Federal e princípio da dignidade: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos / João Cláudio Carneiro de Carvalho. – Recife: O Autor, 2012.

768f. : quadros, graf., tab.

2.v.

Orientador: João Maurício Adeodato.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF) - Decisão judicial - Dignidade humana. 2. Semiótica - Aspectos jurídicos - Interpretação. 3. Linguagem e línguas. 4. Pragmatismo. 5. Direito - Filosofia. 6. Dignidade (Direito) - Brasil. 7. Controle da constitucionalidade - Brasil. 8. Dignidade humana - Controle da constitucionalidade - STF - Brasil. 9. Brasil. [Constituição (1988)] - Cap. III - Art. 1º. 10. Terminologia jurídica. 11. Filosofia do direito. I. Adeodato, João Maurício (Orientador). II. Título.

340.8114 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2013-007)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Faculdade de Direito do Recife
Programa de Pós-Graduação em Direito



João Cláudio Carneiro de Carvalho

Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, como requisito indispensável e parcial à obtenção do título de Doutor na área de concentração intitulada Linguagem e Direito, linha de pesquisa Retórica e Pragmatismo no Direito.

A banca examinadora, composta segundo as determinações internas do Regimento da Pós-Graduação em Direito, PPGD/Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, aos 05 de Março de 2013, arguiu este trabalho que galga o título de Doutor em Direito, julgando-o aprovado.

Prof. Dr. João Maurício Adeodato

Orientador

Professor Titular de Introdução ao Estudo do Direito – UFPE

Prof. Dr. George Browne Rego

Presidente

Prof. Dr. Torquato de Castro Júnior

1º Examinador – PPGD/UFPE

Prof. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva

2º Examinador – PPGD/UFPE

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst

4º Examinador – Externo (UFPB)

Profa. Dra. Virgínia Colares Soares Figueiredo Alves

5º Examinador – Externo (UNICAP)

Recife (PE), Dezembro de 2012.

Agradecimentos

Este trabalho se constitui como uma importante etapa de minha passagem por essa vida. Fruto de muito esforço pessoal que somente foi possível pela generosa ação de todas as pessoas que contribuíram de alguma forma com minha formação, com meu modo de pensar e de enxergar o mundo.

Sou eternamente grato ao meu orientador Prof. Doutor João Maurício Adeodato, por me fazer entender como é significativa a palavra “professor”. A condução das orientações, as aulas, as observações sempre honestas que tanto me ajudaram a ver retoricamente o mundo. Agradeço pela paciência e pela segurança que me passou, sem as quais a caminhada seria impossível.

Agradeço também ao Prof. Doutor Gustavo Just da Costa e Silva. As aulas na disciplina Teorias Contemporâneas da Interpretação me ajudaram a abrir os olhos ao problema da interpretação, notadamente na Modernidade e no Direito. A postura crítica e analítica foram fontes de inspiração para esta tese.

Ao Prof. Doutor Francisco Ivo de Cavalcanti Dantas, com quem aprendi e pude discutir sobre o conceito de Corte Constitucional, bem como sobre o fenômeno da mutação constitucional, tratado aqui como processo metafórico e semântico. Devo-lhe gratidão.

Ao Prof. Doutor Torquato de Castro Júnior que me chamou atenção para as metáforas, servindo-me de orientação na intrincada relação trabalhada neste tese. A relação entre Metáforas e Direito tornou-se o pressuposto geral desta tese.

Devo gratidão a outros professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, cujo convívio serviu de inspiração.

Agradeço ao Professor e amigo José Antônio Albuquerque Filho pelas discussões na sala dos professores da Faculdade Integrada de Pernambuco, as quais, ao lado dos livros e das obras que me emprestou, auxiliaram no desenho e arquitetura metodológica desta tese.

Ao Grupo Estácio de Sá, pela bolsa durante grande parte da realização do doutorado, sem a qual seria muito difícil a conclusão do curso. Agradeço na pessoa da Professora Tereza Moura da Estácio Rio, que tive a honra de conhecer pessoalmente em Agosto de 2011, e que conduz o programa de incentivo a professores doutorandos do Grupo Estácio.

Dedicatória

Uma tese resume muito daquilo que se pensa do mundo. É um texto sobre o que somos. E “somos” pela influência diária de muitos “outros”, embora não percebamos. As influências de juristas e de filósofos se encontram devidamente referenciadas. Todavia, outras pessoas me influenciaram no modo pessoal de perceber o mundo e o direito. A todas essas pessoas, que não podem ser referenciadas diretamente, esta dedicatória.

Tenho certeza que esta tese não encerra o que penso sobre o direito e a relação com a metáfora, portanto não é um trabalho final.

Dedico este trabalho, com muito carinho, a toda minha família. Primeiramente aos meus pais, Marco Antônio de Carvalho e Cleonice Carvalho. Deles, percebi desde cedo que as dificuldades existem, mas precisam ser problematizadas, enfrentadas e superadas diariamente. As lições que se desdobraram a partir daí são inúmeras e das mais diversas naturezas. Um amor que nunca se revelou em discursos, mas sempre na prática, com muitas ações e gestos. Às minhas irmãs Juliana e Taciana Carvalho, e ao pequeno Pedro, que chegou trazendo mais felicidade para toda família.

Dedico à Leidinha Farias pela compreensão em relação ao tempo que tive que dedicar ao doutorado em detrimento de nosso convívio pessoal. Dedico aos amigos de todas as horas, esses acompanham todos meus projetos pessoais: Josemar de Andrade Sales e Gustavo Leal de Carvalho, além de meus primos Túlio Andrade Carneiro Filho e Anny Karoline Carneiro. Todos entenderam minha frequente ausência.

Aos alunos dos Cursos de Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco e da Faculdade Estácio do Recife. As aulas que procurei ministrar e as dúvidas que tentei responder ajudaram na construção desta tese.

Esta tese possui uma dedicação muito especial: dedico-a minha tia-avó Epifânia Perônico de Andrade, por todo amor incondicional, por todas as lições, e por tudo mais que metaforicamente pode ser expresso na palavra **saudade**.

EM ALGUM REMOTO recanto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da “história universal”: mas, por fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns suspiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram de morrer. Alguém poderia, desse modo, inventar uma fábula e ainda assim não teria ilustrado suficientemente bem quão lastimável, quão sombrio e efêmero, quão sem rumo e sem motivo se destaca o intelecto humano no interior da natureza; houve eternidades em que ele não estava presente; quando ele tiver passado mais uma vez, nada terá ocorrido. Pois, para aquele intelecto, não há nenhuma missão ulterior que conduzisse para além da vida humana. Ele é, ao contrário, humano, sendo que apenas seu possuidor e gerador o toma de maneira tão patética, como se os eixos do mundo girassem nele.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira no sentido extramoral.** Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008, p. 25-26.

RESUMO

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade:** análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos. Tese (Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

O objetivo principal deste trabalho é investigar a importância das metáforas na construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (PDPH). Por meio da Pitaneutica (metódica), a tese apresentou um modelo próprio de desconstrução das decisões judiciais proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. As metáforas utilizadas em cada decisão judicial foram detectadas e resultados parciais comparados. Depois, foi possível verificar o papel das metáforas na construção retórica do PDPH, bem como ocorre o processo de referenciação dentro dos votos pesquisados. As conclusões materiais deste trabalho permitem dizer que metáforas não são somente recursos linguísticos, ornamentos discursivos utilizados na construção expressiva do mundo e dos fenômenos. Este texto se apoia na ideia de que além da função estética, as metáforas influenciam na construção da percepção do mundo e dos fenômenos. Para entender o funcionamento do intrincado processo metafórico, separou-se linguagem introspectiva de linguagem expressiva. Apesar da linguagem se encontrar dividida para fins de análise retórica, demonstrou-se que as metáforas influenciam desde a percepção, embora se apresente mais claramente na linguagem expressão. A pluralidade lexical no uso desse princípio nas decisões pesquisadas evidenciou que seu conteúdo jurídico é construído casuisticamente. Desinteressado com possíveis mudanças no significante, o trabalho demonstra que a subunidade sentido é pressionada diante de influências extradogmáticas na definição da Dignidade Humana. Os relatos influenciam a construção do PDPH graças à ação metáfora diversificada e à transferência cognitiva, permitindo que se conclua que tal princípio não abre possibilidades interpretativas, mas fecha círculos argumentativos. Destarte, quem imaginar que o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 fornece subsídios suficientes para a segurança jurídica, não percebeu o poder das metáforas na construção, destruição e reconstrução desse signo jurídico.

Palavras-chave:

- 1 - Pitaneutica.
- 2 – Supremo Tribunal Federal.
- 3 – Dignidade Humana.
- 4 – Metáforas.

ABSTRACT

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. Supreme Court and Principle of Dignity: pithaneutics analysis of the metaphorical construction of legal signs. Thesis (Thesis presented to Law Post-Graduation Course) – The Federal University of Pernambuco, Recife, 2012.

The main goal of this work is investigate the importance of metaphors in the construction, reconstruction and destruction of the Principle of Dignity (PD). Based on the Pithaneutics (methodical) the thesis showed a proper model to deconstruct judicial decisions handed down by the Supreme Court within the abstract control of constitutionality. The metaphors used in each judicial decision were detected and the results were compared. After that it was possible to verify the role of metaphors used in the rhetoric construction of the PD, as well as the reference in the researched votes. The material conclusions to this paper allow us to say that metaphors are not only linguistic resources, discursive garnish used in the expressive construction of the world and phenomena. This thesis is supported by the idea that besides the esthetic function, metaphors induce the construction perception of the world and of the phenomena. To understand the functioning of the complicated metaphoric process we separated the introspective language from the expressive language. In spite of the language being divided to rhetoric analysis, it was demonstrated that metaphors influence from the perception, although it is presented more clearly in the language expression. The lexical pluralism in the use of this principle in the decisions researched showed that its law content is constructed in real case. This work is not taking into consideration possible changes in the significant but it demonstrates that the sense subunit is pressed by the extra dogmatic influences in the definition of Human Dignity. The reports influence the construction of PDH due to metaphorical diversified action and cognitive transference allowing the conclusion that the Principle of Human Dignity does not open comprehension possibilities, but closes argumentative circles. Thus, one who imagines that the 1st article, subsection III of the Federal Constitution of 1988 provides enough bases to court surety did not realize the power of metaphors in the construction, destruction and reconstruction of this legal sign.

Keywords:

- 1 – Pitaneutics.
- 2 - Supreme Court.
- 3 - Human Dignity.
- 4 - Metaphors.

RIASSUNTO

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Tribunale Supremo Federale e Principio di Dignità**: analisi pitaneutica della costruzione metaforica di segni giuridici. (Tesi presentata al programma di post laurea in diritto), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

L'obiettivo principale di questa tesi è quello di investigare l'importanza delle metafore nella costruzione, distruzione e ricostruzione del Principio della Dignità della Persona Umana (PDPU). Attraverso la Pitaneutica (Metodica), la tesi presenta un modello proprio di decostruzione delle decisioni giudiziarie pronunciate dal Tribunale Supremo Federale in sede di controllo astratto di costituzionalità. Le metafore utilizzate in ogni decisione giudiziaria sono state rilevate e i risultati parziali confrontati. In seguito, è stato possibile verificare il ruolo delle metafore nella costruzione retorica del PDPU, così come avviene il processo di referenziazione dentro i voti analizzati. Le conclusioni materiali di questo lavoro permettono di dire che metafore non sono soltanto risorse linguistiche, ornamenti discorsivi utilizzati nella costruzione espressiva del mondo e dei fenomeni. Questo testo si appoggia all'idea che oltre alla funzione estetica, le metafore influiscono nella costruzione della percezione del mondo e dei fenomeni. Per capire il funzionamento dell'intricato processo metaforico, si è separato il linguaggio introspettivo da quello espressivo. Nonostante il linguaggio si incontri diviso allo scopo dell'analisi retorica, si è dimostrato che le metafore influiscono fin dalla percezione, anche se si presenta con più chiarezza nel linguaggio espresso. La pluralità lessicale nell'uso di questo principio dentro le decisioni analizzate ha dimostrato che il suo contenuto giuridico è costruito caso a caso. Disinteressato dei possibili cambiamenti riguardante il significante, il lavoro ha dimostrato che la subunità senso è assillata da influenze extradogmatiche nella definizione della Dignità Umana. Le relazioni influenzano la costruzione del PDPH grazie all'azione metafora diversificata e al trasferimento cognitivo, permettendo la conclusione che sifatto principio non apra possibilità interpretative, ma chiuda circoli argomentativi. Quindi, chi pensa che l'articolo 1º, III della costituzione federale del 1988 fornisca sussidi sufficienti per la sicurezza giuridica, non ha percepito il potere delle metafore nella costruzione, distruzione e ricostruzione di questo segno giuridico.

Parole Chiave:

- 1 – Pitaneutica
- 2 – Tribunale Supremo Federale
- 3 – Dignità Umana
- 4 – Metafore

SUMÁRIO

Introdução – Pressupostos teóricos desta tese como possibilidade de uma análise pitanêutica das metáforas na construção de signos jurídicos.

1.	A importância da metáfora para o direito: a pitanêutica procura analisar como os sujeitos criam, por meio de metáforas, a “realidade” jurídica.....	14
2.	A construção do problema e a fixação do objeto: decisão judicial do Supremo sobre dignidade humana como expressão simbólica.....	22
3.	A retórica material, a retórica estratégica e a analítica diante da metáfora: metaforologia em decisões judiciais.....	25
4.	A forma da abordagem dos objetos teórico e empírico e os problemas da pesquisa influenciaram a trajetória desta tese. As preferências quanto à redação.....	34

Capítulo Primeiro - O problema da linguagem da filosofia e da filosofia da linguagem: Significante, significado e cotexto na formação do signo jurídico e na construção do sentido.

1.1	A necessidade de acordos prévios sobre as terminologias filosóficas utilizadas nesta tese para a discussão da ação de metáforas na construção, destruição e recriação do signo jurídico.....	40
1.2	A construção do sentido: como os textos e cotextos produzidos pelos sujeitos influenciaram na concepção de signo, culminando nas suas variadas acepções filosóficas.....	49
1.2.1	O signo como afeições da alma e o signo como sinais: o uso do termo “signo” é variável em, e a partir de, Aristóteles.....	49
1.2.2	A teoria pura da língua saussuriana e as influências no uso do termo “signo”.....	56
1.2.3	Uma teoria geral sobre o signo surge na semiótica: o signo na semiótica é o gênero de índices, sinais e símbolos, suas espécies.....	61

1.3	O uso de “signo jurídico” e “expressão simbólica” nesta tese representam a metalinguagem falando da linguagem jurídica.....	65

Capítulo Segundo – A metáfora na construção do signo e para superar o problema da imanência da língua: como as figuras são utilizadas na linguagem jurídica para expressar o direito.

2.1	A relação léxica entre <i>tropos</i> e <i>logos</i> e a origem de uma tropologia”: a teoria da transposição enquanto teoria de justificação da metáfora.....	75
2.2	Depois da teoria da transposição, as figuras se tornam objeto de estudo da <i>lexis</i> , e posteriormente são reduzidas às figuras puramente ornamentais. A retórica estuda como detectar, classificar e qualificar as metáforas, um enfeite da palavra.....	85
2.3	O interacionismo e o pragmatismo como superação da tese da metáfora como <i>ornatos</i> , e como essa superação contribuiu para o desenvolvimento da ciência.....	94

Capítulo Terceiro – A *cognitive turn* e a linguagem: metáforas não apenas expressam o direito, elas ajudam na percepção do fenômeno jurídico.

3.1	A metáfora após a virada cognitiva: como a linguagem passa a ser objeto da Psicologia, e como isso influencia na construção da percepção da “realidade” por meio de uma linguagem introspectiva, embora tributária de recursos linguístico-expressivos.....	107
3.2	Os paradigmas objetivista, subjetivista, literal e não-literal enquanto problemáticas para a construção da Teoria da Metáfora Conceitual: como metáforas constroem a percepção da “realidade”.....	120
3.3	O sistema conceitual humano se constrói e reconstrói-se por meio de metáforas estruturais, ontológicas e de orientação.....	129

Capítulo Quarto – Metodica pitanêutica em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre dignidade humana: para provar o poder das metáforas na construção do signo jurídico.

4.1	As bases de uma postura retórico-analítica orientada para uma teoria: o método na desconstrução das decisões judiciais a partir da diferenciação entre metodica pitanêutica e estilística.....	136
4.1.1	A trajetória da metodica pitanêutica e a divisão da retórica em três níveis: como a essa divisão a aproxima do novo espírito científico.....	136
4.1.2	Da retórica material à retórica estratégica, da retórica estratégica à retórica analítica: os qualificadores discursivos também estão presentes na análise retórica.....	142
4.1.3	A retórica analítica pode ser realizada ou interna ou externamente ao sistema linguístico objeto da análise. A depender dessas posições, a pitanêutica modifica os resultados da análise sobre sistemas linguísticos.....	146

4.1.4	A pitanêutica pretendida nesta tese será orientada para uma análise, aproximando-se da estilística apenas para se aproveitar dos princípios analíticos dela: porque pitanêutica e estilística não se confundem.....	160
4.2	O Supremo Tribunal Federal na dimensão pitanêutica e a função de controle de constitucionalidade como procedimento legitimador da significação.....	164
4.2.1	As posições do Utente em relação ao discurso: lugares enunciativos e estados físicos da comunicação.....	164
4.2.2	Argumentos sistêmicos e históricos juntos justificam a opção pelo Supremo Tribunal Federal como utente da retórica analítica pitanêutica.....	167
4.2.3	Entre os tipos de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, porque a escolha por aquelas oriundas do controle abstrato de constitucionalidade.....	177
4.3	A “dignidade da pessoa humana” como signo jurídico da relação pitanêutica: a dignidade passa a expressar simbolicamente os valores constitucionais.....	184
4.3.1	A baixa densidade semântica como qualidades linguísticas que justificam a opção pela pitanêutica desse signo jurídico	184
4.3.2	A <i>dignitas humanas</i> se torna o centro das ordens jurídicas nacionais e internacionais.....	190
4.3.3	A desconstrução do alcance do princípio da dignidade precisa compreender o contexto, envolvendo as qualidades linguísticas e jurídico-históricas tratadas anteriormente.....	196

Capítulo Quinto - A construção do *corpus* de pesquisa e a pitanêutica da construção metafórica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

5.1	O <i>corpus</i> da pesquisa analisado: como discursos objetos são selecionados a partir do universo pesquisado.....	201
5.1.1	A análise retórico-pitanêutica precisa que os <i>corpora</i> pesquisados estejam escolhidos e preparados: <i>corpora</i> são artefatos produzidos antes da investigação.....	201
5.1.2	Depois de definidos os parâmetros da pesquisa, o <i>corpus</i> básico precisa ser coletado no “mundo dos eventos”: o local para realização da captura dos <i>corpora</i> e o tamanho da amostra dentro de critérios científicos.....	205
5.1.3	As estratégias utilizadas para que a análise retórico-pitanêutica, que objetiva o <i>corpus</i> básico, obtenha um <i>corpus</i> de apoio para testar a ocorrência das metáforas pesquisadas.....	211
5.1.4	O <i>corpus</i> de contraste para servir de paradigma para comparação e para etiquetamento das metáforas: os estudos cognitivos sobre a	

	metáfora.....	212
5.1.5	Da técnica de identificação das metáforas e sua qualificação.....	213
5.2	A verificação analítico-pitanêutica precisa ser descritiva da linguagem judicial: o contexto em que se inserem os objetos desta pesquisa é construído pelas petições iniciais e pelos relatórios das ações.....	214
5.3	A ementa representa a decisão final do Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de votos contrários: análise pitanêutica das ementas dos quatro julgados objetos da pesquisa.....	220
5.4	Os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal carregam opiniões, crenças e visões-de-mundo de cada membro da corte: o uso metafórico do princípio da dignidade nas decisões deixa marcas da construção, da destruição e da reconstrução desse preceito fundamental.....	230

Capítulo Sexto - Da agenda de trabalho para a retórica pitanêutica até à construção do princípio da dignidade humana por metáforas de personificação, ontológicas e de orientação.

6.1	Esta tese propõe uma agenda de trabalho para o desenvolvimento da retórica analítico-pitanêutica de metáforas: novamente sujeito, signo e o problema da construção	236
6.2	As metáforas na construção do sentido da expressão simbólica: a dignidade humana e as ações de controle abstrato julgadas pelo STF.....	247
6.2.1	A dignidade humana na afirmação assistencialista: o PDPH é uma meta programática, contrário à igualdade absoluta.....	247
6.2.2	A dignidade humana e o progresso tecnológico: o PDPH é um objeto concreto, contrário às ideias de não avanço das ciências.....	251
6.2.3	A dignidade da pessoa humana é associada à metáfora da personificação. Como pessoa, esse princípio se posiciona contrariamente ao “autoritarismo congênito”.....	256
6.2.4	A dignidade da pessoa humana é contra estigmas, contra a moral social tradicional que não observa os interesses das pessoas e a intimidade, e que conspira contra a felicidade do ser humano.....	261

Capítulo Sétimo – Conclusão: A criação metafórica do princípio da dignidade para a ordem jurídica brasileira e o problema da influência do signo no Direito.

7.1	Qualidades pragmáticas e semânticas da expressão simbólica: a dignidade humana não abre possibilidades interpretativas, ela fecha círculos argumentativos.....	267
7.2	... ao fechar círculos argumentativos, influencia todo sistema jurídico-comunicacional. As influências recíprocas entre pitanêutica e pragmatismo diante do problema das decisões do STF para os demais órgãos judiciários.	278

Referências.

I-	Livros, artigos e arquivos da <i>Internet</i>	283
II-	Petições, decisões e precedentes referidos nesta tese	293
III-	Teses e Dissertações utilizadas	295

Anexos.

<i>Subcorpora</i>	Ementa dos acórdãos das ações objeto da retórica analítica	
ementas	pitanêutica	296
<i>Subcorpora</i>	Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ADI	
votos	2649 e 3510, e nas ADPF 132 e 130.....	312

Introdução

Pressupostos teóricos desta tese como possibilidade de uma análise pitanêutica das metáforas na construção de signos jurídicos

1. A importância da metáfora para o direito: a pitanêutica procura analisar como os sujeitos criam, por meio de metáforas, a “realidade” jurídica.

Submete-se o presente trabalho à banca examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, especialmente na área de Retórica e Pragmatismo no Direito. Os estudos envolvendo esta tese se iniciaram em abril de 2009, época do ingresso no curso de doutorado, e ocuparam grande parte do tempo desde então. As pesquisas agora apresentadas influenciaram a abordagem do tema central. Contudo, o maior desafio foi organizar as ideias, enfrentar o problema do discurso sobre um discurso (a linguagem e as metalinguagens) e dispor os argumentos de maneira funcional. Aproveita-se a introdução com dois propósitos: organizar a tese e apresentar os principais problemas que serão desenvolvidos mais adiante.

Para atingir esses propósitos, primeiramente será apresentada a importância do debate trazido por esta tese, ao lado dos pontos de partida que a sustentam, todos acompanhados dos respectivos detalhamentos. Em seguida, serão colocados os problemas, os objetivos e os objetos analisados. Depois, a introdução se ocupará em argumentar sobre as dimensões de método, metodologia e metódica, e como cada uma dessas dimensões auxiliou no enfrentamento do problema da análise do sistema linguístico representado pelo direito. É que cônica de que “ainda não existe um método de análise linguística que seja tanto teoricamente adequado como viável na prática”¹, esta tese

¹ FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de Izabel Magalhães. Brasília: Editora da UnB, 2008, p. 19.

sugere um arquétipo eficaz para as pretensões das pesquisas realizadas aqui. Finalmente, serão suscitadas escolhas técnicas utilizadas na redação do trabalho, além da trajetória da tese, na qual, destacam-se os conteúdos resumidos, posteriormente detalhados nos capítulos subsequentes.

Este trabalho encerra uma série de pesquisas teóricas e empíricas conduzidas sob a suposição bastante geral de que a relação entre homem e direito possui natureza metafórica. A pesquisa consistiu em uma análise sobre como o sujeito constrói signos jurídicos, sob a pressuposição de que consegue graças às metáforas. Os estudos se centram em saber como o Princípio da Dignidade (signo) é construído, destruído e reconstruído nas lides submetidas à jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal (utente), correlacionando esse fenômeno ao uso de metáforas. Na verdade, o presente trabalho procura explicar o direito por um viés linguístico, partindo do pressuposto de que o direito se constitui na – e pela – comunicação humana, antes mesmo de se assumir normativo. Isso porque os discursos, de modo geral, fornecem subsídios significativos para a compreensão da sociedade, e, nesse sentido, as metáforas utilizadas – e a maneira como são usadas – na construção dos signos fornecem evidências indeléveis de como os sujeitos constituem a “realidade”. Um estudo que assuma a responsabilidade de decifrar procedimentos complexos, como os que se sucedem na criação de signos jurídicos, precisa descrever, interpretar, para só então explicar como o direito é criado, destruído e recriado a partir das intervenções dos diversos atores (sujeitos) participantes do debate jurídico, sejam eles juristas ou não.

Duas advertências cabem aqui, ambas de natureza semântica. A **Primeira**, em relação aos múltiplos significados da palavra “metáfora”, que ao longo da história, ora se apresentou como um instrumental cognitivo que influencia a percepção do “mundo”, ora entendido como um recurso linguístico associado à expressão desse mesmo “mundo” (recurso expressivo, instrumental retórico). A polissemia do termo “metáfora” decorre de fatores históricos, geográficos e até políticos, não cabe a esta tese problematizá-los. O texto esclarece, no segundo e no terceiro capítulo, que a metáfora não é apenas uma poderosa figura que interfere na estética do discurso, mas uma figura que intervém na percepção da “realidade”². A **Segunda** advertência guarda relação com o termo “direito”.

² A conceituação da metáfora não desafia apenas a filosofia, mas outras áreas do conhecimento. Basicamente os linguistas se dividem em pequenos grupos quando o assunto é metáfora: definições clássicas, semânticas, retóricas se opõem entre si e contra as definições insurgentes de outras áreas do conhecimento. Esta definição procura sistematizar algumas das definições, conciliadas para os fins

Aqui, ele se refere à decisão judicial e será empregado como sinônimo de manifestação casuística, contingente e imposta por autoridade. Nesta tese, o termo “direito” não deve ser associado à teoria da legislação ou a um caso especial da hermenêutica filosófica, mas ao fenômeno decisório vinculado à “decidibilidade dos conflitos”³.

Essas advertências possuem o intuito de controlar a linguagem e não devem ser entendidas como uma negação a outras possibilidades semânticas. “Direito” e “metáfora” possuem outros significados e inúmeros sentidos a depender de o contexto do uso. Aproveitam-se opções semânticas possíveis, sem que essa atitude exclua outras probabilidades afastadas apenas por motivações pessoais, por um subjetivo interesse investigativo específico. Aqui na tese, essas expressões representam “conceitos operacionais”.

É obrigatório também discorrer sobre a natureza deste trabalho, uma tese. Uma tese pode ser definida material ou formalmente e o ideal é que atinja essas duas dimensões. Materialmente é o resultado de um trabalho intelectual no qual se encontram argumentos articulados, procurando convencer outros sobre uma opinião (*doxa*). Sob o ponto de vista formal, observa uma ou várias metodologias, sugerindo que uma nova caminhada sobre esse mesmo percurso conduza à ratificação das opiniões ou à obtenção de novos resultados, contrários até.

Esta tese procura atingir ambos os níveis: ou seja, tanto o nível da materialidade, quanto o da formalidade, para ser classificada como tal. Ela se pretende original, seja pelas conclusões em que chegou, seja pelo caminho que percorreu (metodologia). Apesar do substantivo (tese) não se encontrar flexionado no plural (teses), aqui não se defende uma única ideia, mas pelo menos duas. O trabalho defende **uma tese material**, que pode ser escrita em termos empíricos e em termos teóricos. Empiricamente, defende que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ou “PDPH” simplesmente, encontra-se associado às metáforas estruturais, ontológicas e de orientação, a depender do contexto específico das decisões judiciais. O Supremo Tribunal Federal constrói um sentido para esse princípio a depender dos interesses subjetivos do julgador, aí incluídas as convicções pessoais e as crenças mais comuns. A pesquisa revela também que as variações metafóricas com as quais o Princípio da Dignidade é construído casuisticamente impossibilitam a fixação, ainda

específicos desta tese, sem que isso importe em ignorar a dificuldade da tarefa. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5ed. Tradução de Alfredo Bossi. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 778).

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3ed. São Paulo: Atlas, p. 87-90.

que precária e transitória, de um significado. A tese constatou que o PDPH é uma expressão simbólica de baixa densidade normativa e sua referência nos processos judiciais analisados não serviu para abrir possibilidades interpretativas, mas apenas para fechar a argumentação jurídica. Essas e outras conclusões foram apresentadas no final da tese, no capítulo sétimo. Isso tudo pode ser descrito em termos teóricos: o sujeito constrói metaforicamente os signos jurídicos e, a depender da ação metafórica diversificada, o signo construído num dado momento pode ser destruído e reconstruído cíclica e sucessivamente.

Há também uma **tese formal**.

Como dito antes, este trabalho também é original pela trajetória seguida. A maneira como as decisões judiciais foram selecionadas, a forma como se chegou à definição sobre qual utente e sobre qual signo deveria a pesquisa se ater. Acrescente-se o cuidado com o tratamento dispensado ao levantamento das decisões, a preparação do *corpus* e a repartição dele em *subcorpora* especiais, a configuração das análises quantitativas e qualitativas de metáforas, as etapas de descrição, interpretação, classificação e explicação das metáforas associadas ao PDPH, depois delas terem sido encontradas em decisões judiciais (objetos). O trabalho defende que esse formato, engenhosamente constituído, orienta a **retórica analítica de dimensão pitanêutica** cujo procedimento não se encontra antes formatado. Esta tese constituiu uma **agenda de trabalho** eficiente para os propósitos da retórica pitanêutica, cujo objetivo é verificar a influência dos sujeitos (utentes) na construção dos signos de qualquer sistema da comunicação humana.

Para atingir esse intento, três pontos de partida.

Primeiro ponto de partida: a relação do homem com a realidade é metafórica. Essa teoria pode ser encontrada entre os retóricos, sustentada por argumentos antropológicos e sociológicos. Hans Blumenberg sintetiza grande parte de suas meditações ao afirmar que “a relação do homem com a realidade é indireta, complexa, tardia, seletiva e, antes de tudo, metafórica”⁴. Ele reconhece que a cognição humana é limitada, incapaz

⁴ “La relación del hombre con la realidad es indirecta, complicada, aplazada, selectiva y, ante todo, metafórica” (BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Tradução de Pedro Madrigal. Barcelona: Novagráfik, 1999, p. 125).

de ter acesso à verdade; a plenitude somente é alcançável com o acesso direto e imediato à verdade das coisas, à realidade, à essência, marca da antropologia rica, como pressupõe. Desconfiar do alcance dessa plenitude significa admitir fragilidades e limitações humanas, uma antropologia mais modesta, como a consentida aqui.

Segundo ponto de partida: metáfora não é somente ornamento, ou seja, não é uma figura de linguagem (*schematta*) com características apenas ornamentais. O argumento que reconhece a metáfora apenas como *ornato* possui a mesma tradição daqueles que reduzem a retórica às figuras de linguagens, restringido-a aos adereços discursivos. Entre retóricos, encontra-se a defesa de que “retórica não se reduz a mero ornamento, enfeite do discurso”⁵, qualidades normalmente associadas às figuras. Argumenta-se aqui que a metáfora não pode ser ela mesma entendida somente como adorno, deleite decorativo ou que significa apenas “aquilo que as palavras, em sua interpretação mais literal significam, e nada mais do que isso”⁶. Não é exclusivamente uma coisa nem somente outra, embora possua ambas as características, assunto que será detalhado nos capítulos segundo e terceiro. Nesses capítulos, a discussão pretende reconstruir a trajetória histórica que conduziu a metáfora à ideia de simples *ornato* responsável pela expressividade da linguagem, e como de *ornato* ascendeu a um fenômeno cognitivo, passando pelas teorias interacionista de Max Black e pragmática de John Searle.

Terceiro ponto de partida: o sujeito constrói o signo (U → S). Esta tese parte da ideia de que a relação entre sujeitos e signos é dialógica e traz consequências recíprocas. Uma análise pragmática se interessaria pela influência do signo sobre os sujeitos. Daí semióticos afirmarem que “somos, como sujeitos, aquilo que a forma do mundo produzida pelos signos nos faz ser”⁷. Por outro lado, a análise pitagórica cuida da relação inversa; ela se interessa em saber como os sujeitos influenciam subjetivamente o signo. As relações entre “sujeito” e “signo” representam apenas duas entre outras nove formas de se analisar as relações entre retórica estratégica e retórica material, na divisão proposta por Ottmar

⁵ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da norma e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 2.

⁶ DAVIDSON, Donald. Os que as metáforas significam. In: SACKS, Sheldon (org). **Da metáfora**. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. São Paulo: EDUC, p. 35-51, 1992, p. 35.

⁷ ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p.67.

Ballweg. Todas essas divisões serão detalhadas no terceiro tópico desta introdução, bem como se encontram desenvolvidas detalhadamente no capítulo quarto.

Quando se diz que os sujeitos de uma relação jurídica constroem signos jurídicos, denota-se que os discursos de advogados, juízes e promotores possuem a finalidade de constituir a “realidade jurídica”. Um texto legal não é mais que um conjunto de letras dispostas sintaticamente. A interpretação jurídica somente pode ser feita depois de se apresentar o relato de um caso, sem o qual não é possível compreensão. Quando professores pedem aos alunos que interpretem o texto da lei, quando eles desafiam uma classe inteira a “descobrir” um sentido de determinado dispositivo legal, eles se esquecem que isso somente seria possível diante de um caso (cotexto). No fundo, eles pedem interpretação, querendo dizer **paráfrase**, pois sem relato, não há interpretação. A propósito, Lenio Luiz Streck resume:

Assim, o texto da Constituição só pode ser entendido a partir de sua aplicação. Entender sem aplicação não é um entender. A *applicatio* é a norma(tização) do texto constitucional. A Constituição será, assim, o resultado de sua interpretação (portanto, de sua compreensão como Constituição), que tem o seu acontecimento (*Ereignis*) no ato aplicativo, concreto, produto da intersubjetividade dos juristas, que emerge da complexidade das relações sociais⁸.

Esses pontos de partida não são alvo de discussão, ou seja, eles não serão problematizados e sempre que necessário o trabalho se voltará para eles. Os pontos de partida aqui escolhidos refletem uma postura retórica, uma visão de mundo que este trabalho assume integralmente, e que pode ser justificada por um conjunto de argumentos.

Argumento de natureza antropológica: a postura retórica diante dos problemas e do mundo guia os homens com pretensões mais modestas. A busca por certezas estará condicionada aos reconhecidos limites antropológicos, de modo que “o homem enquanto ser pobre precisa da retórica como uma arte de aparências lhe fazendo tomar a posição de ausência de verdade”⁹. Essa postura retórica é diferente da ontológica, qual se funda na crença de que por meio de aplicações lógicas, de métodos sentenciais e

⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 208.

⁹ “El hombre en cuanto ser pobre precisa de la retórica como un arte de apariencias que hace que se las arregle en su posición de carência de verdad”. (BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Tradução de Pedro Madrigal. Barcellona: Novagráfik, 1999, p. 116).

de resto de todo aparelho cognoscitivo humano poderia se chegar à verdade. A posição retórica confere dúvida a essa crença por considerar as limitações sensoriais humanas: o homem está condenado a perceber o mundo pelos sentidos, com todas as limitações que isso significa¹⁰. Os órgãos sensoriais humanos são “mudos”, “nada nos dizem de verdadeiro, nem de falso”¹¹.

Humberto Maturana confirmou a tese da limitação sensorial por experiências no campo da biologia¹². Se acrescentarem-se dificuldades motoras, o problema da limitação se potencializaria. Richard Gregory, mediante estudos neuropsicológicos, garante que a visão humana fornece ilusões constantes, sobre as quais os homens se guiam para as atividades mais triviais¹³.

Outro argumento que justifica a postura retórica adotada neste trabalho possui **natureza linguística**. Da mesma forma que o mundo é percebido limitadamente, sua expressão também é circunscrito pelas limitações da linguagem: a linguagem é imanente. O homem encontra sérios obstáculos para descrever o mundo e as coisas, cuidando apenas de uma representação aproximativa (através de signos, metaforicamente). Apesar dessas dificuldades, “a linguagem não é apenas o máximo de acordo possível, é o único”¹⁴ e, embora os acordos da linguagem se constituam individual, contingente, autopoietica e transitoriamente, representam o que se pode chamar de “racionalidade humana”¹⁵.

Os acordos linguísticos são as formas de “racionalidade”, afinal, “a materialidade do humano é linguagem”, sentencia Aldo Bizzocchi¹⁶. A reprodução da “realidade” é uma

¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 213-223.

¹¹ AUSTIN, John Langshaw. **Sentido e percepção**. Tradução de Armando Manuel Mora de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.12.

¹² MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Tradução de Cristina Magro e Victor Paredes (orgs.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.

¹³ No autor, o termo ilusão possui uma noção específica: “*Ilusions are judged with simple common-sense ideas of physics, and measured with kitchen instruments: rules, clocks, scales, thermometers, and so on. We might define ilusions as deviations from kitchen physics*”. (GREGORY, Richard. **Seeing through illusions**. New York: Oxford Press, 2009, p.10).

¹⁴ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 81-82.

¹⁶ BIZZOCCHI, Aldo. Como o “não” vigorou na língua. In: **Aldo Bizzocchi**. Capturado a partir de [http://www.aldobizzocchi.com.br/artigos.html], Acesso em 11 de Outubro de 2008.

tentativa irremediavelmente inglória, apenas amenizada pela ação das figuras de palavras. As figuras de palavras (*tropoi*) não resolvem a questão definitivamente, elas abrandam o problema da imanência da linguagem. A metáfora usa um termo querendo dizer outro; substitui um *aliquid* por outro *aliquid*, e lhe exploram as características. Nesse processo, as figuras de modo geral causam um efeito útil à comunicação: um tipo de *insight* com a “realidade”.

Embora historicamente a metáfora seja reduzida metonimicamente à figura de estilo, no sentido pejorativo do termo, defende-se que ela ocupa outra função além da ornamental, como pode ser verificado no capítulo terceiro deste trabalho.

A postura retórica adotada por esta tese é defendida segundo um **argumento cognitivista**. Até meados do século passado, a metáfora interessava aos linguistas e aos retóricos e, muito embora se tenham produzido “mais discussões sobre aquilo que as pessoas, desde os gregos, *chamam* de metáfora, do que qualquer bibliografia pode atestar”, os debates se encerravam em “queixas eventuais e advertências feitas por filósofos que buscavam uma linguagem transparente”¹⁷. A virada linguística ocorrida no século passado foi determinante para que a linguagem se ligasse à construção do conhecimento em detrimento aos estudos sobre o processamento desse conhecimento. Essa modificação de paradigma aproximou ainda mais linguística e retórica, uma vez que “Explicar a construção do conhecimento por esse caminho é uma forma de esclarecer a significação para além das teorias que desde Alfred Tarski tomam as condições de verdade como base para essa atividade”¹⁸.

É possível defender a visão retórica do mundo por argumentos cognitivistas porque os cognitivistas partiram dos mesmos pontos iniciais que os retóricos. Quando George Lakoff e Mark Johnson defendem que “a metáfora está infiltrada na vida cotidiana, não somente na linguagem, mas também no pensamento e na ação”¹⁹, querem dizer que a forma como se pensa já é, ela mesma, metafórica. Diferentemente do que poderia admitir

¹⁷ BOOTH, Wayne C. A metáfora como retórica: o problema da avaliação. In: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. Tradução de Marisis Aranha Camargo. São Paulo: EDUC, p. 53-75, 1992, p. 53, destaque no original.

¹⁸ MARCUSCHI, Luiz Antônio. Do código para a cognição: o processo referencial como atividade criativa. In: **Veredas** – Revista de Estudos Linguísticos. Juiz de Fora: UFJF, vol. 6, nº 01, 2002, p. 45.

¹⁹ “... is pervasive in everyday life, not just in language but in thought and action” (LAKOFF, George & JOHNSON, Mark. **Metaphors we live by**. Chicago: University of Chicago Press, 1980, p. 4).

a tradição, a tese cognitivista sugere que a metáfora não seria um processo exterior dependente da expressão linguística. A metáfora é uma construção da percepção do mundo, na própria formação do pensamento que justifica a ação. Apesar dessa inclinação, a teoria conceitual da metáfora admite a dificuldade em se habitar o pensamento para compreender o processo metafórico. Para tanto, busca compreendê-lo pelas evidências deixadas pela linguagem, semelhante ao que os retóricos fazem. No capítulo terceiro será demonstrado que a tese dos linguistas sobre a metáfora não refuta a tese cognitivista, ao contrário, argumentar-se-á que elas se complementam.

2. A construção do problema e a fixação do objeto: decisão judicial do Supremo sobre dignidade humana como expressão simbólica.

Justificada a importância do estudo relacional de metáforas e direito, colocadas as teses (material e formal) defendidas neste trabalho e fixados os pontos de partida, cumpre colocar os elementos que possibilitam a este texto à pretensão de cientificidade: os problemas de pesquisa e os objetos analisados.

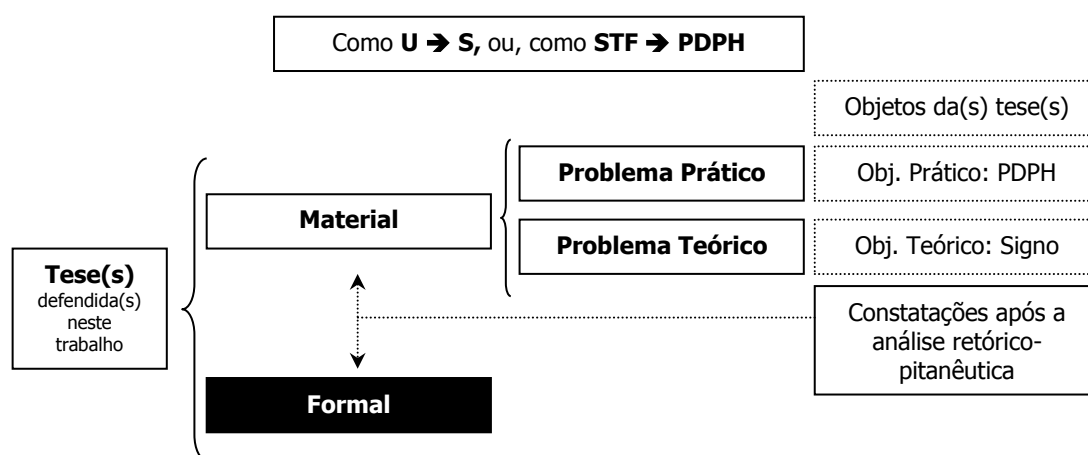
Para que essas questões sejam bem determinadas, o espírito científico que conduziu esta tese foi marcado inicialmente por uma atitude de inquietação, e posteriormente por uma atitude de construção. Inquietação e construção são os ingredientes de uma **cientificidade construída**. A definição do problema dependia de uma atitude primeiramente crítica. Esse estilo crítico conduz o filósofo a “inpletir sua linguagem para traduzir o pensamento contemporâneo em sua flexibilidade e mobilidade”²⁰, de sorte a se inquietar contra postulados ou descrições vericondicionais. Gaston Bachelard fornece exemplos de provocações científicas. Ele sugere uma mecânica não-newtoniana e uma geometria não-euclídeana. A postura contrária às teorias de Newton e de Euclides não significam negação a essas teses, antes são exemplos de indagações que desafiam o pesquisador para ir além. Como dito antes, a postura adotada aqui é **retórica**, posição historicamente contrária a qualquer ontologia. Ela é a possibilidade de seguir adiante em relação aos problemas postos, embora sustentada em pretensão mais modesta: ao invés de verdade, a retórica trabalha com a ideia de não-verdade.

²⁰ BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Tradução de Juvenal Hahne Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p. 12.

Essa “não-verdade” pode ser confundida com a “mentira” ou com o “engodo”, como se a retórica se apresentasse dessa forma. Não existe relação irremediável entre retórica, mentira e enganação, embora essas duas sejam possibilidades retóricas. Devido à complexidade dessas temáticas, elas não serão tratadas aqui.

O momento seguinte à postura crítica é a construção do problema. O pesquisador deve se ocupar em construir um problema, ser capaz de estabelecer um objeto de pesquisa. É isso que torna, em grande parte, o estudo, um estudo científico. Essa construção depende de uma objetivação e para isso a retórica contribui ativamente. Atinge-se a cientificidade “expondo de uma maneira discursiva e detalhada um método de objetivação”²¹, uma maneira de objetivação do problema e do objeto de pesquisa.

A tese procurou responder a duas indagações iniciais, embora os desdobramentos tenham sido variados. A primeira indagação se situou no plano da teoria, outra no plano empírico, quais podem ser assim resumidas: como a metáfora opera na construção do signo jurídico (problema teórico)? Como o Supremo usa as metáforas na construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade Humana (problema prático)? A análise desse complexo procedimento não só desencadeou respostas a essas indagações, bem como permitiram constatações sobre o PDPH (signo jurídico), colocadas como tese material. Assim, este trabalho trabalhou sob o seguinte esquema:



Se por um lado existe o consenso sobre a natureza ambígua e vaga do Princípio da Dignidade Humana; de outro, entende-se que essas questões (de ambiguidade e de vagueza) são dirimidas *in concreto*, quando as demandas são decididas. O judiciário não

²¹ BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Tradução de Juvenal Hahne Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p. 18.

pode rechaçar os processos a pretexto de uma ausência de definição (princípio do *non-liquet*), na qualidade de órgão oficial sua definição é suficiente. Assim, se o conteúdo da lei não é prévio e deve ser construído – como se concebe aqui –, cabe aos sujeitos da relação jurídica construí-lo. O problema é conhecer como ocorre esse processo de construção dos signos.

A tese combate a posição contrária esboçada na (falsa) impressão de que existe um conteúdo prévio e determinado no Princípio da Dignidade. Uma verdade absoluta que apenas alguns poucos iluminados alçariam e decidiriam as querelas judiciais de forma “justa”, “coerente”, “razoável”, “racional” e “proporcional”. Não faltam exemplos doutrinários que buscam conceituá-lo lançando mão de adjetivos qualificadores ou modulares verbais, pensando terem fixado alguma crença universal. Demandas judiciais são submetidas à jurisdição do STF tendo como fundamento a aplicação do Princípio da Dignidade; o tribunal dirime essas querelas pronunciando (in)compatibilidades com o texto constitucional, resolve-as fixando alcance a esse princípio. Princípios indeterminados são utilizados como paradigmas de adequação para normas infraconstitucionais, sob pena de elas serem excluídas do ordenamento jurídico.

Aqui, o signo jurídico é o objeto teórico de pesquisa. O objeto empírico são as decisões do Supremo pautadas no Princípio da Dignidade, notadamente aquelas tomadas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. As estratégias de abordagem do objeto – métodos e metodologias – serão situadas no item seguinte, ao detalhar a análise retórica de metáforas.

Ainda sobre os objetos desta tese, é importante justificar a escolha pelas decisões do Supremo em controle concentrado. Essa temática será desenvolvida no subcapítulo 4.3, como parte da pitanêutica pretendida aqui. Apenas para colocar o problema, justifica-se a escolha pelo controle abstrato de constitucionalidade a partir de três argumentos iniciais. O primeiro deles é o **aspecto abstrato da demanda**. Ao analisar demandas judiciais no chamado controle *in abstracto*, a tese controla os interesses imediatos envolvidos no processo. A jurisdição constitucional nesses casos se impõe sem as pressões normalmente encontradas em contendas envolvendo interesses particulares. O caráter da discussão é mais geral e menos particular. Há uma despersonalização das demandas: não é o caso João *versus* Maria que está sendo julgado, mas da Lei *versus* a Constituição.

O segundo é o **aspecto concentrado**: esse tipo de processo favorece a pesquisa à medida que apenas se interessa pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. A dificuldade em situar decisões judiciais como objeto de pesquisa consiste no constrangimento causado por outra decisão posterior, em grau recursal. Ainda que seja compatível com a decisão *a quo*, a posterior sempre substitui à primeira (efeito substitutivo dos recursos)²². Nos processos analisados a decisão é única, sem recursos. Ficam afastadas as possibilidades de contra-argumentos posteriores ou sobre-interpretações.

O **terceiro aspecto possui como natureza a hierarquia**. A hierarquia do Supremo em relação aos demais órgãos judiciais precisa ser ressaltada; suas decisões gozam de imposição frente às de outros tribunais e juízes. A organização judiciária brasileira confere ao STF uma posição de destaque, além do que se dispõe de medidas judiciais e administrativas para coibir posturas contrárias às desse tribunal²³. A tese não ignora o caráter vinculante dessas decisões, porém lhe confia uma função secundária. Não será verificado o efeito dessas decisões em outros sujeitos, que consistiria objeto da pragmática; interessa a influência do sujeito na formação do signo, a partir das evidências linguísticas deixadas pela metáfora.

3. Retórica material, estratégica e analítica diante da metáfora: análise retórica de metáforas em decisões judiciais.

Nesta parte da introdução cabe expor como o objeto foi abordado, já que demonstrar essa forma e os critérios utilizados também é uma parte desta tese (tese formal). Nesse sentido, o trabalho possui duas naturezas: uma **descritiva** e outra **qualitativa**.

O trabalho é descritivo porque apresenta a relação entre metáfora e o signo jurídico “dignidade humana”, considerando o funcionamento dessa relação. É importante ressaltar que para a metodologia adotada não importa a valoração de condutas, pois ela não pretende pregar como deveriam ser as atitudes judiciais frente ao signo jurídico, objetivo de uma tese prescritiva, juridicamente dogmática.

²² NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 488-489.

²³ CF/1988, artigo 102, I, “I” e artigo 103-A, §3º.

O trabalho é qualitativo porque “lida com interpretações das realidades sociais”, contrariamente à quantitativa, a qual trabalha com “números, usa modelos estatísticos para explicar dados, e é considerada pesquisa *hard*”²⁴. Esse debate precisa ser encampado para justificar as decisões tomadas neste trabalho, porém, como serão necessárias definições, deixa-se para o capítulo quarto.

Nesta tese, a postura é cética, menos pretensiosa que qualquer jusnaturalismo. O tema escolhido não é apenas retórico por tratar de assuntos de interesse da retórica, mas porque a abordagem também é retórica. Essa abordagem retórica, seja do objeto teórico (“signo jurídico”), seja do objeto empírico (“Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”) será analítica – e, nesse sentido, mais do que puramente desconstrutivista – será analiticamente orientada²⁵.

Mas o que seria essa abordagem? Em que consistiu? Como se realizou? Para responder essas inquietações, acrescenta-se mais um ponto de partida que se junta aos outros três já apresentados. O **quarto ponto de partida** desta tese consiste na divisão da retórica e às conceituações teóricas da retórica analítica propostas por Ottmar Ballweg. Os detalhes serão apresentados no subcapítulo 4.1.2. Ottmar Ballweg é um dos marcos teórico-metodológicos utilizados nesta tese²⁶. Devido à natureza de uma introdução, cabe apenas expor as principais ideias, os comentários e acréscimos serão feitos no quarto e no quinto capítulo.

Para Ottmar Ballweg, a retórica se divide em três níveis: material, estratégico e analítico.

A **retórica material** é o nível mais básico da retórica. Parte da ideia que o homem se comunica pela linguagem, e a “linguagem mesma é retórica”²⁷. Assim, as

²⁴ BAUER, Martin; GASKELL, George e ALLUM, Nicholas. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento: evitando confusões. In: BAUER, Martin e GASKELL, George. (orgs.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Tradução de Pedrinho Guareschi. 7ed. Petrópolis: Vozes, p. 17-36, 2008, p.23 e 22.

²⁵ ARROJO, Rosemary. A noção do inconsciente e a desconstrução do sujeito cartesiano. In: ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído: implicações para a tradução, a leitura e o ensino**. 2ed. Campinas: Pontes, p. 13-18, 2003, p.13.

²⁶ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. Fasc. 163, Vol. XXXIX, 1991, p. 175-184.

²⁷ *Idem*, p. 176.

retóricas materiais se encontram na linguagem da comunicação ordinária, e nas linguagens de controle. A retórica material consiste na linguagem utilizada pelos homens para se comunicarem. As descrições intersubjetivas do mundo são retóricas e elas se tornam ainda mais importantes quando essas descrições são socializadas. Os relatos que alguém faz visam persuadir outros sobre “uma visão de mundo”, pretendem encontrar adeptos por mais que se trate de uma situação simples da vida. A “realidade” é retoricamente construída, as “ideias de razão” e a “racionalidade” também.

O “mundo em que vivemos” é uma concepção retórica, baseada em relatos descritos ou narrados pelas partes do discurso sobre o “mundo” e sobre a “vida humana”, sobre “razão”, “ética” e “direito”. É por isso que “um juiz contemporâneo não aceitaria na lide argumentos baseados em viagens no tempo e cidadãos da Europa medieval não compreenderiam histórias sobre viagens em foguetes e aviões”²⁸. As relações comunicativas mantidas entre os homens dependem da crença formada no relato. Os relatos cotidianos e naturalmente narrados constituem essa retórica material.

Não importa se os relatos serão confirmados por experiências científicas ou não; desde a virada linguística se concebe que essa “racionalidade” verificacionista também é construída pela linguagem. O relato de Albert Einstein sobre o cálculo matemático da energia ($E = m.c^2$) carece de tantos pressupostos discursivos que as pessoas comuns são constrangidas a aceitá-lo. Esse constrangimento que conduz à aceitação, essa violência simbólica, essa fixação de uma crença, realiza-se na retórica material.

É através desses relatos que os homens experimentam o mundo, o direito e a religião. Pessoas seguem o catolicismo porque creem nos relatos bíblicos com a mesma força que os mulçumanos acreditam no alcorão. As guerras santas simbolizam a luta de um relato buscando se impor frente a outro. Assim é que os relatos se impõem, pela violência da persuasão ou da imposição mesmo, tornam-se vencedores porque trouxeram mais adeptos.

A retórica material pode ser visualizada em uma disputa judicial: o relato leigo narrado pelas partes num processo, por exemplo. Uma testemunha prestando esclarecimento ao conselho de sentença, interrogada pelo magistrado, questionada pelos

²⁸ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

advogados ou pelo ministério público. Em todas essas situações o relato intersubjetivo de um “fato” estará sempre buscando convencer outros que algo aconteceu ou não ocorreu; que aconteceu de uma forma e não de outra. Portanto, a comunicação humana em qualquer situação é realizada intersubjetiva, linguisticamente, e constitui-se na maneira como as pessoas se comunicam: o caminho linguístico da comunicação (o método).

A **retórica prática** ou **estratégica** reflete sobre a retórica material, que é seu objeto. Constitui-se no primeiro grau de uma metarretórica: é uma linguagem especial falando daquela linguagem de primeiro nível. Pretende classificar, catalogar, organizar as retóricas materiais. Ela possui a pretensão de criar uma teoria dos métodos, e, nesse propósito, revela-se **metodológica**²⁹. A retórica prática também é estratégica porque pretende ensinar como os discursos práticos devem ser para atingir maior eficácia. Por isso não é meramente uma ordem descritiva da retórica material, sua pretensão é maior.

O objetivo da retórica prática ou de qualquer metodologia é prescrever ações; dizer como essas ações materiais devem ocorrer para ter mais chances de sucesso. Por exemplo, esse é o objetivo da teoria da argumentação: classificar os tipos dos argumentos, prescrever qual a melhor forma de argumentar dada uma situação. O advogado que analisa os argumentos que aquele magistrado mais simpatiza ou qual a tendência daquele grupo de desembargadores diante de determinada situação estará realizando uma metodologia, estará exercitando a retórica prática. Portanto, a retórica prática procura responder o que, como e quando dizer.

E, finalmente, a **retórica analítica**. Essa reflete sobre as relações mantidas entre a retórica estratégica e a retórica material. Constituiu-se em uma linguagem ainda mais especial, pois seu objetivo é a efetividade da linguagem de segundo nível (aquela metalinguagem) sobre a linguagem de primeiro nível. Por isso que a retórica analítica estabelece uma relação ainda mais distante, constituindo-se em uma meta-metalinguagem.

Não pretende ser prescritiva como a retórica prática, mas **descritiva**; testa uma teoria, pois deseja saber se aquela teoria funcionou na prática. Procura descobrir se aquele argumento utilizado pelo advogado do exemplo anterior foi eficaz no discurso dirigido

²⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268; ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-39.

aquele grupo de desembargadores: assim, é analítica. Como ensina Ottmar Ballweg, não estabelece normas, nem está constrangida pelo dever de decidir qualquer demanda e nem mesmo de interpretar algum dispositivo legal; seus constrangimentos são outros: “limitações formais dos enunciados”, as “considerações permanentes que os resultados podem se transformar em empíricos” e o “caráter parcial das análises”³⁰.

Esse terceiro nível de retórica não se confunde com a metodologia. A metodologia descreve os métodos apenas com intuito teórico, pois sua pretensão é normativa, de criar uma teoria dos métodos. A retórica analítica somente descreve as relações de como a retórica estratégica influenciou retóricas materiais. Diferentemente da metodologia, não prescreve nem normatiza. Essa retórica analítica descritiva abstém-se das valorações da metodologia, daí se dizer **metódica**³¹.

A metódica verifica como funcionou a linguagem prática sobre a linguagem material em determinado discurso. Para realizar isso, decompõe-se o discurso, desconstrói-se a fala ou a escrita daquele que discorre sobre a aplicação de uma teoria, essa “postura metódica aqui pode ser chamada de **desestruturante**, em contraponto à teoria de Müller”³².

Visando estabelecer um critério para que a retórica analítica se operacionalizasse, Ottmar Ballweg recorreu às tríades semióticas da comunicação humana: os sujeitos (utentes), os objetos (relatos vencedores) e os signos. Ele visualizou a possibilidade de a desestruturação ocorrer sobre um desses três paradigmas distintos, desenvolvendo o seguinte:

A **retórica analítica é holotática** quando objetiva desconstruir um discurso tomando por base os relatos vencedores. Cumpre a uma análise holotática descrever como esses relatos venceram, primando por justificativas externas ao texto, ligadas ao contexto.

³⁰ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. Fasc. 163, Vol. XXXIX, p. 175-184, 1991, p. 179.

³¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268; ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-39.

³² ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39, grifos no original.

Adeodato explica que o termo holotática deriva do grego “holismo”, “que significa universal”, e ainda:

Holística pode ser definida como a tendência, supostamente presente em todo o universo, de que as unidades se agrupem em novas unidades organizadas, progressivamente mais amplas, na direção de uma totalidade harmônica, coordenadas por um princípio ontológico unificador³³.

A retórica analítica holotática poderá ser axiomática, ontotática ou teleotática. Em todas elas os relatos vencedores dirigem a desestruturação do discurso. Na axiomática se objetiva verificar como esses relatos vencedores influenciam os signos, como se cria o objetivismo linguístico a partir de contextos ideológicos e racionais, por exemplo. A ontotática verifica como relatos vencedores influenciam outros relatos vencedores, marca do ontologismo. E, finalmente, a metódica teleotática apresenta a pretensão de analisar como os relatos vencedores influenciam os sujeitos da relação comunicativa.

Essa dimensão carrega muitas dúvidas, notadamente porque prega uma relação direta dos relatos vencedores, seja com outros relatos, com utentes ou com o signo. Para semióticos, essas relações não seriam possíveis, pois a comunicação se opera *inter-signos*; não interessa o relato em si, mas as ideias constantes naquele relato (signo) e como essas ideias são transmitidas. Como não é objeto desta tese, deixa-se essa discussão para outra oportunidade.

Uma segunda possibilidade da retórica analítica é a semiótica, na qual a desconstrução dos sistemas linguísticos é possível a partir do signo. O signo é, sem dúvida, o maior legado da virada linguística. Entre as tríades de Charles Sanders Peirce, a mais importante é aquela que impõe à comunicação humana uma relação entre objeto, sujeito e *representamen*. O signo é o terceiro dessa relação e, para os semióticos, a fonte de explicação sobre como as ideias são transmitidas, independentemente de variações linguísticas. Como as teorias da linguagem e as teorias da significação dialogam muito pouco sobre o funcionamento do signo, as terminologias e as sugestões causam variações que prejudicam o estudo desse elemento. Os dissensos entre semióticos e linguistas – e, *interna corporis*, entre eles mesmos – são evidenciados no capítulo primeiro desta tese, no qual se propõe acordos da linguagem, válidos para todo restante desta tese.

³³ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

Pois bem, a **retórica analítica semiótica** pretende analisar a relação do: a) signo – signo, verificando como um signo influencia outro através de regras impostas pela linguagem (sintaxe); b) signo – objeto, verificando como um signo influencia a percepção do relato vencedor, ou seja, dos vários sentidos presentes num texto (semântica); c) signo – utente, verificando como um signo influencia a percepção do sujeito inserido dentro de certo contexto geográfico, histórico e ideológico (dimensão pragmática).

Interessa, a esta tese, a **retórica analítica fronética**. Nela, destacam-se os sujeitos como participantes do discurso, não numa atuação passiva como na pragmática, mas numa atuação ativa, como produtores e influenciadores do sistema linguístico da comunicação.

Uma retórica analítica pode ser feita a partir de quaisquer dos referentes, todos possuem importância e carregam significado especial. Entretanto, a fronética:

[...] constitui a atitude retórica propriamente dita, é a atitude tomada pelo retórico analítico, pois lhe dá uma perspectiva além da material, na qual todos estão imersos, e da prática, que é dominada pelo técnico, pelo especialista³⁴.

Ottmar Ballweg a divide, por sua vez, em três dimensões de análise: 1 – dimensão agônica, 2 – dimensão ergônica e 3 – dimensão pitagórica.

1 - A **dimensão agônica** observa os relacionamentos entre sujeitos e sujeitos, afastando, tanto quanto possível, as relações indiretas promovidas pelos signos. Aqui cabe a influência das condutas dos sujeitos da comunicação em outros sujeitos, busca-se verificar porque ocorrem. João Maurício Adeodato exemplifica que essas temáticas “giram em torno da definição da figura o sujeito de direito, se uma relação jurídica só se dá entre sujeitos, o que significam credor, devedor, obrigado, inadimplente?”³⁵

2 - A **dimensão ergônica** ocorre entre os utentes e o objeto: entre sujeito e o relato vencedor. Esse tipo de retórica analítica se centra em saber como o sujeito manuseia as definições, os conceitos jurídicos relevantes e define as “coisas”. Como os

³⁴ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**: São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

³⁵ *Idem*, p. 42.

sujeitos, dentro de certo contexto, impõem os sentidos de uma e outra maneira; como os sentidos são construídos dentro de certos contextos, é isso que interessa à dimensão ergônica, como as palavras são manuseadas.

3 - A **dimensão pitanêutica** ocorre entre utentes e signo (U → S). Aqui, a preocupação é com a ideias, como os utentes criam, destroem e recriam os signos de um sistema, do sistema linguístico e do direito, por exemplo. Analisa como são possíveis as decisões judiciais a partir de textos prévios (significantes), sem um conteúdo previamente definido (significado). A função desse tipo de retórica analítica é “explicar como surge o **poder de definição**, pelo qual os sistemas linguísticos são construídos e destruídos”³⁶. A partir da metódica centrada no utente se pode investigar como os conceitos jurídicos são fixados casuisticamente.

Esta tese se posiciona no terceiro nível da retórica. Neste trabalho, destacam-se metáforas em decisões do Supremo sobre dignidade humana. Entretanto, esta tese não assume pretensões normativas, do tipo como manusear metáforas ou quais aquelas de maior brilho, ou se é melhor vincular a dignidade humana à metáfora da base (“esse princípio é base de todo ordenamento jurídico”) ou à metáfora do topo (“esse princípio está no topo do ordenamento jurídico, nada podendo desafiá-lo”). Essas preocupações não pertencem a esta tese, embora não se negue que “os resultados analíticos servem indiretamente à *práxis* e podem otimizá-la na efetivação de seus objetivos”³⁷. Aqui, verifica-se o funcionamento das metáforas no processo de definição do direito.

A análise feita nesta tese é pitanêutica porque se baseia na atuação do Supremo, um utente. Não é uma investigação a respeito de como o Supremo se relaciona com outros tribunais ou com juízes da primeira instância, ou como os ministros componentes do STF se interrelacionam. Nesse caso seria uma retórica analítica fronética agônica. Também não pretende verificar a postura do Supremo Tribunal Federal na criação de termos e definições dentro da decisão ou através do seu relato vencedor. Assim ocorre quando o tribunal cria novos termos ou expressões para decidir: “teoria da transcendência dos motivos

³⁶ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43, grifos no original.

³⁷ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. Fasc. 163, Vol. XXXIX, p. 175-184, 1991, p. 179.

determinantes”, “declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”, se assim fosse, este estudo se encontraria no campo da retórica analítica ergôntica.

Claro que a postura analítica será completa se considerar todas as suas subdivisões (argôntica, ergôntica e pitanêutica) que, em certa medida, interagem-se e se completam. Dizer que será utilizada a retórica analítica, que ela será centrada no comportamento e escolhas do utente, ainda diz pouco. É necessário esclarecer a relação entre retórica e metáfora, justificar a retórica analítica fronética pitanêutica das metáforas.

Para justificar a relação retórica e metáfora, recorre-se à **tese da bifurcação** defendida por João Maurício Adeodato³⁸. Sob o ponto de vista didático, a retórica se expressaria em tópica (teoria da argumentação) e em ornamento (teoria das figuras). Essa divisão bem representa os objetivos de uma retórica analítica: verificar quais e como os *topoi* são organizados no discurso ou investigar como as figuras de linguagem contribuem aos gêneros discursivos.

Como estudar todas as figuras de linguagem seria impossível, esta tese optou pela metáfora. Essa escolha foi razoavelmente guiada, considerando que “Para muitos autores, na linha de Friedrich Nietzsche, ela reuniria todas as figuras de linguagens, em última instância, pois toda linguagem é metafórica”³⁹. Outro argumento é a quantidade de teorias que subsidiam o estudo da metáfora, um facilitador em relação à identificação de seu estatuto epistemológico.

Os procedimentos da pesquisa aplicada estão colocados no capítulo quinto. As escolhas pelos dados de entrada, a forma como as decisões foram verificadas individualmente, a organização sistemática, a etiquetagem e a avaliação final se consistem em etapas que variam em forma e em conteúdo nos mais diversos autores. Provavelmente seria disfuncional discutir todas as questões neste introito, uma vez que seriam necessários conceitos e contextualizações que fugiriam às intenções de uma introdução.

³⁸ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

³⁹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 112; CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 67-72.

De modo geral, esta tese utilizou a noção de **agendas de trabalho**, conceito içado da Análise Crítica do Discurso (ACD). Os estudos realizados pela ACD têm crescido em quantidade e em qualidade nos últimos anos despertando interesses e provocando muitos debates. A ACD fornece modelos de investigação que metodologicamente debruçam-se sobre o discurso como a retórica analítica, embora a investigação tenha como finalidade detectar “o modo como o abuso de poder, a dominação e a desigualdade são representados, reproduzidos e combatidos por textos orais e escritos no contexto social e político”⁴⁰.

Para esta tese, a análise crítica do discurso desenvolvida por Norman Fairclough foi fundamental para a análise pitanêutica de metáforas pretendida aqui. Embora se tenha desenvolvido uma agenda especial de trabalho cujas inspirações epistemológicas são eminentemente retóricas, não há porque negar que a organização das ideias durante a execução da retórica pitanêutica guiou-se pelas observações de Norman Fairclough. A proposta dele é que cada evento do discurso seja analisado sob três dimensões: como texto, como prática discursiva e enquanto prática social. Da análise textual se retira a dimensão descritiva, da prática discursiva a dimensão interpretativa, e, finalmente, da prática social, a explicação para dominação e hegemonia.

É bem verdade que os analistas críticos do discurso lidam com conceitos transversais, tais como intertextualidade, hipertexto e polidez, por exemplo, pois pretendem desvendar as práticas que culminam com mudanças sociais. Esses conceitos não serão tratados nesta tese, pois este trabalho retirou da ACD a inspiração necessária para organizar a análise pitanêutica de metáforas, sem adotar os mesmos caminhos, assunto tratado no capítulo quarto especificamente.

4. A forma de abordagem dos objetos teórico e empírico, além dos problemas da pesquisa, influenciou a trajetória desta tese. As preferenciais redacionais.

Para finalizar a introdução, mais duas questões devem ser enfrentadas, ambas centradas na organização da tese: a primeira relacionada às escolhas técnicas da redação do trabalho e a outra sobre a disposição dos capítulos, a trajetória da tese.

⁴⁰ VAN DIJK, Teun A. **Discurso e poder**. Tradução de Judith Hoffnagel e Karina Falcone (orgs.). 2ed. São Paulo: Contexto, 2010, p. 113.

As opções da redação do texto construíram-se a partir das regras expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. A consulta a cada um desses instrumentos garantiu padronização na apresentação do trabalho. A NBR 14724:2005 fornece modelos para citação, seguiu-se o padrão completo das notas de rodapé que, embora sejam mais exaustivas, permitem o acesso às informações detalhadas do texto referido. As NBR 10520:2002 e NBR 6023:2002 tratam das referências, quais foram lançadas no final do trabalho, em seção específica. As notas explicativas também foram usadas sempre que uma informação secundária precisou ser feita, dispôs-se pouco dessa possibilidade para evitar longos trechos paralelos provavelmente inúteis. Os componentes pré-textuais e pós-textuais observam as normas técnicas para que a tese guarde homogeneidade.

No que tange a trajetória, o trabalho discutiu problemas da filosofia do direito, mais detidamente questões da filosofia da linguagem jurídica. O eixo temático deste trabalho interessa à filosofia geral à medida que se relaciona com questões intrincadas da construção linguística e da percepção humana, transportadas para o fenômeno jurídico da decisão, da concretização normativa. O trabalho não possui ambição dogmática, somente analítica.

A abordagem do tema é retórica, como também são os métodos, a metodologia e a metódica empregados. Os problemas e o objeto receberam tratamento retórico, desde as concepções passando pelas justificativas e pelas estratégias de enfrentamento. A tese detalhou cada escolha, associando postulados e regras metodológicas, a fim de se evitar a acusação de arbitrariedade.

Ainda que indiretamente, a tese se contrapõe a expressões como “clareza da lei”. Nenhuma interpretação, ou a mais apurada hermenêutica jurídica, obtém sucesso ao tentar definir o “espírito da lei” ou a “vontade do legislador”. Interpretação e hermenêutica teriam funções diferentes daquelas que tradicionalmente lhe impõe o positivismo jurídico. Para observar que funções seriam essas, basta assemelhá-las aos métodos e as metodologias da retórica. As interpretações ocorrem diante dos relatos dos eventos sem preocupações científicas. A hermenêutica, por seu turno, ocorre no plano da metodologia, figura como “ciência da interpretação”, assumindo-se competente para captar os métodos, organizá-los, de apontar os mais eficientes para a discussão.

Sob esse espírito, os capítulos são agora apresentados, todos resumidos e coordenados na mesma disposição que constam no sumário. Os três primeiros capítulos servem de fundamentação à tese. Os capítulos 2 e 3 foram dispostos por critérios puramente históricos. Os capítulos 4 e 5 foram dedicados à pesquisa (análise retórica de metáforas). O capítulo 6 trouxe a tese formal; o capítulo 7, as conclusões: as teses materiais que explicam a influência das metáforas na construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas decisões do Supremo Tribunal Federal; no caso, a tese da ação metafórica diversificada e a tese da transferência cognitiva.

O **primeiro capítulo** possui um objetivo específico: propõe um acordo terminológico. Procura definir “signo”, “significante”, “significado”, “sentido” além de propor “signo jurídico” e “expressão simbólica”. Essas definições e as propostas terminológicas que se seguiram são importantes para esta tese, elas se encontram devidamente justificadas. O capítulo se inicia com a problematização sobre a linguagem jurídica, demonstrando que esse é um debate importante tanto para a filosofia da linguagem, como para a linguagem da filosofia. Ele procura demonstrar como as variações semânticas e pragmáticas causam modificações no sentido do termo “signo”, notadamente em três autores: Aristóteles, Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Peirce. Textos desses autores e de outros filósofos são utilizados como comentários ao tema central. Ao final do capítulo primeiro, são apresentadas sugestões terminológicas que serão válidas para todo restante da tese.

O **segundo capítulo** abordará a metáfora como um fenômeno da linguagem. Assim pensavam os linguistas até a *cognitive turn*. Desde a concepção clássica até o movimento de virada cognitiva, as teorias da metáfora são as únicas que pretendem explicar-lhe o funcionamento. A tese procura investigar quais dessas teorias ainda podem explicar a metáfora, considerando-a apenas um fenômeno da linguagem escrita. Perguntas do tipo qual a natureza linguística da metáfora ou como a metáfora realiza sua tarefa de afiguração são importantes para juristas, debates que conduzem à antiga questão de sentido metafórico *versus* sentido literal: pode-se ser fiel à letra? Pode-se ser fiel à letra da lei?

O **terceiro capítulo** complementa o anterior. Agora, trata a metáfora sob outro enfoque. Nesse tópico, ela é abordada como produto de um processo cognitivo, anterior à

expressão. A partir da *cognitive turn*, associações conceituais ocorrem no intelecto humano para construção da “realidade” e, embora passíveis de observação apenas na linguagem, evidências na linguagem conseguem denunciá-las. Serão analisadas como as teses de semanticistas e cognitivistas sobre a natureza e funcionamento da metáfora foram conciliadas. A questão que se deve responder está resumida no seguinte: a percepção da “realidade” do mundo, não é ela mesma metafórica? Não seria o mundo percebido metaforicamente?

O **capítulo quarto** versa sobre as bases para a retórica analítica. Aqui se procura justificar escolhas com embasamento científico, associa pesquisa qualitativa à quantitativa pretendendo racionalizar os dados de entrada, as etapas e as formas de seleção dos objetos, as fases de verificação. A etiquetagem, a avaliação parcial e a reavaliação enquanto momentos cruciais da retórica analítica. A tarefa é apresentar os métodos utilizados na lapidação do objeto de pesquisa, transformando-o em *corpus* linguístico. Foram identificados o *corpus* de apoio, de contraste e o *corpus* básico. Esses conceitos e essas definições são colocados no capítulo quarto, para a pesquisa se apresentar precisa. O *corpus* básico se encontra representando pelas decisões do Supremo Tribunal Federal que trataram de demandas envolvendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Nesse capítulo são justificadas as escolhas do utente “Supremo Tribunal Federal” e do signo “princípio da dignidade”, através de argumentos linguísticos, jurídicos, históricos e sistêmicos. Cada argumento foi construído de modo a legitimar os levantamentos, a análise e os relatórios descritivos apresentados no capítulo quinto. As subdivisões internas correspondem às etapas das justificações mencionadas.

O **capítulo quinto** aborda a pesquisa empírica, a retórica analítica propriamente dita. Cuida da verificação do *corpus* linguístico justificado no capítulo quarto. O Princípio da Dignidade será utilizado como expressão simbólica carregada de sentido na práxis processual (*a posteriori*). São observadas as metáforas usadas no discurso, as associações cognitivas que sugerem, buscando uma interpretação sistêmica dos resultados de cada análise, como se inter-relacionam, como se comunicam. O *corpus* básico corresponde a duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental e duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Para trabalhar mais facilmente, o *corpus* básico foi dividido em duas partes, *subcorpus* ementa e *subcorpora* votos para daí se identificar as metáforas em cada parte do *corpus*, finalizando com as comparações e construções necessárias. As metáforas

foram classificadas conforme modelo construído no capítulo terceiro, e aqui serviram de paradigma (*corpus* de contraste). *Corpus* de apoio é igualmente definido, bem como colocado sua importância para realização da análise retórico-pitaneutica realizada neste capítulo. As subdivisões do capítulo quinto representam as etapas da pitaneutica.

No **capítulo sexto**, a abordagem foi repartida sob dois propósitos especiais; foi tratada a questão da tese formal defendida neste trabalho, e dos aspectos relacionados com os tipos de metáforas encontradas nas decisões do Supremo Tribunal Federal objeto da pesquisa. A questão nesse capítulo se resume a apresentar as etapas da retórica pitaneutica de metáforas, problematizando-lhe o funcionamento (subcapítulo 6.1). No subcapítulo seguinte (6.2), o trabalho consistiu em descrever o funcionamento das metáforas relacionadas com o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, tomando por base petições iniciais e votos dos Ministros. Com base nos textos-base (petição e votos), foi possível detectar as metáforas construtoras da ideia de “dignidade humana”, classificá-las segundo a Teoria da Metáfora Conceitual desenvolvida por George Lakoff e Mark Johnson, bem como interpretar-lhes o funcionamento. Para tanto, a análise foi realizada dentro do contexto de cada decisão pesquisada para, no capítulo seguinte, serem colocadas impressões finais e as eventuais consequências.

Finalmente, no **capítulo sétimo** são apresentadas considerações finais. Um tanto revisitando as principais discussões trazidas pela tese em cada capítulo, quanto construindo as relações necessárias para as impressões parciais da retórica analítica de metáforas. A divisão interna desse capítulo foi em duas partes, ambas de igual importância. Na primeira parte, serão apresentadas as teses materiais, transvestidas sob o argumento de que 1. Não é possível um significado para o Princípio da Dignidade Humana nas decisões pesquisadas, 2. O Princípio da Dignidade não permite uma abertura interpretativa, mas um fechamento argumentativo, e 3. Não se argumenta apenas com base no Princípio da Dignidade. Essas teses são explicadas a partir de duas ideias distintas, reunidas depois das devidas avaliações, a saber: a) o Princípio da Dignidade é construído, destruído e continuamente reconstruído graças ação de diversificadas metáforas, e, b) essa diversidade metafórica demonstra que metáforas não são instrumentais retóricos apenas formais, como pensam inclusive retóricos: as metáforas compreendem associações de conceitos com transferência de conteúdo. E, ainda que essa transferência seja precária e circunstancial, o produto dessa relação não é meramente formal, mas sim cognitivo.

No subcapítulo 7.2, a tese restabelecerá uma relação anteriormente repartida. O trabalho chama atenção para as influências do signo construído (princípio da dignidade da pessoa humana) no sistema jurídico-linguístico representado pelo Direito. A influência dos utentes ($U \rightarrow$) nas relações comunicacionais é objeto da retórica fonética, da qual a pitânêutica é um tipo de retórica analítica. Admitindo-se o signo construído, a influência dele, signo, no sistema comunicacional é objeto de análise da semiótica, da qual a pragmática é uma espécie. Daí se dizer que a pitânêutica e pragmática realizam análises retóricas que se complementam. Se por um lado interessa à pitânêutica a influência do utente na construção do signo ($U \rightarrow S$), na pragmática interessa a influência do signo sobre o sujeito ($S \rightarrow U$). Esse subcapítulo 7.2 procura, com isso, evidenciar que a relação “Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana” pode ser alvo de outras retóricas analíticas, que não somente da pitânêutica.

Antes de iniciar os capítulos da tese, importante registrar que nos três primeiros capítulos constam argumentos sobre a fundamentação teórica deste trabalho. Nos três capítulos finais (4, 5 e 6), apresentam-se as pesquisas empíricas e as conclusões possíveis. Embora esses três capítulos finais tenham sido dedicados à pesquisa empírica, teorias também são mencionadas e utilizadas como forma de justificar as variadas escolhas formais e metodológicas que a tese tomou. Apesar de capítulos empíricos, todos eles possuem marcos teórico definidos, antes das conclusões que são apresentadas no capítulo sétimo. Frise-se, por fim, que esta tese está impressa em dois volumes: no primeiro, constam desde esta introdução até as referências; no segundo volume, os votos dos Ministros e as ementas das decisões pesquisadas (*subcorpora* ementas e *subcorpora* votos).

Capítulo Primeiro

Os problemas da linguagem da filosofia e da filosofia da linguagem: significante, significado e cotexto na construção do Signo Jurídico.

1.1 – A necessidade de acordos prévios sobre terminologias filosóficas utilizadas nesta tese para a discussão da ação de metáforas na construção, destruição e recriação do signo jurídico.

Cumpre, a este capítulo, apresentar as terminologias utilizadas nesta tese conforme anunciado na introdução. “Signo”, “significante”, “significado” e “sentido”, como demonstrado aqui, são termos que assumiram muitas acepções no curso da história ocidental. Filósofos fizeram – e fazem – uso deles de variadas maneiras, de modo que se faz necessária a fixação dos respectivos alcances.

Para atingir esse objetivo, três subdivisões.

A parte central da discussão se encontra no subcapítulo seguinte (1.2), quando essas palavras serão definidas com as imprescindíveis fundamentações. O objetivo do subcapítulo 1.2 é demonstrar que o termo “signo” não foi utilizado com o mesmo sentido ao longo da história, nem entre diversos autores. Como exemplos, foram analisados os conceitos de “signo” em Aristóteles, em Ferdinand de Saussure e em Charles Sanders Peirce, pelas razões lá apresentadas. Conforme será verificado, o termo “signo” não apenas assumiu várias acepções, como as acepções assumidas por esses autores serviram para

justificar os propósitos das teses que sustentaram. Aqui, no subcapítulo 1.1, coloca-se a necessidade desse debate, fundamentam-se as causas filosóficas e históricas dessa discussão, problematiza-se porque é dever de uma tese problematizar antes de propor acordos terminológicos. Já no subcapítulo 1.3, são colocadas as consequências do debate sobre terminologias e sobre acordos prévios, reivindicando termos próprios para um estudo sobre a linguagem jurídica, especialmente no direito constitucional.

Como essas questões poderiam ser abordadas de inúmeras maneiras, este capítulo foi dividido sob um critério tradicional: dedica-se esta primeira parte às questões prévias ou simplesmente às causas do debate; na segunda parte, serão tratadas as questões centrais, para depois serem abordadas as consequências. Essas questões são circulares, estão intimamente ligadas, correlacionam-se, mas são enfrentadas analiticamente. Para se justificar a necessidade de acordos prévios, necessários três argumentos: um mais geral, relacionado à atividade de filosofar sobre a linguagem, preocupação da teoria do conhecimento; outro, mais específico, de caráter pragmático, afinal os consensos possuem utilidade empírica; e, finalmente, um terceiro argumento de natureza ética, uma vez que é dever do falante tornar claras as ideias defendidas.

Para colocar o **argumento da teoria do conhecimento**, defende-se que problematizar termos é uma atitude filosófica, afinal, a linguagem é “objeto da teoria do conhecimento e, em geral, do estudo dos processos cognitivos”⁴¹. Aqui, a linguagem problematizada é específica deste trabalho, uma linguagem com pretensões científicas, própria “da teoria do conhecimento científico”⁴². Essa ação de problematizar é característica da filosofia geral. A abordagem é feita pela filosofia da linguagem e o objeto problematizado é a própria linguagem. A postura para essa problematização é retórica, contrária à ontologia, já que não se acredita ser possível um conhecimento que “transmite a verdade através de conceituações precisas e claras, que não admitem refutação”⁴³.

Não se acredita que a linguagem seja **um** dos meios possíveis para se chegar à racionalidade, mas o **único** possível. Mas nem por isso se acredita que os termos e as

⁴¹ PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrícia; PETRILLI, Susan. **Fundamentos de filosofia da linguagem**. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 299.

⁴² *Idem, ibidem*.

⁴³ MAIA, Alexandre Ronaldo da. **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica**: por uma dogmática jurídica da multiplicidade. Tese (Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2001, p. 33.

expressões da linguagem possuam um significado unívoco, constante e imutável ao longo da história ou no uso ordinário de filósofos ou de juristas. Também não se defende que a linguagem seja arbitrária, posta à disposição e ao gosto dos participantes do discurso.

Explica-se.

Antes, foi dito que somente se tem acesso à realidade através da linguagem, portanto, fora dela, nada poderia ser comentado. Agora, é acrescentando o argumento de que a linguagem é construída pelos participantes do discurso, e embora não esteja completamente disponível aos sujeitos, ela é convencionada entre os atores da comunicação; seja por motivos históricos ou por interesses comuns, e, embora esses acordos sejam temporários, circunstanciais, autopoéticos, eles são a forma humana de acesso a qualquer "racionalidade".

Daí se argumentar que não uma há uma linguagem filosófica, ao menos uma linguagem própria, um código especial. No máximo existe **(um) certo uso** especializado da linguagem **na** filosofia, manuseada ou falada entre os filósofos. O que faz a filosofia senão utilizar termos e expressões ordinárias, algumas tomadas por empréstimo de outras ciências? A ciência do direito, a química, a biologia, a física e a matemática também agem dessa mesma forma; aliás, os "textos especializados consistem em produção da língua comum, posto que se utilizam do mesmo repertório fonológico, morfológico e sintático, elegendo o termo mais adequado às circunstâncias"⁴⁴.

A diferença da filosofia da linguagem para as demais disciplinas é que aqui o uso da palavra é problematizado, permitindo que o discurso filosófico transite entre vários conhecimentos, não permaneça confinado dentro de um determinado setor disciplinar. Consensos sobre termos são inevitáveis, ainda que não percebidos no cotidiano. Os pactos na linguagem se apresentam como via estratégica para enfrentar os problemas da vagueza e da ambiguidade da linguagem natural absorvida pelos conhecimentos especializados. Problematizar a linguagem é atitude filosófica, propor acordos linguísticos também.

O **argumento pragmático** que justifica os acordos prévios entende que consensos sobre o uso da linguagem são úteis, procuram evitar confusões. Enquanto os

⁴⁴ DIAS, Graciele da Mata Massaretti e SILVA, Manoel Messias Alves da. Aspectos da terminologia jurídica. In: COLARES, Virgínia (org.). **Linguagem e direito**. Recife: UFPE Ed., p. 49-69, 2010, p. 52.

físicos dizem que “ $E = m.c^2$ ”, os juristas falam em “trânsito em julgado”. Essa linguagem foi negociada anteriormente. Sem os acordos, não existiria o mínimo entendimento. Para provar isto, basta um jurista tentar explicar a fórmula einsteiniana ou o físico tentar explicar essa expressão simbólica dos juristas referente à irrecorribilidade de decisões judiciais. Isso ilustra porque, por vezes, o direito silencia quando equações matemáticas são apresentadas: elas constroem, tal como a física se inibe diante de expressões jurídicas como “culpa consciente”, “tutela antecipada” ou “dignidade da pessoa humana”, por exemplo. Provavelmente, um físico conteste que uma coisa seja indivisa, uma vez que a matéria pode ser dividida para além do átomo.

Diferentemente dessas ciências, a atividade do filósofo é discutir as “competências dos outros, e o faz pedindo explicações sobre a linguagem em que se ostentam competentes”⁴⁵. Para falar da linguagem, outras precisam ser criadas, mais distantes, acima da primeira: metalinguagens. As metalinguagens procuram dirigir as ações, normatizar a linguagem, dizer que regras devem ser obedecidas, portanto possuem uma atitude **prescritiva** frente ao primeiro nível da linguagem ou à linguagem propriamente dita. A fonologia estuda a formação do som, procurando regras “racionais” para que o som seja representado na sua formação e expressão; a estilística pretende a análise dos diversos traços característicos de uma época ou de um determinado autor; a terminologia se centra nos termos técnicos usados por determinada área do conhecimento. Por outro lado, a linguística se coloca em um terceiro nível (uma meta-metalinguagem), interessa-lhe a relação entre linguagem e metalinguagem. Ela se pretende meramente **descritiva**, mas útil à orientação da linguagem de segundo nível⁴⁶.

A relação entre direito e linguagem é próxima. Instituições são criadas, pessoas são condenadas, órgãos e direitos deixam de existir pela linguagem. A partir dessas situações é que a doutrina jurídica se pronuncia, diz como deve ser aplicado o direito constitucional, o direito penal ou o direito administrativo. A questão se torna linguística quando se observa como essa linguagem de segundo nível, a da doutrina, i.e., atua construindo, destruindo e reconstruindo conceitos, o que o faz também através da linguagem.

⁴⁵ PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrícia; PETRILLI, Susan. **Fundamentos de filosofia da linguagem**. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 288.

⁴⁶ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268.

Para não se confundir com a de primeiro nível, uma metalinguagem precisa ser negociada e construída. Essa também é linguagem, porém, carrega uma função diferente: normatizar aquela de primeiro nível. Assim, negociar os termos empregados nesta tese é útil. Antes de justificar a necessidade de se negociar a linguagem utilizada nesta tese, importa registrar que a linguagem objeto é **jurídica e escrita**: tanto o signo jurídico como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, objetos da tese, serão analisados através de textos escritos. Com isso, estão excluídas as linguagens gestuais ou da pintura, objeto das ciências cinética e pictórica.

E, finalmente, aponta-se um **argumento** de natureza **ética**. Voltando para uma questão filosófica específica, acordar o sentido em que os termos e as expressões são usados em uma tese garante mais controle à comunicação. É dever de o falante acordar as acepções dos termos utilizados. A palavra é uma representação do pensamento, quanto mais clara a terminologia estiver, o pensamento será transmitido com mais fidelidade. Isso não quer dizer que se defenda aqui a possibilidade de transmissão perfeita do pensamento pelas palavras, elas nunca conseguem realizar essa tarefa. Não se pode esperar que uma tese em direito viesse definindo “direito”, exceto se o problema de pesquisa for exatamente acepções que esse termo assumiu na história, como fez José Reinaldo de Lima Lopes ao investigar os “muitos modos pelos quais se definiu o direito ao longo do tempo e de como ele foi definido na modernidade em oposição à definição pré-moderna”⁴⁷, argumentando que sua pesquisa oportunizaria relevantes descrições do fenômeno jurídico, estudo de natureza etnológica.

Todavia, se uma tese trata da “dogmática jurídica”, esse termo reclamará por definições antecipadas, pois é um termo mutável ao longo da história, além de ser usado diferentemente entre vários autores. Sugere-se como regra geral, “definir todos os termos técnicos usados como categorias-chaves de nosso discurso”⁴⁸. Umberto Eco traz um caso significativo ao tratar de um exemplo em linguística, assevera que “nessa mesma tese de

⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei**: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. Tese (Tese apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito para concurso de Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 14.

⁴⁸ “[...] *definire tutti i termini tecnici usati come categorie chiave del nostro discorso*” (ECO, Umberto. **Come si fa una tesi di laurea**: le materie umanistiche. Milano: Tascabili Bompiani, 2010, p. 160).

linguística se usa a palavra «signo», não seria demais defini-la porque ocorre de autores diversos se referirem às entidades diferentemente”⁴⁹.

O exemplo utilizado por Umberto Eco apenas ratifica a necessidade de se definir o termo “signo”, a partir do qual vem a obrigação de demonstrar as divergências entre “significante” e “significado”, presentes na teoria da linguagem proposta por Ferdinand de Saussure e utilizadas nesta tese, temática colocada no subcapítulo seguinte.

Por enquanto, é momento de identificar as razões das variações terminológicas objetos deste capítulo (“signo”, “significante” e “significado”). As variações decorrem de implicações semânticas e pragmáticas, reconhecidas entre os linguistas como consequências das relações sintagmáticas e associativas. Tomam-se essas distinções como pontos de partida.

Antes, uma pequena observação: por enquanto, ao se tratar da palavra no **plano da expressão escrita** serão usadas barras: |Lei| representa a junção de lexemas e gramemas que formam o termo Lei (-L-e-i-) em português ou (-G-e-s-e-t-z-) no alemão. Se a referência ao termo precisar ser feita **no plano do conteúdo**, ou seja, do “significado”, usar-se-á a palavra entre colchetes [lei] e isso deverá provocar no leitor todas as sensações semânticas correlatas, tipo: lei é uma determinação do poder legislativo; é uma prescrição normativa; um dever-ser; uma regra entre as partes contratantes. O uso da palavra entre sinais <Lei> se referirá ao signo, composto temporariamente pelas subunidades “significante” + “significado”, na esteira do pensamento de Ferdinand de Saussure. Essa pequena convenção é importante para as próximas explicações.

Um dos motivos das variações da linguagem deve ser associado ao problema semântico. O argumento semântico para as variações demonstra que elas decorrem das frequentes relações sintagmáticas e do ato humano de se comunicar generalizando. Decorre da opção humana consciente ou inconsciente de ignorar certos significados de termos ou de expressões mais específicos, preterindo-os à generalização. Ao invés de se falar em lei ou em jurisprudência, fala-se em fontes do direito, por exemplo. <Fontes do

⁴⁹ “[...] questa stessa tesi di linguistica se uso la parola «segno» non sarà male che la definisca perché si da Il caso che in autori diversi so riferisca a entità diverse” (ECO, Umberto. **Come si fa una tesi di laurea**: le materie umanistiche. Milano: Tascabili Bompiani, 2010, p. 160).

direito> engloba [lei] e [jurisprudência]: o signo “fontes do direito” articula os significados de lei e de jurisprudência.

Entre <lei>, <jurisprudência> e <fontes do direito>, diriam linguísticos, existe uma relação sintagmática, representada lexicalmente por hipônimos (lei e jurisprudência), que ao mesmo tempo em que se ligam como co-hipônimos por pertencerem a um conjunto de natureza equivalente, também se aproximam ao hiperônimo “fontes do direito”.

Na descrição das relações lexicais, adotam-se os conceitos de conjunto e subconjunto e diz-se que o termo geral é um **hiperônimo** dos termos específicos, e que estes são **hipônimos** do termo geral. Os termos específicos, por sua vez, são **co-hipônimos** um do outro⁵⁰.

Assim, (1) os diversos significados possíveis do signo pertencem a um conjunto. Ex: cada significado possível do signo “lei” ou do signo “jurisprudência” ([lei], [jurisprudência]) constitui-se como elemento do respectivo conjunto de significados, numa relação de propriedade:

$$[1], [2] \dots [n] \in \text{SubConj } [Lei].$$

$$[x], [y] \dots [z] \in \text{SubConj } [jurisprudência].$$

Ainda, (2) se todos os significados possíveis de <lei> e de <jurisprudência> pertencem a um conjunto maior dos significados do termo “fontes do direito”, a mesma relação de propriedade é firmada, só que agora com o conjunto maior:

$$[1], [2] \dots [n] + [x], [y] \dots [z] \in \text{Conj } [\text{fontes do direito}]$$

Logo, pode-se dizer que a relação do conjunto “fontes do direito” com os subconjuntos “lei” e “jurisprudência”, sob o ponto de vista lexical, é uma relação de contenção. Se todos os elementos de cada subconjunto estão presentes no conjunto, pode-se dizer que os subconjuntos estão contidos no conjunto maior:

$$\text{SubConj } ([lei]) \text{ e } \text{SubConj } ([jurisprudência]) \subset \text{Conj } ([\text{fontes do direito}])$$

⁵⁰ AZEREDO, José Carlos. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 436.

As relações entre hipônimos, co-hipônimos e hiperônimo podem ser variadas, entre as quais se destacam a sinonímia e a antonímia⁵¹. As sinonímias e as antinomias podem decorrer de variantes geográficas, estilísticas, expressivas, históricas, normalmente ligadas às funções desempenhadas pela linguagem. Os termos e expressões são diferentes entre locais, em função do estilo e da intenção do falante, em função da emoção que deseja emprestar na comunicação ou mesmo no curso da história, como ocorreu com o termo “signo”.

Uma consequência verificada a partir do argumento semântico para explicar as variações terminológicas reside na **vagueza**, qual advém do movimento de generalização. Hiperônimos pressionam os termos para a vagueza. O termo “direito” é vago porque é constituído por uma série de significados. Constitui-se como hiperônimo de outros hipônimos, quanto mais hipônimos o termo possuir, mais vago se apresentará. Assim ocorrem nas línguas naturais e na linguagem jurídica, enquanto uma espécie desse gênero.

As variações terminológicas – e porque não, lexicais – não decorrem apenas de razões semânticas, do processo de generalização de hipônimos por hiperônimos, motivadores da vagueza. Se os vários significados contidos num termo conduzem à vagueza, o meio ambiente em que estão inseridos os participantes do discurso (emissor e receptor, falante e ouvinte, escritor e leitor) contribui para outro fenômeno: a **ambiguidade**. Esta é a outra causa pela qual ocorram variações da linguagem, uma consequência pragmática. Um dos postulados da hermenêutica universal proposta por Friedrich Schleiermacher sustenta que “o sentido da palavra em uma determinada passagem deve ser determinado a partir do contexto onde ela ocorre”⁵².

A lição de Friedrich Schleiermacher é: a função para qual a palavra foi utilizada contribui para a definição de seu sentido. Nisso é que “significado” e “sentido” se opõem: enquanto o primeiro termo guarda as possibilidades semânticas a partir de arquivos sinonímicos catalogados em dicionários, o segundo caracteriza um uso mais imediato, pragmático até. Contudo, que essas constatações não causem a (falsa) impressão de

⁵¹ AZEREDO, José Carlos. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 436.

⁵² BRAIDA, Celso Reni. Apresentação. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Baida. 5ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, p. 7-22, 2006, p. 17.

qualquer ressaibo ontológico, como se aqui se estivesse reivindicando um “significado verdadeiro ou literal” para os termos e para as expressões. Como essa questão será tratada no subcapítulo 1.3, cabe apenas uma reafirmação retórica: sentido e significado são construídos na linguagem, respeitadas as regras sintáticas da língua.

Destarte, as variações causadas pela pragmática decorrem do uso das palavras, não são mutações no nível teórico ou da linguagem *in vitro*, como se sucede na semântica (significado). A pragmática representa mutações no nível da *práxis, in vivo* (sentido). As variações semânticas contribuem para o fenômeno da vagueza: uma sentença é vaga se os termos que a constitui são gerais (hiperônimos). Por outro lado, a ambiguidade é uma “característica das sentenças que apresentam mais de um sentido”⁵³, porque constituídas considerando os relatos narrados (cotextos)⁵⁴.

É comum se defender que “o sentido se constrói no sistema; o sentido se constrói no sujeito; o sentido se constrói no processo histórico.”⁵⁵ Essas metáforas demonstram que cada um desses “locais” nos quais o sentido é construído contribui eficaz e diretamente para sua definição. Os relatos feitos pelos sujeitos histórica ou sistemicamente articulados são cotextos construtores dos “sentidos textuais”. Para esta tese interessa a produção do sentido pelo (ou **no**) sujeito, até porque relatos históricos e sistêmicos são ações do sujeito, são cotextos assinados por eles.

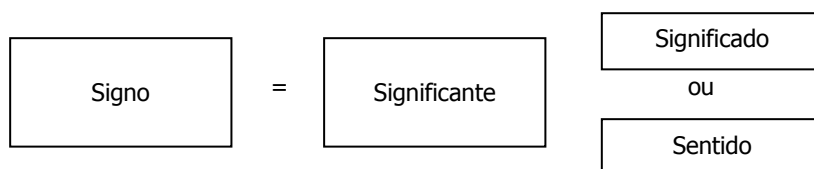
Essa visão pragmática altera a teoria linguística da significação proposta por Ferdinand de Saussure, mas oferece explicações valiosas para o fenômeno da ambiguidade. Isso porque, o contexto é um elemento sonogado na teoria saussuriana, segunda qual, signo é um hiperônimo de dois elementos conjugados: significante e significado (S = Se + So). O afastamento do contexto na teoria linguística de Saussure foi estratégico. O filósofo desejava uma teoria pura da língua, de modo que as explicações para fenômenos linguísticos seriam respondidos internamente, sem esquemas extralinguísticos (contextuais). Sendo o “contexto” um elemento incontrolável para uma Teoria da Linguagem, Ferdinand de Saussure acreditava que o afastando, conseguiria fixar pontos de partidas “firmes” para a Linguística Contemporânea, a partir dos quais ela conseguiria reivindicar *status* de ciência. No capítulo 1.3, voltar-se-á a esse tema e as

⁵³ ILARI, Rodolfo. **Introdução ao estudo do léxico**. 4ed. São Paulo: Contexto, 2010, p.9.

⁵⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 93-99.

⁵⁵ MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das letras, 2008, p. 13.

consequências para a diferenciação de **sentido** e **significado**. Desde já, esta tese defende que o “sentido” não é um subtipo do “significado”, mas sim uma unidade estrutural autônoma que, igualmente ao significado, contribui na formação do signo. Em suma, signos são formados pela subunidade “significante” adicionando-se **ou** a subunidade significado **ou** a subunidade sentido.



No subcapítulo seguinte serão tratadas as concepções do signo adotadas por Aristóteles, Charles Sanders Peirce e Ferdinand de Saussure, com algumas leituras complementares de comentadores. A condução das explanações será guiada pelo tema “signo”, uma vez que é objetivo geral deste capítulo argumentar a possibilidade de se adotar uma definição estratégica para esta tese: a ideia de **signo jurídico** e de **expressão simbólica**, termos que terão, ao longo do trabalho, um emprego específico.

1.2 – O sujeito na construção do sentido: como os textos e cotextos produzidos pelos sujeitos influenciaram na concepção de signo culminando nas suas variadas acepções filosóficas.

1.2.1 – O signo como afeições da alma e o signo como sinais: o uso do termo “signo” é variável em, e a partir de, Aristóteles.

Este capítulo apresenta um objetivo importante para a tese: demonstrar os sentidos em que “signo” é utilizado ao longo da tradição ocidental, especificamente como foi empregado por Aristóteles, e, depois da virada linguística, por Ferdinand de Saussure e Charles Sanders Peirce. De modo geral, os motivos dessas variações decorrem da necessidade dos filósofos estudados justificarem suas teorias.

Embora não seja o objetivo central da tese, apenas um objetivo periférico de inegável importância, as paradas em cada um desses autores serão sempre pessoais e, apesar de parecerem arbitrárias, são estratégicas. O *ethos*, o *logos* e o *pathos* presentes nos discursos científicos são fatores importantes para se legitimar usos terminológicos especiais. Grande parte deste subcapítulo será utilizada para verificar a trajetória argumentativa na significação do signo, analisar como o signo é definido e redefinido com vistas a atender às pretensões das teorias da significação e da teoria da linguagem.

Inicialmente serão apresentados dois textos de Aristóteles no quais “signo” é usado diferentemente. Depois, nos subcapítulos 1.2.2 e 1.2.3, o estudo se deterá nas contribuições de Ferdinand de Saussure e de Charles Sanders Peirce. Todos esses autores estão ligados pelo termo “signo” e o objetivo de reuni-los é demonstrar como esse termo foi utilizado variavelmente ao longo da história, autorizando esta tese a tomá-lo em sentido específico, tal como se encontra no subcapítulo 1.3. Os textos clássicos de Aristóteles (*Retórica* e *Da Interpretação*) são relevantes para as teorias posteriores do signo defendidas contemporaneamente, pois suas principais ideias e concepções vão ser posteriormente utilizadas como base teórica na virada linguística. Para atingir o objetivo, uma trajetória cronológica.

Provavelmente não se pode dizer que exista uma teoria dos signos em Aristóteles. O motivo principal dessa afirmação é a divergência terminológica utilizada pelo filósofo, notadamente em duas de suas principais obras⁵⁶. É bem verdade que se conhece Aristóteles por traduções, mas de posse delas, há uma variação que dificulta a identificação de um estatuto epistemológico apropriado sobre o “signo”.

O objetivo de Aristóteles em *Da Interpretação* é investigar a relação entre linguagem e pensamento. Ele problematiza como a linguagem se expressa e comunica os sentimentos da mente, questão mais contemporaneamente objeto de estudo da semiótica. Para tanto, ele procura definir **nome** e **verbo**, para explicar seu entendimento sobre negação, afirmação, sentença e proposição. Aqui, interessa o **nome**, pois há uma relação próxima com “signo”.

O nome,

[...] é um som que possui significado estabelecido somente pela convenção, sem qualquer referência ao tempo, sendo que nenhuma parte dele tem qualquer significado, se considerada separadamente do todo⁵⁷.

Pela passagem citada, percebe-se que **nome** é o produto da união de som a significado. Os sons simbolizam as paixões da alma, tal como as palavras simbolizam os

⁵⁶ Refere-se, aqui, a duas obras especificamente, a *Retórica* e a *Da Interpretação*. Aristóteles se refere ao signo ora como sinônimo de sinais (*Retórica*), outrora como significado (“símbolos das paixões da alma”) ou ainda como palavras (*Da Interpretação*).

⁵⁷ ARISTÓTELES. Da interpretação. In: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Bauru, p. 81-110, 2005, p. 82 [16a1-20].

sons. As relações entre paixões, som e palavra são dotadas de um simbolismo, de representações precárias: palavras seriam representações inacabadas das paixões:

Os sons emitidos pela fala são símbolos das paixões da alma, [ao passo que] os caracteres escritos [formando palavras] são os símbolos dos sons emitidos pela fala⁵⁸.

Aristóteles acredita que as paixões da alma sempre são as mesmas para toda humanidade, diferentemente do que ocorre com os sons e com os caracteres escritos, os quais se modificam. O sentimento de “amor” ou de “saudade” seria conhecido por todos, mas nem o som expresso, nem os caracteres escritos que lhes representam, são os mesmos nas diversas línguas. Aí reside sua conceituação de signo como **algo mutável, representativo e precário**.

Segundo a teoria aristotélica, o signo é mutável no sentido de imotivado. As unidades básicas da língua (lexemas e gramemas) unem-se para formar palavras (morfemas), mas significam apenas aquilo que significam. A partir dos morfemas, constroem-se frases, orações e textos completos. Por exemplo, o morfema “direito” se constitui de um lexema (direit-) e do gramema (-o). Os morfemas são as unidades básicas do léxico. Desde que as regras sintáticas de uma língua não sejam violadas, a criação de frases, de orações e de textos seria possível. O signo é representativo porque representa uma “realidade”; ele é precário, porque essa representação é uma tentativa de reprodução de algo “real”, com relativo sucesso.

[...] as paixões da alma, elas mesmas, das quais esses sons falados e caracteres escritos (palavras) são originalmente signos, são as mesmas em toda parte [para toda humanidade], como o são também os objetos dos quais essas paixões são representações ou imagens.⁵⁹

Para Aristóteles, as palavras são evidências das afeições da alma. Isso “não significa que elas (as palavras) tenham o mesmo estatuto semiótico que as afeições”⁶⁰. Palavras e afeições são coisas diferentes, relacionadas apenas simbolicamente. Aristóteles entende que os **significados** também são criados por convenção, independente do tempo.

⁵⁸ ARISTÓTELES. Da interpretação. In: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Bauru, p. 81-110, 2005, p. 81 [16a1-5].

⁵⁹ *Idem, ibidem*.

⁶⁰ ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 39.

Daí que todo nome assume as características de suas partes: **mutabilidade** dos sons ou das palavras e convencionalidade dos significados, e, assim, “nenhuma parte dele tem qualquer significado, se considerada separadamente do todo”⁶¹.

Nome = símbolos mutáveis (signos) + significados convencionados.

Contudo, ao longo de *Da Interpretação*, Aristóteles alega que nada se poderia acrescentar ao nome. As proposições dependeriam do verbo. O verbo sinaliza que algo foi dito, que algo pode ser julgado como verdadeiro ou como falso, em suma: o verbo é “o significante, a expressão, o veículo de uma predicação”, ele quem permite “que algo lhe seja acrescentado para que possa afirmar ou negar”. Usar o nome homem “encerra um significado”, mas suas sílabas isoladamente não transmitem mais que sons (ho-mem). A palavra sugere relação simbólica com o som, e o som com as afeições, mas nada acrescentaria nem lhe seria acrescentado⁶².

Já na *Retórica*, o signo aparece com outro uso, como sinônimo de sinais, local no qual os entimemas derivam. Entimema é um tipo de raciocínio cujas premissas não estão apresentadas, estão sonegadas diante da disfuncionalidade de mencioná-las. É certo que os entimemas não derivam apenas dos sinais, mas também das probabilidades (dos verossímeis), das opiniões geralmente aceitas. Pelo interesse específico do assunto, afastam-se as probabilidades como fontes de entimemas e foca-se nos sinais. Interessa os signos, certo que “uns apresentam uma relação do particular para o universal, outros, uma relação do universal para o particular”⁶³, distinguindo-os em duas categorias diferenciadas.

Aristóteles chama o primeiro tipo de signo de necessário (*tekmérion*), no sentido de prova: vai do universal ao particular servindo de premissa ao silogismo. Se a relação entre dois fatos é irrefutável, o argumento é irrefutável: se uma pessoa está com febre, está doente; se uma mulher tem leite, é porque pariu. O signo da doença é a febre, tal como o signo de ter parido é ter leite. É nesse sentido que o signo necessário possibilita

⁶¹ ARISTÓTELES. *Da interpretação*. In: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Bauru, p. 81-110, 2005, p. 82 [16a1-20].

⁶² *Idem*, p. 84 [16b1-30].

⁶³ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998, p. 53 [1357a].

estabelecer premissas gerais, como “todos que têm febre estão doentes”⁶⁴. A relação estabelecida pelo signo é de implicação, indicial. Leite implica ou é indício de gravidez, febre é indício de doença, apesar de saber hoje em dia que se pode estar doente e não ter febre.

Ao outro signo, não atribui uma denominação específica: define-o com um movimento que vai do particular ao universal. Umberto Eco sugere chamá-lo de “signo fraco” em oposição a “signo forte” (*tekmérion*)⁶⁵: “Um sinal de que os sábios eram justos é que Sócrates era sábio e justo”⁶⁶. Apesar de ser um sinal, o fato de Sócrates ser justo não implica que outros filósofos são justos. Isso é um signo refutável, não permite um raciocínio por silogismo. No caso, tem-se no máximo uma probabilidade, nunca uma irrefutabilidade. Semelhante estrutura argumentativa ocorre ao se afirmar que é sinal de doença ter respiração ofegante, pois se pode ter respiração ofegante sem estar doente.

Como pode ser verificado, enquanto na *Retórica* o termo signo não se presta a uma relação de representação, mas de implicação, funciona como sinônimo de indícios (índices), em *Da Interpretação*, o signo mantém uma relação simbólica, artificial, funcionando como representação. Esse uso diversificado do signo nas obras de Aristóteles é fomentando até a virada linguística. No período medieval, dizia-se que signo era *aliquid pro aliquo* (alguma coisa em lugar de outra), demonstrando que o signo não é uma realidade. Ferdinand de Saussure diz que o signo linguístico não une um nome a uma coisa, mas um conceito a uma imagem acústica. O mestre genebrino concebe os símbolos como signos não-verbais que não interessariam à linguística, influenciando toda teoria da linguagem posterior. Paralelamente a Ferdinand de Saussure, Charles Sanders Peirce desenvolvia sua teoria da significação interessado em decifrar o enigma da comunicação; para ele, todo símbolo é um signo, mas nem todo signo é um símbolo, posto que poderia ser índice ou ícone, influenciando toda semiótica desenvolvida posteriormente. Esse é o contexto em que “signo”, depois da virada linguística, é definido, conceituado e usado⁶⁷.

⁶⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998, p. 53 [1357a].

⁶⁵ ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 40.

⁶⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998, p. 53 [1357a].

⁶⁷ ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 40.

As meditações de Charles Sanders Peirce sobre o signo não são coerentes se interpretadas dentro do sistema de significação proposto, pois mudaram no curso da formação de sua teoria. O interesse pelas meditações peirceanas se deve às definições das espécies de signo e às relações que possuem com o objeto. Peirce é contemporâneo de Saussure, mas não há registros de diálogos entre os dois, embora ambos estivessem conectados por um interesse em comum, o signo.

Colocando os textos de Charles Sanders Peirce e de Ferdinand de Saussure sobre o signo lado a lado, é possível construir uma ligação entre eles, desde que seja dentro de duas perspectivas. **Na primeira**, serão abordados os contextos em que as teorias da linguagem e do signo se inserem, sobretudo, na história. Nesse primeiro momento não serão analisados os textos principais, as teses centrais ou as estratégias retóricas; será analisado o entorno histórico em se encontravam submetidos ambos os filósofos. O contexto, embora construído pelo sujeito, interfere na abordagem dos assuntos, nas intenções da pesquisa. **Na segunda perspectiva**, os sentidos de signo e os motivos de cada uso. O contexto de cada teoria se encontra relacionado aos objetivos e aos objetos pesquisados. Dessa forma, demonstrada as diferenças conceituais no uso da palavra “signo”, esta tese proporá uma terminologia mais conveniente às pesquisas realizadas nos próximos capítulos.

Os objetivos de Charles Sanders Peirce e de Ferdinand de Saussure podem ser centralizados no problema da comunicação. Peirce elabora uma teoria mais centrada no signo, realmente procura desvendar como ocorre o processo de transmissão das ideias. Sugere que esse processo ocorre a partir da relação signo-signo, signo-objeto ou signo-sujeito. Essas relações são denominadas, respectivamente, de função sintática, função semântica e pragmática do signo. A preocupação de Peirce é com a comunicação em geral, toda aquela realizada através do signo.

Por outro lado, Ferdinand de Saussure se interessa em formalizar sua teoria da linguagem a partir apenas na relação entre sujeitos (*inter-utentes*), sem ignorar que essa comunicação entre utentes ocorre com o auxílio dos signos, através da língua. A língua se constitui num sistema de signos organizados, sobre o qual tanto forças internas quanto externas alteram seu funcionamento e sua estrutura. Sua analítica despreza os fatores extralinguísticos no funcionamento da língua; objetiva um *status* científico para a linguística, no qual o signo possui um papel apenas secundário, contrariamente ao que

ocorre nas obras de Peirce. Saussure abre um caminho próprio para o estudo da língua, os recortes e as paradas justificam aonde quer chegar. Aliás, o próprio Saussure admite que o estudo dos signos pertence a uma teoria mais geral, capaz de englobar a linguística: a semiologia.

A ideia de um signo linguístico evidencia os interesses de Saussure. Para ele, importavam os signos representantes da fala ou da escrita, diferenciando-os dos símbolos, por exemplo. Em Peirce, palavras, frases e discurso são todos símbolos e, portanto, signos. Não existiria um tipo especial de signo linguístico que não fosse necessariamente simbólico.

Os objetos das teorias do signo e da linguagem são diferentes. A semiótica se prende ao signo em toda sua generalidade; a linguística possui como objeto principal a língua, ao conjunto sistematizado de signos. Para Saussure interessava a língua na sua forma fonológica (a fala) e na sua forma representada (a escrita), daí sua clássica diferenciação de *langue* e *parole*.

A partir dos objetivos e dos objetos de cada teoria da significação é possível se visualizar com mais precisão as razões das flutuações terminológicas de cada filósofo. Uma vez confrontadas, essas teorias marcariam sérias controvérsias tão somente desprezadas porque as motivações de cada autor no manuseio dos argumentos são pessoais. As várias relações triádicas de Charles Sanders Peirce (objeto, signo e interpretante ou ícone, índice e símbolo) e de Gottlob Frege (sentido, referência e representação), e a relação dual de Ferdinand de Saussure (Se/So) seriam suficientes para demarcar o problema da variação. Poder-se-ia imaginar que essas teorias se contradiziam, notadamente se o contexto de cada uma não fosse devidamente destacado. A intenção em demonstrar os argumentos e o raciocínio dos filósofos aqui não é para destacar dessemelhanças e controvérsias de duas dessas teorias da significação, mas sim evidenciar pontos de convergência. Acredita-se que as diferenciações justificam que se utilize, nesta tese, uma linguagem própria. Da mesma forma, as eventuais convergências das teorias analisadas auxiliam na construção dessa linguagem própria. Muitos conceitos e algumas definições serão incorporados sem retoques, outras carecerão ser negociadas, sem que se isso signifique uma **crise conceitual** do signo, como denunciou Umberto Eco⁶⁸.

⁶⁸ ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 17-19.

1.2.2 – A teoria pura da língua saussuriana e as influências no uso do termo “signo”.

Para entender as modificações conceituais que o termo “signo” sofreu depois da virada linguística, é importante colocar as principais concepções fixadas com base na teoria pura da língua de Ferdinand de Saussure. O desenvolvimento das ideias comprova a tese defendida aqui de que a palavra “signo” possui variadas significações. Assim, não estaria equivocado propor um uso especial neste trabalho. Indubitavelmente, a assinatura de Saussure sob a ideia contemporânea de signo é um elemento persuasivo. O *ethos* do discurso saussuriano influenciou o sucesso dessa concepção, legitimou seu trânsito entre os filósofos da linguagem, pois:

[...] Saussure deixou uma persistente imagem de campeão da separação entre linguística interna (forma do contexto sócio-histórico) e a linguística externa (a que considerada os fatores exteriores que condicionam os fenômenos linguístico)⁶⁹.

A autoridade de Saussure é tão importante quanto os argumentos usados pelo linguista (*logos*), cujo propósito era a construção de uma teoria pura sobre a língua. O método de sua teoria foi estratégico, conduziram às conclusões persuasivas e foi um dos motivos para que seu sistema tivesse sido utilizado na análise dos sentidos em sistemas linguísticos naturais. Basta verificar que Saussure propôs um uso específico do “signo”, aparentemente mais modesto, apenas na linguagem entre os homens. Contudo, a segmentação, a repetição e a memória dessa ideia são fatores associados ao sucesso do uso, a ponto de se incorporarem hoje ao seu significado⁷⁰.

Outro elemento é o contexto em que Saussure estava inserido. O problema enfrentando pelo filósofo carrega como pano de fundo uma suposta crise de autonomia científica da linguística, que soluciona por meio de um discurso retórico. Ele limitou o campo de atuação da linguística em “todas as manifestações da linguagem humana”⁷¹. Saussure fixa o objeto dessa ciência primeiramente na língua, secundariamente na fala. É possível se reconhecer uma tese da bifurcação da linguística em **linguística da fala**,

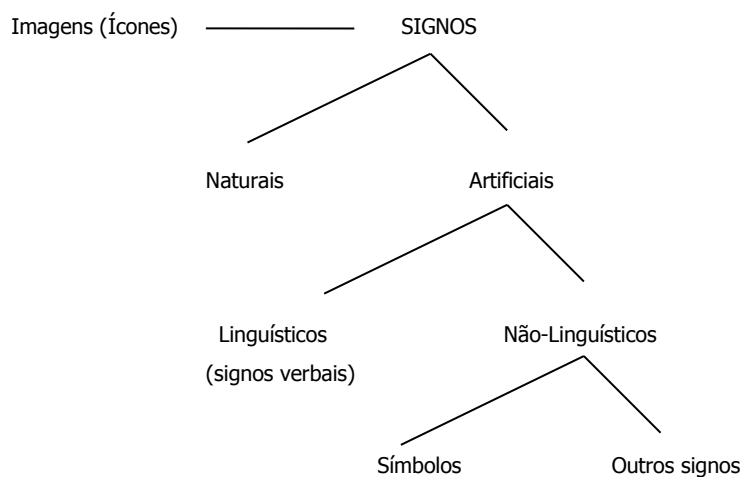
⁶⁹ LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 20ed. São Paulo: Cultrix Editora, 2008, p. 72-73.

⁷⁰ AZEREDO, José Carlos. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 436

⁷¹ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 13, 23 e 27.

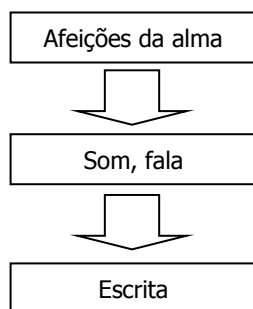
encampada principalmente pela fonologia, e, em **linguística da língua**, traduzida por disciplinas como a gramática, a lexicologia e a estilística⁷².

O esquema teórico construído por Ferdinand de Saussure parte do pressuposto de que a fala é individual, muito mais abstrata que a língua. O sistema que rege a fala é bastante especial, interno até. Ele considera a língua, por outro lado, independente do indivíduo, mais social e socializante: serviria com mais eficiência à comunicação humana. A língua é constituída por signos verbais, excluídos os signos não-verbais. Daí a tradicional “árvore dos linguistas” para demonstrar a relação língua e signo. O signo é o caule, que se divide em galhos; os galhos também se subdividem, conforme se pode verificar na figura abaixo:



No “galho” dos signos verbais ou simplesmente linguísticos, Saussure defende dois outros galhos, um da escrita e outro da fala. Na realidade, recorre à distinção antiga de Aristóteles entre fala (som) e escrita, sem lhes negar a natureza representativa: “som” e “escrita” são formas de representação do pensamento. O raciocínio é clássico: as afeições são representadas pelos sons, que são representados por palavras escritas.

⁷² SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 28.



Ferdinand de Saussure argumenta duas razões para que a fala represente as afeições da alma, e não a escrita: uma de natureza histórica e outra de natureza funcional. A razão histórica sustenta a importância da linguagem falada sobre a linguagem escrita pela precedência, a fala precede à escrita. Têm-se os exemplos nas civilizações pré-históricas que falavam, mas não escreviam. Além do que, o homem primeiro fala para depois aprender a escrever. A razão funcional está ligada à característica assessória da escrita em relação à fala. Apesar desses argumentos, Saussure verifica um prestígio da linguagem escrita sobre a falada por quatro razões: a segurança que a imagem gráfica estabelece, a vida mais longa para as impressões visuais que para as impressões acústicas, a organização da escrita (dicionário, ortografias, regras de sintaxe) quando se compara com os sistemas de organização da fala. Na disputa entre escrita e fala, a escrita é vitoriosa⁷³.

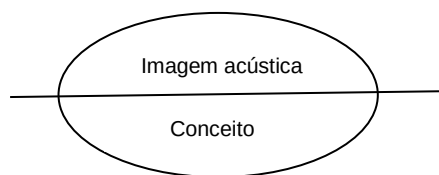
Entretanto, ele adverte:

É como se acreditássemos que, para conhecer uma pessoa, melhor fosse contemplar-lhe a fotografia do que o rosto⁷⁴.

Isso também quer dizer que o signo linguístico existe na fala, mas é mais bem representado pela **escrita**. Não que se deva reduzi-lo à grafia, ou que a subunidade **significante** é escritural. Quanto à natureza, o signo é uma entidade psíquica, estruturalmente composta por imagem acústica e conceito, mais tarde nomeados de significante (Se) e de significado (So), respectivamente.

⁷³ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 27ed. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 34-36.

⁷⁴ *Idem*, p. 34.



Quando se pensa em árvore, o significante é o som que lhe é associado pela junção dos fonemas (na linguagem falada) representada pela grafia dos termos sequenciados: |-á-r-v-o-r-e-| (na linguagem escrita). O significado, por sua vez, reúne os conceitos semanticamente associados. Isso explica porque embora os falantes discordem sobre de qual árvore tratam, a ideia foi transmitida, o signo “árvore” foi transferido na comunicação do emissor ao receptor.

Chamamos *signo* a combinação do conceito e da imagem acústica: mas, no uso corrente, esse termo designa geralmente a imagem acústica apenas, por exemplo, uma palavra (*arbor etc.*)⁷⁵

A teoria da linguagem de Ferdinand de Saussure traz algumas consequências:

A primeira delas é não admitir **ícones** como signos (figura da página 57). Uma maquete ou uma fotografia representam apenas aquilo que representam, não há relação **convencional** entre significante e significado. A relação é necessária, **não-motivada**, incapaz de realizar a *semeiose*, marca da ação comunicativa humana⁷⁶.

A segunda consequência é em relação aos índices. Embora a teoria dos signos garanta que os índices são signos, a teoria da linguagem defende que os índices não são signos artificiais, são signos naturais, com eles também inexistiria qualquer *semeiose* (relação convencional entre significante e significado). Os índices garantem uma transmissão de ideias, mas não possibilitam uma comunicação humana: as nuvens carregadas no céu sinalizam chuva, o leite na mulher é sinal de gravidez, mas isso não possibilita nenhuma comunicação entre os homens.

⁷⁵ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 80.

⁷⁶ LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 20ed. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 45-46.

Uma terceira consequência é não considerar os símbolos, signos linguísticos. A tese sustentada a partir de Saussure é que entre os signos artificiais, uns são usados na língua (signo linguístico ou signo verbal) e outros são usados na linguagem não escrita, não falada, como desenhos, figuras, gestos (esses apenas símbolos). Ou seja, ações que possuam significado convencionado, mas não usam a língua como veículo de comunicação⁷⁷.

A quarta consequência é o reconhecimento de que o signo linguístico é arbitrário, não há motivação racional para as associações entre significante e significado. Por exemplo, quando se fala, escreve-se ou se lê a palavra “réu”, difícil explicar, fora da **convensão imotivada**, os motivos pelos quais a junção dessas letras ou desses sons |-r-é-u-| (significante) sejam associados ao conceito de que é um sujeito de direito, uma pessoa, e não um animal qualquer, que responde a uma ação judicial.

A quinta consequência é o caráter linear do significante. A teoria de Saussure não nega que a palavra (escrita ou falada) pode ser alterada com o tempo, mas o processo é mais demorado. Se antes se escrevia/falava *Vós mercê*, hoje em dia diz-se *você*. Essas alterações são difíceis de detectar, sequer são constatadas numa pequena escala de tempo. Por outro lado, interpretando extensivamente a tese do “caráter linear do significante”, percebe-se que Saussure é cauteloso em reconhecer a mesma linearidade ao significado. Supõe-se que o filósofo estava querendo demonstrar o caráter não linear do significado, ou ao menos admitindo que o significado mude mais rapidamente no tempo, em decorrência do uso. Essa suposição fica ainda mais forte quando Saussure trata do caráter imutável e mutável do signo linguístico. Com essa característica, demonstra que o signo pode ser alterado, mas essa alteração não depende unicamente da ação individual humana⁷⁸.

⁷⁷ Aqui é importante verificar a diferença existente no vocabulário português entre língua, linguagem e linguística (PETTER, Margarida. Linguagem, língua, linguística. In: FIORIN, José Luiz (org.). **Introdução à linguística**: objetos teóricos. 6ed. São Paulo: Editora Contexto, p. 11-24, 2011).

⁷⁸ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 85-93.

1.2.3 – Uma teoria geral sobre o signo surge na semiótica: o signo na semiótica é o gênero para índices, sinais e símbolos, suas espécies.

A ideia de Charles Sanders Peirce sobre signos é mais geral que a de Ferdinand de Saussure; ela possui outros propósitos e não carrega todas aquelas divisões representadas pela figura da página 57. A síntese de seu pensamento sobre o signo está na expressão *aliquid pro aliquo*. O signo é uma ideia representativa do objeto (coisa, *aliquo*), de modo que essa relação *aliquid* e *aliquo* decorre da familiaridade, nunca de uma exatidão. Disso deriva que o signo não é perfeito, nem é usado para substituir o objeto, mas para representá-lo.

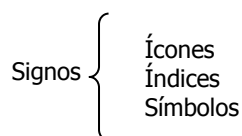
Em Peirce, o signo recebe um estatuto diferente, é uma ideia de algo que representa. Pensa-se em árvore e certamente vem à mente a ideia de árvore carregando alguns significados. O mesmo ocorreria se falasse em “estrela”, “mar” ou “decisão judicial”. O Signo é algo distinto de seu Objeto, as ideias são transmitidas através de uma construção dinâmica de outros signos: “Signo e a Explicação em conjunto formam outro Signo”. Assim, a relação signo-objeto é continuamente construída, uma vez que os signos formados sempre exigirão outras explicações, formando outros e novos signos, numa ordem ilimitada. O signo “gato” representa seu objeto de alguma forma, mas como não se sabe de qual gato se está falando, a explicação criada intersubjetivamente ao receber aquela informação cria um novo signo. Esse novo signo se transmitido ajudará na formação de outro novo signo, mas nunca é aquele signo anterior, nem nunca será o objeto exatamente de que se fala⁷⁹.

Além do aspecto representativo, Peirce também se preocupa com o contexto. Usa o exemplo da “estrela”. Segundo ele, essa palavra pode significar “astro com luz própria”, “artista célebre” ou “sorte”, dependendo da situação, pois em cada caso será um signo diferente. Isso decorreria do processo de transmissão da ideia. Como o signo representa parcial e precariamente o objeto, esse signo ao chegar à mente de outra pessoa faz com que essa pessoa crie outro signo para recepcionar aquele primeiro, sempre dentro de um contexto, de uma situação. Esse novo signo é um interpretante do primeiro signo⁸⁰.

⁷⁹ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 47.

⁸⁰ *Idem, ibidem*.

Signo, objeto e interpretante evidenciam uma relação triádica várias vezes referenciadas na teoria peirceana, além de servir de base para a construção de outras relações. Contudo, “a mais importante divisão dos signos faz-se em ícones, índices e símbolos⁸¹”, iconicamente representada:



Essa proposta encerra um problema aristotélico, no qual o signo foi metonimicamente reduzido a índices (*Retórica*) e a símbolo (*Da Interpretação*), ao mesmo tempo em que não reconhece a tese dos linguistas, segundo a qual os ícones são seriam signos (Ferdinand de Saussure).

Um **ícone** representa o objeto através de uma imagem, de uma semelhança. É um decalque do objeto representado, independentemente desse objeto existir. O desenho de um duende é um ícone, não importa a crença na inexistência dos duendes. Um desenho de uma estrela também é um ícone, ainda que o desenhista nunca tenha visto uma estrela. Da mesma forma, um projeto de arquitetura é um ícone de uma casa. A palavra (escrita ou falada) é um ícone devido à sua capacidade em representar um objeto. Contudo, os ícones nada dizem do objeto que não esteja ali no desenho ou na imagem, ou na fotografia, ou ali no diagrama. A letra *β* é um ícone, não importa que pessoas grafem essa letra das mais variadas maneiras, pois desde que possam representar o objeto, todas são consideradas ícones. Diferente dos linguistas, os semióticos reconhecem que uma palavra é um ícone: ao mencionar o significante “réu”, ele representa um réu.

Índices ou sinais se assemelham à “prova” em Aristóteles. É um tipo de signo especial, guarda relação com o objeto pela sua causalidade. São evidências que sugerem ideias que transcendem a representação. Pegadas na areia são índices, indicam que alguém passou por ali. Um homem que se dirige ao fórum de paletó provavelmente seja um juiz ou um advogado. Se um homem anda gingando, há uma indicação de que é marinheiro. Se A e B são casados e têm filho C, se D é irmão de A, então D é tio(a) de C.

⁸¹ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 64.

Pode-se perceber que existem índices mais fortes que outros, mas essa questão não foi explorada por Peirce como em Aristóteles.

Uma batida na porta é um índice. Tudo o que atrai atenção é índice. Tudo o que nos surpreende é índice, na medida em que assinala a junção entre porções de experiência⁸².

No exemplo anterior, A, B, C e D **seriam** ícones se a relação fosse de semelhança, cada uma dessas letras se assemelharia a letras do alfabeto romano. Contudo, como naquele contexto desempenharam uma função de familiaridade e de consequência, devem ser qualificados como índices.

Um **símbolo**,

[...] é um *Representàmen* cujo caráter representativo consiste exatamente em ser uma regra que determinará seu Interpretante⁸³.

O termo "símbolo" possui variados conceitos, etimologicamente significa "juntar", "estar junto com". Em suma, representa as ideias por detrás do objeto representado⁸⁴. Para os linguistas, os símbolos são signos não verbais, como ao desenho da cruz suástica ou da cruz cristã. Apresentado à primeira, uma associação é automaticamente feita ao regime nazista; diante da segunda, cria-se uma sensação de devoção que não está escrito ou dito por ninguém, mas implícito na figura. Gestos também são exemplos de símbolos, eles instauram esse processo naturalmente metafórico. Os dedos da mão em V é um gesto que significa paz e amor. Benzer-se é um gesto cristão repetido por milhares de pessoas há séculos. Isso ocorre porque o símbolo "está conectado a seu objeto por força da ideia da mente-que-usa-o-símbolo, sem a qual essa conexão não existiria"⁸⁵.

⁸² PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 67.

⁸³ *Idem*, p. 73.

⁸⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário da filosofia**. 5ed. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1069.

⁸⁵ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 73.

A diferença entre semióticos e linguistas é que para o primeiro grupo, palavras e frases também são símbolos, para o segundo grupo são signos especiais. Signos linguísticos, os quais se diferenciam do símbolo (*vide* figura p. 51). Nessa disputa, os semióticos são mais persuasivos. As expressões são símbolos porque denotam uma ideia, ainda que o objeto real nem exista. Para juristas, a expressão “fontes de direito” é uma expressão simbólica, pois remete a ideia sobre o local no qual o direito é retirado segundo uma concepção tradicional. “Princípio da dignidade da pessoa humana” segue o mesmo caminho. Ambas as expressões não denotam um objeto real, mas ideias, várias delas.

O equívoco dos linguistas é não admitir que ícones, índices e símbolos sejam representações linguísticas. A teoria da linguagem colocou o signo linguístico em um local especial, diferenciando-lhe totalmente do símbolo, sob o argumento de que os símbolos “são objetos materiais que representam noções abstratas”⁸⁶, signos não linguísticos. Ao mesmo tempo, afastou o signo linguístico dos índices, dizendo que esses seriam apenas signos naturais distinto do signo da linguagem, que é convencional. Em relação aos ícones, sequer qualificam-nos como signos. Esses argumentos não se sustentam, pelo menos à luz da teoria semiótica.

Para semióticos, não existe comunicação sem ícones, toda asserção possui um ícone ou explicação que se dá inconicamente: um predicado é uma ideia significada por um conjunto de ícones. Numa frase, os pronomes possessivos desempenham função de índices, orientam a interpretação na identificação do possuidor e remetem a ideia à coisa possuída⁸⁷. Da mesma forma, pode-se imaginar uma série de exemplos consubstanciados em frases, expressões que são linguísticas e simbólicas.

No cotidiano é difícil pensar em signos que assumam unicamente a característica de índice, de ícone ou de símbolos. O contexto interfere imediatamente nas concepções e desenvolvimentos dos signos. Pensa-se numa balança e se diz, é ícone à medida que representa outras balanças, apenas uma de vários outros tipos de balanças. A depender do contexto, pode ser o indício de que o proprietário é médico ou uma pessoa preocupada com o peso, já se for encontrada por policiais em uma “boca de fumo”, pode ser o indício

⁸⁶ LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 20ed. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 44.

⁸⁷ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 64.

de que o seu proprietário é um traficante. Pode ainda ser um símbolo, representando a justiça e os ideários de igualdade, proporcionalidade e equilíbrio. Assim, a balança utilizada nesse exemplo possui a característica de ser signo porque é usada e compreendida “como tal, quer seja o hábito natural ou convencional, e sem se levar em consideração os motivos que originariamente orientaram sua seleção”⁸⁸.

Se em Charles Sanders Peirce o signo ganha um estatuto mais detalhado, abrangente e complexo, com classificações, definições, conceitos idealizados e outros aparentemente retirados da prática, nos estudos de Ferdinand de Saussure a preocupação é apenas com o signo linguístico, com sua estrutura interna. As diferenças de classificação do signo nas duas teorias analisadas conduzem o raciocínio até uma concepção distinta de signo linguístico. Destarte, as diferenças conceituais autorizam esta tese problematizar a noção de signo, e daí ela propor uma definição que sirva para todo trabalho. A proposta apresentada no subcapítulo 1.3 não é exatamente autêntica, as definições são importantes e complementares, mas não fazem parte dos objetivos específicos desta tese.

1.3 – O uso de “signo jurídico” e “expressão simbólica” nesta tese representam a metalinguagem falando da linguagem jurídica.

As dicotomias sobre o signo estabelecidas a partir da teoria da linguagem e da semiótica são apresentadas com vistas a comprovar que esse conceito está longe de um consenso. Os diferentes usos, ao mesmo tempo em que reivindicam um acordo prévio sobre esse termo, autorizam, desde que fundamentadamente, que se possa utilizar o termo em um sentido específico, para atingir os fins desta tese. Propõe-se a utilização de “signo jurídico” e de “expressão simbólica” para se referir às ideias representadas na comunicação jurídica, na linguagem jurídica. Essa proposta é motivada por dois argumentos: um de natureza metodológica, outro de natureza linguística.

O fundamento metodológico parte do reconhecimento de que para se falar da linguagem dos juristas, outra precisa ser criada, mais analítica, típica da retórica pretendida nesta tese⁸⁹. Todos os dias juízes sentenciam, condenam ou absolvem réus, declaram nulos ou decretam a inexistência de atos jurídicos, desfazem um contrato, um casamento.

⁸⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4ed. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 76.

⁸⁹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268; ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-39.

Advogados peticionam, selecionam argumentos de defesa ou de acusação, recorrem de uma decisão judicial buscando revertê-la no tribunal; o Ministério Público apresenta cota em um processo, o Supremo Tribunal Federal define e redefine institutos jurídicos, edita súmula vinculante, traça e retraça limites da dignidade humana, enfim: o direito se realiza na linguagem.

Somente (um) certo uso especial da linguagem, diferente daquela primeira, é competente para comentar a linguagem utilizada por advogados, promotores e juízes. Essa linguagem vai descrever os textos jurídicos. Ela ajuda a verificar como funcionam as argumentações nas relações empíricas, bem como é capaz de destacar como funcionam as relações interpessoais; como o sujeito produz o discurso jurídico e, em que medida, e, como outros textos (intertextualidade) e os contextos influenciam. Evidencia como o sentido é criado no âmbito jurídico. Em resumo, todos esses problemas são de difícil solução.

Essa metalinguagem carece de uma terminologia, por isso assim se podem classificar situações da linguagem de primeiro nível, sem confundir-se com ela. A relação “direito – linguagem – direito” é bastante intrincada, mutável e a influencia é recíproca. Em algumas vezes, o direito se apropria de termos da linguagem comum, noutras, modifica-a completamente, empresta-lhe um sentido diferente. Por exemplo, o verbo agravar, no direito, possui um sentido muito específico, notadamente quando substantivado e aliado ao termo “instrumento”: agravo de instrumento, um tipo de recurso processual. Esse significado é bastante diferente do que o senso comum poderia reconhecer.

Outro argumento que sustenta a proposta de “acordo” para os termos “signo” e “expressão simbólica” possui **natureza linguística**. Signo jurídico designaria a associação de um **significante do direito** a um **significado prévio** ou a um **sentido contextualizado**, este último depende do relato vencedor⁹⁰. Não se defende a existência de uma língua do direito, um código especial falado e escrito apenas por juristas: não há um *juridiquês*. Mas, se por um lado não existe uma língua do direito, é possível argumentar um uso particular da língua **no** direito. Há uma forma própria em que juízes e advogados se comunicam, transmitem as ideias, usam metáforas, influenciam-se. Não há uma língua,

⁹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268; ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-39.

mas uma linguagem jurídica qual “consiste num uso particular da linguagem vulgar”⁹¹. Essa linguagem específica é falada e escrita nessa “comunidade fechada de juristas”. Assim, se a linguagem é própria de juristas, não há mal nenhum em se admitir signos jurídicos, no sentido de ideias transmitidas pela fala ou pela escrita dentro de um circuito de comunicação dessa “comunidade”. Certamente entre os físicos, entre os biólogos e entre os químicos ocorrem situações semelhantes.

Estruturalmente, o **signo jurídico** é composto por duas ou por três subunidades, a depender do seu uso. Se o signo servir para transmissão de conceitos descontextualizados, as subunidades são as mesmas do signo linguístico (Se + So). Se o signo jurídico for aplicado a uma situação contextualizada, construído para decifrar uma pendência judicial concreta, por exemplo, as subunidades serão o significante e o sentido. O sentido pode assumir o lugar tradicionalmente ocupado pelo “significado”.

Nas duas hipóteses, o **significante** designa a imagem acústica formada pela junção de cada unidade fonética, pronunciada ainda que intuitivamente. São os termos foneticamente articulados, representado pela escrita e aplicados ao direito. O significante de “liminar” é a junção dessas letras, representadas graficamente por |-l-i-m-i-n-a-r-|, tal qual o significante “denúncia”: |-d-e-n-ú-n-c-i-a-|.

Entretanto, o uso do signo jurídico modifica sua estrutura, há uma adequação momentânea as situações concretas, ignorada pela teoria da linguagem na formulação estrutural do signo linguístico. A razão dessa não percepção saussuriana se deveu à necessidade de justificar uma teoria pura da linguagem, na qual fatores extralinguísticos não poderiam influenciar a observação da estrutura interna do signo. Aqui é diferente.

Se um professor estiver explicando um dispositivo legal, tais como “hipótese de incidência”, “fato gerador”, “tutela antecipada” ou “dignidade humana”, e essas explicações estiverem associadas aos pressupostos abstratos, ou seja, explicações associadas a um discurso construído diante da ausência do caso concreto, as ideias transmitidas ao auditório possuirão natureza “parafraseática”. Serão paráfrases do signo inicial. Nesse caso, apresenta-se a formação de um **signo jurídico** no qual “significante” e “significado” são suas unidades estruturais e suficientes. Esses signos construídos no discurso abstrato –

⁹¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 13ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 226.

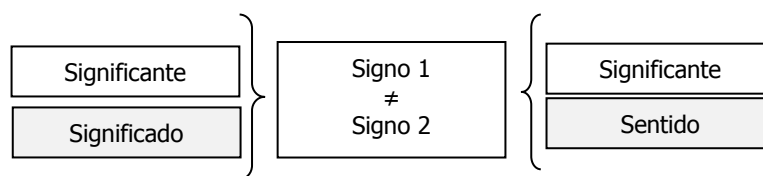
aqui sinônimo de discurso construído diante da ausência de um caso prático – apresentam-se como paráfrases do dispositivo legal. Representam textos narrativos de um falante cujas explicações e os acréscimos ocorrem no nível semântico. Nesse tipo de discurso, as estratégias de convencimento são menores que na guerra da argumentação prática. A ideia transmitida por esse signo jurídico é mais geral, pois se encontra dissociada de qualquer empiria.

No exemplo anterior, liminar possui um significado extenso, normalmente significa uma decisão no curso de um procedimento judicial deferida por um juiz; aquilo que resolve uma questão de forma temporária, *ab initio litis* ou *inaudita altera pars*. Denúncia possui vários significados específicos, alguns relacionados com o exercício do direito/dever de acusar alguém pela prática de um tipo penal (direito processual penal), outros relacionados com o ato de soberania de um Estado em retirar-se de um tratado internacional (direito internacional público)⁹². Por outro lado, nas demandas judiciais ou quando surge qualquer situação de embate, o signo jurídico não permanece no estado abstrato, ele tende a se concretizar, e, com isso, muda sua estrutura. Diante de um caso prático, os signos jurídicos transmitem as ideias pela influência do problema empírico.

O significante não muda, ao menos não interessa aqui as mudanças que podem assumir, seja nos vocábulos (“metaplasmos”), seja nas frases (“metataxes”) ⁹³. Existem processos para alteração do significante, como o neologismo, as supressões, adjunções e permutações ou o estrangeirismo, tão comum no dia a dia. A toda vidência, esses processos não serão examinados nesta tese. Mesmo não sendo constante e possuindo capacidade de mutabilidade, o significante será considerando estrategicamente como uma estrutura constante. Por outro lado, a outra subunidade (significado) é frequentemente substituída pelo sentido de uma palavra ou de um termo, construído contextualmente. A alteração estrutural da subunidade “significado” pela subunidade “sentido” causa a alteração do signo (se a parte do todo muda, o todo tende a mudar!).

⁹² DIAS, Graciele da Mata Massaretti e SILVA, Manoel Messias Alves da. Aspectos da terminologia jurídica. In: COLARES, Virgínia (org.). **Linguagem e direito**. Recife: UFPE Ed., 2010, p. 49-69, *passim*.

⁹³ DUBOIS, Jean *et alli*. **Retórica geral**. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Duílio Colombini, Elenir de Barros e Massaud Moisés. São Paulo: Cultrix, 1974, p. 78-91.



Ainda que significante permaneça inalterado (|-d-e-n-ú-n-c-i-a-|), ocorrerão transmissões de ideias diferentes a depender do contexto (aula de direito internacional ou aula de direito processual penal, por exemplo). A teoria da linguagem reconheceu esse fenômeno como homonímia, ou seja, fenômeno que ocorre quando palavras são grafadas identicamente, mas um estudo etiológico revela origens diferentes, e daí, a diversidade semântica. Semelhante à homonímia, ainda existe outro fenômeno da linguagem mais complexo: a polissemia. Na polissemia o mesmo termo designa coisas diferentes, independentemente de qualquer origem etiológica. Difere da sinonímia, uma vez que nesta, os termos possuem significantes diferentes, mas designam coisas semelhantes.

A diferença a ser feita aqui é entre “significado” e “sentido”, enquanto subunidades estruturais e concorrentes do signo jurídico. A linha que separa **sentido** e **significado** é bastante tênue, aparece em algumas línguas embora essas palavras sejam pronunciadas irreflexivamente. No inglês, a diferença dos termos *sense and meaning* parece ser menor que no italiano, que se usa *senso* e *significato*, ou no alemão (*Sinn und Bedeutung*). Seriam esses termos totalmente equivalentes? Pretende-se responder essa importante diferença para entender a exata noção empreendida aqui de signo jurídico, correspondendo-os ao embate de teoria *versus* prática, entre semântica *versus* pragmática que se busca superar.

Entre semióticos esse debate abre um vasto campo para discussões e divergências. Umberto Eco sugere a diferença entre significado lexical e significado textual, referindo-se ao primeiro como um significado no qual as construções produzem um dicionário, tipo uma “jurisprudência de conceitos” disponível para os juristas se comunicarem⁹⁴. O significado textual, por outro lado, é aquele construído no momento do discurso, do relato do caso contexto, podendo desprezar totalmente os significados lexicais. Em certa medida, essa diferença também existe no debate entre significado convencional *versus* significado situacional, aqui permutado simplesmente por significado *versus* sentido.

⁹⁴ ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p.78-86.

Seria o significado uma:

[...] certa matriz de traços atômicos (recolhidos na diversidade das propostas teóricas da semântica que vêm a partir do estruturalismo), ou um amálgama de matrizes, os quais servem para caracterizar o conteúdo nocional de um determinado signo, ou de uma unidade superior a ele⁹⁵.

Sentido, por sua vez,

[...] é o uso⁹⁶.

Tatiana Slama-Cazacu defende que há diferenças sensíveis entre “significado” e “sentido”⁹⁷. Apesar de ambos serem construções linguísticas em determinados contextos, o significado seria ligeiramente mais estável que o sentido. O sentido de um termo é empregado ali e acolá sem que isso signifique qualquer padrão, por isso mesmo possui a característica da instabilidade. O sentido força a alteração do significado, mas quando consegue já não é mais sentido, tornou-se significado. Por isso que esta tese não aceita que o sentido seja colocado como um tipo especial do significado. Eles são coisas distintas, apesar de se influenciarem mutuamente. Essa ideia ajuda na problematização do antigo debate sobre interpretação, notadamente quando associada à ação de “descobrir” sentidos literais na legislação desprendidos do contexto. Neste capítulo, sugere-se que o significado de um dispositivo jurídico é parafraseado; seu sentido somente pode ser alcançado no acesso ao contexto em que foi usado.

Os problemas relacionados à teoria da significação jurídica advêm de uma insistente não separação entre interpretação e paráfrase. Os juristas falam de interpretação de um dispositivo legal ou constitucional sem mencionar o relato do caso, ainda que hipotético. Essa atitude é bastante comum na academia. Por detrás dessa postura, encontra-se a sugestão de um “significado evidente”, uma “interpretação clara” e supostamente “lógica”, competentemente encontrada por método dedutivo. Não há nenhuma ligação entre significado e interpretação, daí todo problema. Os dispositivos

⁹⁵ MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das letras, 2008, p. 62.

⁹⁶ *Idem*, p. 69.

⁹⁷ SLAMA-CAZACU, Tatiana. **Lenguaje y contexto**. Barcelona: Gráficas Ediciones Grijalbo, 1970, p. 287 e ss.

legais desprendidos do devido relato somente podem ser parafraseados, jamais interpretados.

Quando olhamos um texto, este já nos aparecerá significando (é, pois, norma). Mas essa significação (atribuição de sentido) só se realiza a partir da relação fato e direito. Essa significação será sempre *applicatio*, que ocorrerá sempre em face de uma dada situação, concreta ou imaginada⁹⁸.

A atividade interpretativa carece necessariamente de um relato, tem-se na adequação do significante ao relato, a construção do sentido e a formação de um signo jurídico especial. De modo que, o **significado** de um texto legal somente permite uma **paráfrase** do mesmo nível semântico, nunca uma interpretação. O **sentido** de um texto é conseguido a partir da ação interpretativa, para o qual o relato do caso é fundamental, encontrando-se no nível pragmático.

Insiste-se. Tanto o significado como o sentido são construções dentro de determinado contexto. Esta tese não defende a existência de um significado como algo inato ou literal. A diferença entre eles consiste simplesmente em que, enquanto no primeiro (no "significado") essa construção já foi incorporada ao dicionário do termo (Se + So) produzindo ideias historicamente conhecidas, ou seja, um signo convencional reproduzido por paráfrases; no segundo (no "sentido"), a construção ainda não foi incorporada ao dicionário do termo, e não se pode afirmar que será incorporada, pois ao depender do contexto de seu uso, o sentido possui a característica da mutabilidade permanente. Dizer isso também significa hierarquizar os dois termos em análise: o sentido é mais importante que o significado, pois ele é um "estágio ulterior de significação, pois deve ser concebido enquanto um significado ao qual acrescentamos uma convenção ou uma intenção de uso"⁹⁹.

Colocados os argumentos metodológico e pragmático, é importante verificar que a referência ao **signo jurídico** especifica as concepções da metalinguagem jurídica falando da linguagem jurídica de primeiro nível. Isso também evita que se indiquem casuísmos ou se fale nos institutos criados e recriados por decisões judiciais como se não houvesse

⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 206.

⁹⁹ MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das letras, 2008, p. 69.

diferença entre retórica prática, estratégica e analítica, como entende esta tese¹⁰⁰. Com isso, o uso da expressão signo jurídico, conjuntamente com as diferenças entre “sentido” e “significado”, ajuda a teorização do comportamento. O signo jurídico se aperfeiçoa com a inclusão do sentido ao admitir o relato do caso (cotexto ou contexto) na construção das ideias jurídicas, e embora “contamine” a teoria pura do direito, deixa-a mais próxima da “realidade” (*práxis*), ainda mais competente para responder inquietudes jurídicas acobertadas por uma suposta “clareza da lei”.

Uma das principais críticas a Ferdinand de Saussure e a sua teoria da linguagem, em que o signo ocupa um papel importante, é a de que ignoraram o contexto. Ou seja, não foi feita nenhuma referência “às condições históricas, geográficas e sociológicas do funcionamento da língua ou das suas transformações”, revelando-se um projeto audacioso de busca pela pureza da língua, semelhante à teoria pura do direito de Hans Kelsen, como critica Pierre Bourdieu¹⁰¹.

Admitir o sentido na subunidade estrutural do signo, substituindo o significado, é mais que somente uma modificação estética. É admitir que o signo jurídico é criado na confrontação de interesses divergentes e presentes nos discursos. Se a lei sugere um significado, na prática isso não interessa, mais vale o sentido construído para solução daquele caso. O significado prático da lei, ou seja, o sentido “não se determina realmente senão na confrontação entre diferentes corpos animados de interesses específicos divergentes (magistrados, advogados, notários, etc.)”¹⁰².

É nisso que se diferencia signo linguístico de signo jurídico. O signo jurídico tratado nesta tese não se preocupa com o significado das leis, com artigos legais ou dispositivos constitucionais. Todos esses aqui são apenas significantes. Torna-se signo jurídico depois de serem aplicados ao um caso prático, depois que um sentido é empregado ao significante, realizando a “semiose”.

¹⁰⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 268; ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 32-39.

¹⁰¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 13.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 209-210 (nota dois).

¹⁰² *Idem*, p. 217-218.

O sentido da lei empregado nos mais diversos casos vai se catalogando na jurisprudência. A jurisprudência funciona como uma história dos sentidos de determinado dispositivo legal (significante). Entretanto, é ingênuo pensar que a aplicação será exatamente igual ao caso anterior, pois “a regra tirada de um caso precedente nunca pode ser pura e simplesmente aplicada a um novo caso, porque não há nunca dois casos perfeitamente idênticos”¹⁰³. Aliás, os realistas demonstram que a atividade do juiz é “determinar se a regra aplicada ao primeiro caso pode ou não ser estendida de maneira a incluir o novo caso”¹⁰⁴, mas em qualquer situação se tem um novo signo jurídico.

E o que seria **expressão simbólica**? Aqui será utilizada como caso especial do signo jurídico. Essa expressão será utilizada quando o texto se referir aos princípios do direito. O princípio da boa-fé, o princípio da ampla defesa ou o princípio da dignidade da pessoa humana. Todos esses são signos jurídicos, contudo há um grau de generalização maior que em outros textos legais. Equivaleria ao debate entre regras e princípios, no plano da teoria do direito e da teoria da constituição. Como esse debate ganhou muitos adeptos e poucas soluções, prefere-se referir aos princípios como expressões simbólicas, nos quais os significados não foram sequer convencionados, e provavelmente qualquer tentativa nesse sentido será inglória, devido à indeterminação semântica, marca dos princípios em geral.

Pretende-se, com esse uso, apenas destacar o caráter formal dos princípios, qualidade que dá a eles um “livre trânsito” entre vagueza e a ambiguidade, tornando possível qualquer decisão que se baseie nele.

Em outras palavras, esta tese possui um objeto teórico e outro empírico. O teórico são os signos jurídicos; o empírico, o princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana é uma expressão simbólica, potencialmente racionaliza qualquer discurso judicial. A luta entre os participantes do discurso que partem da premissa de que um direito deve ser tutelado a partir do princípio da dignidade é dotada de maior simbolismo do que aquela na qual se está em jogo uma regra qualquer. Não que a regra jurídica seja fixa, pois seu sentido é construído no processo de interpretação do

¹⁰³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 13ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 224.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*.

texto a partir do relato do caso. Ocorre que a expressão simbólica permite um processo criativo maior. A partir dela, os operadores do direito estão mais livres para construir o discurso. Eles sequer precisam justificar em seus discursos os motivos de não utilizarem o princípio numa ou noutra acepção, já que tudo é simbólico.

Duas questões ficam em aberto para discussão nos próximos capítulos. Primeiro é natureza representativa do signo. É que de modo geral, o signo substitui algo (*aliquid stat pro aliquo*); utiliza-se uma coisa no lugar de outra. Com isso, essas expressões demonstram que o processo realizado pelo signo é semelhante ao da metáfora. A metáfora põe uma coisa no lugar de outra. Seria metafórico o funcionamento do signo jurídico? A segunda questão poderia ser formulada da seguinte maneira: a partir do que foi dito, é possível se falar em sentido literal da lei? Essas são as questões que merecerão debate mais aprofundado no capítulo seguinte.

Capítulo Segundo

A metáfora na construção do signo e para superar o problema da imanência da língua: como as figuras são utilizadas na linguagem jurídica para expressar o direito.

2.1 – A relação léxica entre *tropos* e *logos* e a origem de uma tropologia: a teoria da transposição enquanto teoria de justificação da metáfora.

No capítulo primeiro foram colocadas as diferenças entre os termos “signo”, “significante”, “significado” e “sentido”. Apesar de essa temática ter sido suficientemente explorada, destaca-se que as discussões contemplaram desde a problematização de se estabelecer acordos prévios sobre termos e expressões numa tese, até a distinção entre **sentido** e **significado**. Diferenciar que o “significado” de um termo ou de uma expressão é algo diferente de seu sentido foi importante para esta tese. Sem nenhuma intenção de tornar a língua ainda mais ontológica, a convenção estrategicamente proposta circunscreveu os limites semânticos e pragmáticos de cada um desses termos.

O significado designa a semântica de um gesto, de uma palavra ou de uma expressão, ou seja, aquilo que foi convencionalmente construído e permanece historicamente registrado, serve para “fazer dicionários”, e isso é importante à medida que “uma cultura tende a compreender-se a si mesmo ao cristalizar suas convicções em

palavras-chaves e nas palavras-testemunhos”¹⁰⁵. Já o sentido de uma palavra se refere a uma construção mais imediata da linguagem, justificada através de certos contextos. Isso seria o mesmo que dizer: o significado de alguma coisa independe do contexto, pois “as palavras têm uma significação permanente pela qual designam certos referentes e não outros”¹⁰⁶. O significado tem a ver com o léxico, ou seja, com sua referência semântica e histórica. Diversamente, o sentido de uma palavra é conhecido em determinado contexto, seu estudo pertence à pragmática. Nessa linha de diferenciação, Tatiana Slama-Cazacu resume:

O sentido é, pois, a realidade que aparece na prática da linguagem, como fato complexo e variável – inclusive instável – e cujo significado constitui uma parte – sem dúvidas necessária e muito importante, porém não única; distingue-se do significado primário, dele que sem embargos deriva¹⁰⁷.

Essa discussão não foi travada somente para se problematizar a necessidade de convenções prévias. Além desse, os objetivos da discussão foram também outros três:

Primeiro. Demonstrar que embora a teoria linguística de Ferdinand de Saussure, segundo a qual, o signo é composto por duas subunidades estruturais, significante e significado, tenha grande relevância para os estudos linguísticos, a influência do contexto na construção do signo linguístico não poderia ser ignorada.

Segundo. Considerando que os textos legais se concretizam a partir de casos reais (relatos em contextos), um estudo sobre a linguagem jurídica não poderia simplesmente ignorá-los. Admiti-los, todavia, implicaria em argumentar que o signo jurídico é composto por duas subunidades estruturais: significante e sentido.

E:

¹⁰⁵ RICOUER, Paul. **A metáfora vida**. Tradução de Dion Davi Machado. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 174-175.

¹⁰⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁰⁷ “El sentido es, pues, la realidad que aparece en la práctica del lenguaje, como hecho complejo y variable – incluso inestable – y, cuyo significado constituye una parte – sin duda necesaria y muy importante, pero no única; se distingue del significado primario, del que sin embargo deriva” (SLAMA-CAZACU, Tatiana. **Lenguaje y contexto**: el problema del lenguaje en la concepción de la expresión de la interpretación por las organizaciones del contexto. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1970, p. 209).

Terceiro. Colocar a hipótese de que o “sentido”, subunidade estrutural do signo jurídico, é construído casuisticamente graças à ação de metáforas. Esta é a hipótese central desta tese, submetida aos testes realizados no capítulo quinto.

Cumpra a este e ao próximo capítulo fundamentar o problema teórico desta tese, o qual é recolocado da seguinte forma: como as metáforas auxiliam os sujeitos-utentes a construir, destruir e reconstruir signos jurídicos? Como as metáforas atuam no poder de nomeação exercido pelos sujeitos-utentes? A hipótese que será submetida ao teste empírico no capítulo quinto é: o uso (qualitativo) de diferentes metáforas ocasiona a construção, a destruição e a reconstrução de signos. Isto não significa dizer que esta tese esteja defendendo que o poder de criação e de recriação do direito advém exclusivamente das metáforas ou de seu uso pelos juristas. Esta tese sabe que outros instrumentais retóricos (entimema e o *topos*, i.e) assumem destacada importância nesse processo, mas aqui interessa descrever o valor da metáfora. Como esta problemática poderia ser enfrentada de várias formas, optou-se por dividi-la em duas partes, dois capítulos sucessivos e interligados.

Aqui, no capítulo segundo, faz-se uma abordagem linguística do problema para, em seguida (capítulo terceiro), tratar o tema sob o prisma cognitivo-conceitual. Uma abordagem linguística explora a característica da metáfora como fenômeno puramente expressivo da linguagem; a abordagem cognitivo-conceitual explorará a metáfora enquanto fenômeno da construção da percepção da “realidade”. Linguagem introspectiva e linguagem expressiva representam as duas funções da linguagem, destacadas nesta tese.

A divisão do tema nesses dois capítulos segue a divisão da linguagem em expressiva e introspectiva. Isso auxilia a abordagem dessa problemática. Contudo, não significa que se está defendendo que a metáfora seja, alternativamente, **ou** uma poderosa figura de construção, capaz de exteriorizar aquilo que a linguagem sozinha não conseguiria exprimir, **ou** uma figura influenciadora da maneira de se perceber a “realidade”. Este e o próximo capítulo servem para demonstrar que a metáfora interfere na linguagem (expressão) **como também** na percepção da “realidade” (cognição), não sendo somente uma ou outra coisa. A ordem da abordagem da temática nesta tese observa a disposição histórica das teorias. Os primeiros trabalhos sobre a metáfora lhe associam a um fenômeno expressivo (linguístico), influência que perdura de Aristóteles até a virada cognitiva. Somente depois das contribuições de Ludwig Wittgenstein para a linguagem, como

também após as contribuições de George Lakoff e Mark Johnson (1980) para a metáfora especificadamente, é que se apresenta um estatuto cognitivo-conceitual para a metáfora, rainha das figuras de linguagem.

Apesar de o tema “metáfora” ter sido seccionado em dois capítulos dispostos sucessivamente segundo critério histórico acima mencionado, internamente, em cada capítulo, a abordagem não seguirá necessariamente uma linha histórica. Aliás, as paradas históricas são sempre pessoais e estratégicas. O objetivo deste capítulo é demonstrar a importância das figuras de linguagem no discurso judicial, ou seja, como o discurso judicial utiliza figuras para expressar o direito, tanto em sua dimensão fáctica (“realidade dos fatos”) como na sua dimensão legal (“força da lei”). Em outras palavras, o objetivo aqui é explorar o aspecto linguístico da metáfora. Esta discussão demonstrará como a metáfora foi reduzida a ornamento discursivo, e como essa ideia foi superada mais contemporaneamente. Para tanto, uma trajetória que se inicia na teoria da transposição (Aristóteles), passa pela teoria interacionista (Max Black e Nelson Goodman), terminando com as teorias pragmáticas de John Searle e de Ted Cohen.

O ponto de partida precisa ser o sistema retórico idealizado por Aristóteles, aqui entendido como um manual para retores ou para qualquer um que deseje estudar a retórica. Somente após visualizá-lo e entender seu desenvolvimento é que se pode identificar *topos*, *tropos* e *entimemas*, além de problematizá-los o funcionamento. Num primeiro momento histórico¹⁰⁸, a retórica possui como objetivo a persuasão pela linguagem, mais propriamente pela linguagem posta, ou seja, pelo discurso. Para atingir esse fim, procura “[...] descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”¹⁰⁹. A tópica estuda o conteúdo argumentativo da retórica, “claro que não de estrutura racional-dedutiva, como as teorias da argumentação contemporâneas de Habermas e Alexy”¹¹⁰. Com isso, a tópica incumbe-se de identificar, criar e aplicar os “lugares-comuns”, posto que somente assim se pode:

¹⁰⁸ Diz-se “num primeiro momento histórico” porque estudos sobre a retórica a colocam com outros objetivos que não necessariamente é a persuasão. Trata-se da teoria da divisão da retórica em três níveis (retórica material, retórica estratégica e retórica analítica) utilizada como marco teórico desta tese.

¹⁰⁹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p.48.

¹¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

[...] raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie¹¹¹.

A tópica ensina como utilizar os *topoi*, para que se atinja a persuasão. A retórica tira proveito dos *topoi*, apresentando-os silogisticamente, para que o discurso pareça coerente e racional. As qualidades de coerência e de racionalidade do discurso auxiliam o convencimento de ouvintes. Tal como as “opiniões geralmente aceitas” (= *topoi*), o discurso precisa reunir outras qualidades retóricas que o torne persuasivo, como i.e., os *tropoi*. *Topois*, *entimema* e *tropoi* são instrumentais retóricos utilizados com a mesma finalidade: a persuasão. As figuras de linguagem, também conhecidas como figuras de retórica, cumprem esse papel, elas são utilizadas para tornar o discurso aceitável e lógico, desempenhando importante ação na *léxis* do discurso.

Segundo a retórica aristotélica, ao lado desses instrumentos, três são os aspectos que persuadem: o caráter moral do orador, as emoções que o discurso causa no ouvinte e a forma como o discurso é criado. Esses são os três fundamentos da Teoria Retórica formulada por Aristóteles: *ethos*, *pathos* e *logos* que devem estar presentes em quaisquer gêneros discursivos, ou seja, no discurso judiciário, no discurso epidítico e no discurso deliberativo¹¹².

Pelo caráter do orador (*ethos*), persuade-se quanto mais se consiga passar segurança e honestidade para os ouvintes. Essa posição é conquistada pelo orador dentro do próprio discurso, apesar de o caráter ser grande aliado da persuasão. A aparência de um bom caráter garante sucesso ao discurso. Olivier Reboul revela que a aparência do orador deve se adequar ao auditório alvo do discurso, todavia garante que “deve preencher condições mínimas de credibilidade, mostrar-se sensato, sincero e simpático”¹¹³. Esses atributos são construídos dentro do discurso e, para tanto, o orador precisa saber construir seus argumentos aliando-lhes às opiniões geralmente aceitas (*topoi*), as melhores e as mais eficazes metáforas, tudo isso antes de apresentá-lo entimematicamente. Por

¹¹¹ ARISTÓTELES. Tópicos. In: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, p.347-543, 2005, p. 347.

¹¹² ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 49.

¹¹³ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48.

exemplo, terá maior condição de sucesso o orador que ao defender interesse exclusivamente privado discursa se mostrando preocupado com as questões éticas relacionadas. Para tanto, ele deve abstrair do problema as questões individuais que podem parecer egoísticas, e colocar em jogo os problemas sociais, fazendo se parecer mais sensível às questões e aos problemas da sociedade do que a daquele caso específico. Advogando para um criminoso, apresentar uma defesa admitindo o crime frente ao auditório pode fazer com que o corpo de jurados veja naquele advogado as características de honestidade e sinceridade, ajudando nas atenuantes penais.

A emoção que o discurso traz aos ouvintes gera grande efeito persuasivo, isso porque “os juízos que emitimos variam conforme sentimos tristeza ou alegria, amor ou ódio”¹¹⁴. O orador deve provocar a indignação ou a afeição do ouvinte, com vistas a convencê-lo de algo. O fundamento patológico (*pathos*) é capaz de gerar esses sentimentos nos ouvintes. Por essa razão Aristóteles criou uma psicologia dentro da sua retórica, dedicando-se ao estudo de como ser competente em produzir efeitos específicos, tais como a emoção, a ira, a calma, a amizade, a intimidade, o temor, a vingança, a amabilidade, a piedade, a indignação, a inveja e a emulação a partir do caráter do jovem, do idoso, dos nobres, dos pobres, dos ricos e dos poderosos. A defesa de um criminoso confesso precisa despertar a piedade do corpo de jurados, já a acusação deve discursar evidenciando a indignação pelo crime cometido; ambas as ações estimulam sentimentos de emoção nos ouvintes. Vencerá quem tiver mais habilidade no uso dessa técnica.

E, finalmente, a terceira qualidade do discurso: o *logos*. Traduzido no terceiro livro da retórica de Aristóteles, essa qualidade é que mais interessa neste capítulo. Enquanto as duas primeiras formas dirigem-se ao retor e ao ouvinte, respectivamente, o *logos* remete à “linguagem em sentido performático, com todas as estratégias e matrizes, não designa apenas o sistema de regras dirigentes do pensamento”¹¹⁵, ocupando-se com preceitos como a clareza que o discurso deve ter, a frivolidade do estilo, a correção gramatical, a construção da frase, o uso das metáforas e dos *topoi*. Novamente, aquele discurso que melhor se utilizar de opiniões geralmente aceitas, que se apresentar eloquente por meio das metáforas (“esse criminoso é um gelo, ele agiu fria e premeditadamente” ou “esse

¹¹⁴ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 49.

¹¹⁵ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 24.

criminoso é uma vítima da sociedade”) e, ainda, aquele discurso que apresentar um raciocínio direto (entimemático), terá mais condições de ser vencedor.

Para tanto, Aristóteles divide a retórica em quatro partes: *heurésis*, *taxis*, *lexis* e *hypocrisis*. Elas não são necessariamente fases contínuas para construção do discurso, mas todas devem existir para que o discurso alcance a finalidade retórica da persuasão. A *heurésis*, traduzida normalmente como invenção, é a reunião do maior número de argumentos possíveis para formular uma tese. A *taxis* (ou disposição) se encarrega de colocá-los em ordem. A *lexis* ou elocução é a etapa de redação do discurso e a *hypocrisis*, o momento de apresentá-lo para o auditório, utilizando-se de recursos corporais, gestuais, entonativos e de posturas comportamentais que finalizam a ação retórica, pelo menos num determinado momento.

A *taxis* é feita atendendo-se às quatro partes clássicas de um discurso, que são o exórdio, a narração, a confirmação e a peroração¹¹⁶. O exórdio ou proêmio corresponde ao início do discurso. Ele deve ser utilizado estrategicamente posto que nele devem ser feitas considerações sobre o que se pretende com aquele discurso, de modo a não deixar o auditório disperso. Aristóteles destaca a importância dos proêmios judiciais que podem servir para evidenciar “apelos de desculpa ao auditório, se acaso o discurso é sobre algo contrário à opinião comum ou tema difícil ou já discutido por muitos”¹¹⁷. Enquanto no exórdio, o *ethos* e o *pathos* se superam. Na narração, o *logos* se torna o meio retórico mais eficiente para se atingir a persuasão. A narração é a exposição dos fatos que se deve ser sempre objetiva, orientada e feita tal como a metáfora do leito de Procusto: esticando-se o que for bom e decepando-se o que não for interessante, de modo que tudo pareça ter uma única medida, a medida do “justo”. Também é proveitoso o uso do *logos* como meio retórico para persuasão na confirmação do discurso, afinal, é “necessário que as provas sejam demonstráveis”¹¹⁸.

A organização do discurso também é fundamentalmente estratégica para, no final, se ter a peroração. Nesta, o orador poderá ampliar os fatos ocorridos, lançar mão de um

¹¹⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 207-208.

¹¹⁷ *Idem*, p. 209-210.

¹¹⁸ *Idem*, p. 218.

efeito emotivo (apiedar o auditório sobre o fato ou indigná-lo) para então recapitular os argumentos (*anacefaleose*)¹¹⁹. Como pôde ser verificado, o *logos* participa de forma destacada na construção do discurso, posto que é nesse momento que se deve ponderar a utilização de uma ou de outra forma léxica, de uma ou de outra figura de linguagem. Destaca-se a importância da *lexis* dentre as demais, eis que nada adiantaria criar boas ideias, conjugar vários argumentos para sustentá-las, se não souber repassá-las para os ouvintes de forma adequada, ou, textualmente convincente.

Com efeito, *tropos* e *logos* possuem uma relação estreita. O *logos* domina a terceira etapa da retórica (a etapa léxica), e é nesse momento que o retor precisará fazer as escolhas pelos melhores *tropos*. Utilizar metáforas, sinédoques ou metonímias auxilia não só na elegância do discurso como também no sentimento que o discurso trespassa para alcançar a finalidade persuasiva. O estudo da aplicação dos *tropos* nos discursos, os seus variados comportamentos e as razões desses comportamentos é objeto da **tropologia**, termo que sugere essa íntima e necessária relação entre figuras de palavras e a construção do discurso. Essa é a razão pela qual a metáfora é classificada como figura de construção, pois a ideia mais tradicional é que essa figura auxilia na apresentação do pensamento, possuindo uma natureza puramente expressiva.

Segundo Aristóteles:

A metáfora é a transposição do nome de uma coisa para outra, transposição do gênero para a espécie, ou da espécie para o gênero, ou de uma espécie para outra, por via de analogia¹²⁰.

Para alguns, a metáfora representa todas as demais figuras. Essa ideia na antiguidade era a mais corrente, pois não havia uma classificação sofisticada como a de hoje em dia em que as figuras são separadas em figuras de palavras (figuras de ritmo e de som), de sentido, de construção e de pensamento, assunto mais adiante detalhado. Apesar dessa classificação contemporânea, ainda remanesce o sentimento de que metáfora ainda continua sendo um gênero e as demais figuras suas espécies. A razão disso é que a metáfora tornou-se “o mais importante dos *tropos*”, a ponto de vários autores consagrarem

¹¹⁹ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 57-60.

¹²⁰ ARISTÓTELES. **Arte poética**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 74-75.

“vastíssima bibliografia” sobre o tema, nos mais variados enfoques¹²¹. Para Aristóteles, a metáfora seria um fenômeno expressivo da linguagem caracterizado por sua capacidade de transpor nomes de uma coisa para outra, e com isso se garantiria uma aproximação de termos pelas semelhanças. Dizer “o que a velhice é para a vida, a tarde é para o dia” é um exemplo retirado dos ensinamentos do filósofo¹²².

A partir da teoria de Aristóteles sobre a metáfora, podem-se extrair dois postulados básicos, a partir dos quais a metáfora ganha um estatuto “científico” próprio. Esse estatuto é responsável pelos argumentos que a reduzem à figura puramente ornamental. Tanto a redução quanto o declínio da metáfora estão associados à condição de figura insólita e sem nenhuma finalidade, a não ser meramente estética, e isso fez com que a retórica, disciplina responsável pelo estudo das metáforas, também declinasse. Para Paul Ricoeur:

Uma das causas da morte da retórica está aí: ao reduzir-se a uma de suas partes, a retórica perdeu ao mesmo tempo o *nexus* que a vinculava à filosofia por meio da dialética; perdida essa ligação, tornou-se a retórica uma disciplina errática e fútil¹²³.

Voltando aos postulados básicos retirados da teoria de Aristóteles sobre a metáfora, pode-se dizer o seguinte:

A metáfora é um fenômeno que ocorre com o nome. Quando Aristóteles ensina que a “metáfora é a transposição do nome de uma coisa para outra”¹²⁴, está claro que a metáfora é alguma coisa que ocorre no nome. Confinam-se as figuras de linguagem apenas ao nome (figura de palavra), desprezando-se a frase, a oração e o discurso. A partir daí há uma supervalorização da taxonomia, e a palavra (nome) passa a ser a unidade básica de todo sistema retórico.

A metáfora é uma *epíphora*, no sentido daquilo que se define por meio de movimento. *Epíphora* designa o movimento produzido na linguagem. A metáfora desencadeia a ideia de movimento, e esse movimento é a transposição. Portanto,

¹²¹ MARTINS, Nilce Sant’Anna. **Introdução à estilística:** a expressividade na língua portuguesa. São Paulo: T.A. Queiroz Editor, 1989, p. 91.

¹²² ARISTÓTELES. **Arte poética.** Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 75.

¹²³ RICOEUR, Paul. **A metáfora viva.** Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 18.

¹²⁴ ARISTÓTELES. **Arte poética.** Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 74-75.

metáfora designa o processo de transposição de um nome por outro e o produto final desse processo. O estudo aristotélico se ocupa em analisar o processo de transposição e o produto do processo de transposição, ambos são designados pelo termo “metáfora”.

A metáfora transporta “o nome de uma coisa” para “outra”. Ou seja, transporta um nome estranho (*allogrios*) para o lugar de um nome corrente. Para Paul Ricoeur, essa é a causa da metáfora ser associada a um desvio: “A metáfora é assim definida em termos de desvio; por isso o emprego metafórico aproxima-se do emprego de termos raros, ornados, inventados, alongados ou abreviados [...]”. Na verdade, a ideia aristotélica de “nome estanho” em relação ao “nome ordinário ou comum” causa: 1 – a ideia de desvio (do nome estanho em relação ao nome corrente), 2 – a ideia de empréstimo feito pelo nome estanho, 3 – a ideia de sentido próprio e impróprio, pois se existe desvio, necessariamente existiria um sentido “correto” ou “padrão” em detrimento a um sentido “não-correto” ou “não-padrão” que seria exatamente o “sentido metafórico”, e 4 – a ideia de substituição: o termo substituto (metafórico) substituiu outro, contudo não traz nenhuma nova informação, pois o termo substituído pode voltar revelando o caráter nulo da metáfora. Essas considerações serão fundamentais para se entender o tratamento posterior dado à metáfora, reduzida à figura de ornamento e de enfeite.

E, finalmente, **a metáfora é contínua**, realiza-se pela transposição contínua, de uma espécie para o gênero, do gênero para uma espécie, de uma espécie para uma espécie ou de um gênero para um gênero, proporcionalmente. Ensina Aristóteles: “transposição do gênero para a espécie, ou da espécie para o gênero, ou de uma espécie para outra, por via de analogia”¹²⁵. Por isso, os nomes relacionados na metáfora (“substituto” e “substituído”) se associam coordenadamente, subordinadamente ou por meio de uma relação de proporcionalidade. É exatamente essa ordem que a metáfora desafia, ao dar o nome de um gênero à sua espécie, ou dar o nome da espécie ao gênero. Essa característica da metáfora será posteriormente explorada, constitui o argumento da transgressão (a metáfora é desvio, metáfora é transgressão).

¹²⁵ ARISTÓTELES. **Arte poética**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 74-75.

Essas são as principais ideias de Aristóteles sobre a metáfora. Feitas essas abordagens iniciais, é necessário transcorrer sobre a influência do *tropo* na retórica e vice-versa, como essa relação recíproca causou a redução da retórica às figuras de expressão, bem como essa redução das figuras de linguagem aos ornamentos retóricos de mero enfeite.

2.2 – Depois da teoria da transposição, as figuras se tornam objeto de estudo da *lexis*, e posteriormente são reduzidas às figuras puramente ornamentais. A retórica estuda como detectar, classificar e qualificar as metáforas, um enfeite da palavra.

Neste subitem, tratar-se-ão especificamente das figuras de linguagem, suas classificações, seus detalhamentos e empreguismos, com especial atenção para as figuras de palavras. Também compete discutir aqui como as figuras de palavras se tornam enfeites fúteis ao discurso, à medida que se pressupõe a existência de um “grau zero na linguagem”, tipo um caráter de univocidade, ainda que seja “mais uma promessa do que um instrumento eficaz, já que não daremos os procedimentos para atingi-lo”¹²⁶.

A tentativa de catalogar as teorias que se desenvolvem ao largo de um assunto tão antigo é, de certa forma, fácil de ser justificada.

Primeiro: nunca se chegou a um consenso quer sobre as classificações, quer sobre os usos desses instrumentos linguísticos, muitos deles acusados de deturpadores da língua ou tidos como desvios da própria língua. A propósito, “a ditadura da palavra na teoria da significação”, introduziu a errônea ideia de que a metáfora seria um simples ornamento discursivo, portanto dispensável para os fins científicos. Como tal, passou a simbolizar a “futilidade de uma disciplina que Platão já pusera ao lado da ‘cosmética’”¹²⁷.

Segundo: somente estudando a gênese e os objetivos originais das figuras se conseguem detectá-las, entendê-las e dar-lhes a devida importância, não como símbolos

¹²⁶ DUBOIS, Jaques *et alli*. **Retórica geral**. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Duílio Colombini, Elenir de Barros e Massaud Moisés. São Paulo: Cultrix – Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 1974, p. 55.

¹²⁷ RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 79

de futilidade, mas para provar (d)o seu poder de criação, destruição e recriação na nomeação das coisas e dos fenômenos.

Figuras de linguagem, também conhecidas como figuras de retórica, são formas de expressão linguísticas (escrita ou falada, tanto faz) com as quais o orador dá sentido a uma ação ou a um fato, de modo que o ouvinte possa entendê-los com os detalhes e movimentos necessários. As figuras “servem exatamente para expressar aquilo que a língua comum, falada, escrita e aceita por todos não consegue expressar satisfatoriamente”¹²⁸. Por exemplo, ao se dizer que “a Constituição do Estado é a sua Lei Fundamental”¹²⁹ ou que “a Constituição é a lei fundamental proclamada pelo país, na qual baseia-se a organização do Direito Público dessa nação”¹³⁰, seriam definições incapazes de expressar os valores e as ideologias constitucionais. Se o termo “constituição” fosse tratado isoladamente, fora de qualquer contexto, certamente expressaria apenas um substantivo advindo do verbo **constituir**, sinônimo de criar, no sentido de dar origem (=originar), ou seja, aquilo que se faz pela primeira vez. A análise morfossintática não teria melhor sorte em tentar explicar o termo isoladamente.

Juristas iniciados reconhecem a importância do texto constitucional, a ponto de identificá-lo com a *lex fundamentalis*, desde as concepções da Escola Clássica de Direito Natural, graças a Edgar Bodenheimer, conforme conta Raul Machado Horta¹³¹. No entanto, essas definições não conseguem expressar o sentido do Texto Maior para o homem comum ou para um grupo de alunos incautos que pela primeira vez se deparam com a Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo. O Professor de Direito Constitucional se esforça para resumir em poucas palavras aquele texto, poderá ser levado até a sentenciar que a Constituição é “a Lei das leis”¹³².

¹²⁸ GUIMARÃES, Hélio de Seixas e LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática**. 14ed. São Paulo: Atual, 1998, p.2.

¹²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2ed. Salvador: Juspodium, 2008, p.67.

¹³⁰ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003, p.10.

¹³¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.121-122.

¹³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito de constitucional**. 2ed. Salvador: Juspodium, 2008, p. 67.

O exemplo serve para demonstrar a importância das figuras de linguagem. Descartar as figuras na construção de qualquer texto, ainda que pretensamente “científico” como este, não seria possível. Mesmo o orador mais essencialista estará constrangido a utilizar as figuras de linguagem. Esse processo de expressar coisas e sentimentos é a capacidade humana de interagir com o mundo, e opera-se pela formação de signos e de expressões simbólicas. Sem eles, essa interação seria mais imperfeita do que já é. O uso das figuras ameniza, embora não resolva definitivamente, o problema da imanência linguística. Enquanto outra forma não for encontrada, esta continuará desempenhando relevante papel na formação dos **signos**¹³³.

O primeiro capítulo tratou das definições necessárias para os termos “signo”, “significante”, “significado” e “sentido”. Não se precisa voltar àquelas definições. Interessa aqui argumentar que sem as figuras, não há como os signos se formarem, fadando a comunicação humana a uma impossibilidade de expressão das coisas ou do entendimento sobre elas. O homem forma signos, é um animal simbólico por excelência, adverte Ernst Cassirer¹³⁴. Voltando ao exemplo anterior, tentava-se conceituar “Constituição”. Através das figuras, o termo “Constituição” representa ao mesmo tempo “acoplamento estrutural entre política e estado”, “subsistema do sistema jurídico”, “mecanismo de autonomia operacional do direito”, além de cunhar a sua “função social e prestação política” para um Estado¹³⁵.

Todas essas definições correspondem, em alguma medida, ao termo “constituição”, isso porque ela desempenha papéis diferentes nos mais variados países. Esses papéis também mudaram ao longo da história, a ponto dessa palavra se transformar em uma das “metáforas da semântica social contemporânea”¹³⁶. Cada uma dessas definições para o termo “Constituição” são sentidos que podem lhes ser associados, a depender do contexto

¹³³ O conceito de signo não é unívoco, de modo que estamos utilizando a expressão no sentido que lhe empresta Saussure, como sendo a unidade formada pelo significante e pelo significado (Signo = Significante + Significado), por isso classificado como “arbitrário”. (SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27ed. São Paulo: Cultrix, 2006, p.79-81).

¹³⁴ CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem**: introdução a uma filosofia da cultura humana. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.50

¹³⁵ NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.55-83.

¹³⁶ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Tese (Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento de cargo de Professor Titular na área de direito constitucional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 2 e ss.

histórico, geográfico e linguístico que a palavra (“constituição”) seja utilizada. Os signos formados em cada situação decorrem da associação do significante |-c-o-n-s-t-i-t-u-i-ç-ã-o-| a um determinado sentido. Por isso, um signo para cada caso, criado metaforicamente. Daí se afirmar que as figuras auxiliam na formação de qualquer signo.

Para entender como ocorre o processo de formação do signo pela ótica linguístico-expressiva, com ênfase no papel desempenhado pelas figuras, é necessário colocar a classificação mais contemporânea das figuras de linguagem. Na realidade, as figuras “[...] revelam muito da sensibilidade de quem as produz, da forma como cada indivíduo encara suas experiências no mundo”¹³⁷, de sorte que as diversas classificações decorrem das experiências e da sensibilidade do autor. Alguns gramáticos brasileiros adotam uma classificação que serve estrategicamente a esta tese, em que as figuras de linguagem são detalhadas em quatro espécies: a) figuras de som ou de harmonia, b) figuras de pensamento, c) figuras de construção, e d) figuras de palavras ou *tropos*¹³⁸.

As **figuras de som** ou **figuras de harmonia** ocorrem quando se tenta imitar os sons ou barulhos produzidos pelos seres e pelas coisas, e apesar de seu destaque nas poesias e nas músicas, por meio da aliteração, da assonância, da paronomásia e da onomatopéia, são mais difíceis de serem vistos em discursos jurídicos, como i.e em decisões judiciais. Utilizadas como uma forma de reproduzir sons diversos, essas figuras se apresentam no discurso poético para dar movimentação às declamações. De todas, as onomatopeias despertam maior curiosidade, pretende-se com seu uso a criação de uma “realidade” embora as diferentes expressões dessa “realidade” certifique como o mundo é percebido de forma diferente.

[...] apenas são uma vaga cópia da realidade, tanto em razão das possibilidades limitadas do material sonoro, por exemplo, como a causa das variações pessoais e sociais (a onomatopeia que reproduz o canto do galo soam [kuku´rigu] em romano, *kokoricó* [cocoricó] em francês, e *kikirikí* [ki´kiriKí] ou *cucurucú* [cu´curucú] em espanhol)¹³⁹.

¹³⁷ GUIMARÃES, Hélio de Seixas e LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática**. 14ed. São Paulo: Atual, 1998, p.2.

¹³⁸ *Idem, ibidem*.

¹³⁹ “*soló es una vaga copia de la realidad, tanto en razón de las posibilidades limitadas del material sonoro por ejemplo, como a causa de las variaciones personales y sociales (la onomatopeya que reproduce el canto del gallo suena cucurigu [kuku´rigu] em rumano, kokorico [cocoricó] en francés, y kikirikí [ki´kiriKí] ou cucurucú [cu´curucú] en español*” (SLAMA-CAZAZU, Tatiana. **Lenguaje y contexto: el problema del lenguaje en la concepción de la expresión de la interpretación por las organizaciones del contexto**. Barcelona: Edições Grijalbo, 1970, p. 195).

As **figuras de pensamento** ocorrem quando, entre a expressão e a intenção real do orador, ergue-se uma diferença. A antítese é um exemplo. Nela, o orador opõe palavras que são contraditórias, com a finalidade de destacar alguma ideia. “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”—essa passagem serve para demonstrar a poderosa figura de pensamento aqui expressa linguisticamente. Outro tipo de figura de pensamento é a ironia, normalmente utilizada com a finalidade de diminuir o argumento do adversário.

A propósito,

[q]uando não se sabe opor nenhum fundamento aos do adversário, pode-se declarar com alegação irônica de incompetência: “O que você diz ultrapassa minha débil capacidade de compreensão; pode estar certo, mas não posso compreendê-lo e renuncio a todo julgamento”¹⁴⁰.

Aristóteles ensina que, no epílogo do discurso, o orador deve fazer uma comparação de tudo que foi dito. Para tanto, deve utilizar da contraposição (“mas este disse tais coisas acerca disto, eu isto, por que razões?”) ou da ironia (“como, ‘pois este disse isto, eu isto’ e, ‘que faria se demonstrasse tais coisas, mas não aquelas?’”)¹⁴¹. No eufemismo, o orador ameniza o sentido de determinados termos com a finalidade de lhes retirar todo “peso” da qualificação. Por exemplo, quando o defensor qualifica seu cliente como “acusado” ao invés de “criminoso”, ainda que ele tenha confessado o delito, essa ação é um eufemismo. Ainda na linha das figuras de pensamento, existe a perífrase, pouco diferente da antonomásia (figura de construção). A perífrase normalmente consiste em um torneio de palavras usado para designar qualquer outro termo; é uma metáfora, com a qual o orador manuseia palavras para designar outras de maior ou menor valor simbólico.

A hipérbole é usada quando se deseja provocar no ouvinte uma ideia de exagero. Ao dizer “esperamos um ano por aquela liminar”, quando foram apenas alguns dias. Nota-se que a intenção do orador é exagerar na informação com vistas expressar que algo foi além do razoável. É um recurso que pode ser sutil, mas que aparece em decisões judiciais com certa frequência. Basta verificar a ementa do julgamento do Pedido de Intervenção Federal nº 2915-5, com o qual se requereu que o Supremo Tribunal Federal declarasse a intervenção no Estado de São Paulo por descumprimento de decisão oriunda daquele

¹⁴⁰ SCHOPENHAUER, Artur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.172-173.

¹⁴¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 225.

mesmo tribunal. Condenado a pagar valores representados por precatórios, o Estado de São Paulo não cumpriu, gerando o pedido que foi posteriormente negado. A ementa do julgado foi assim redigida, *verbis*:

Ementa – Intervenção Federal. 2. Precatórios judiciais. 3. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. **4. Estado sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia**¹⁴².

Na ementa, a corte demonstrou que o Estado de São Paulo não pagou porque está sujeito a “outras obrigações”. O Supremo preferiu no acórdão utilizar a expressão “múltiplas obrigações”, em franco uso de uma hipérbole.

Outra figura utilizada no mesmo julgado e extremamente frequente é a prosopopeia, em que o orador personifica o Estado de São Paulo como se ele fosse ser humano. O Estado não teria pago os precatórios porque não pôde, e não porque não quis. Da ementa se extrai o seguinte fragmento: “Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento”. O dolo é juridicamente um ato realizado por manifesta vontade, coisa que o Estado de São Paulo não possui. A intenção do tribunal foi confundir a figura pessoal do Governador – esse sim poderia ter sua “vontade” verificada – com o próprio Estado, e para isso a estratégia da prosopopeia.

A gradação é “uma figura de pensamento que ocorre quando há uma sequência de palavras, – sinônimas ou não – que intensificam uma mesma ideia”¹⁴³. Em conferência pronunciada no I Congresso Cearense de Segurança e Cidadania (1998), o então Presidente do Tribunal de Justiça deixou gravado o seguinte:

Intriga-me, profundamente, a constatação de apesar deste País estar prestes a completar quinhentos anos, e a despeito de suas riquezas decantadas em prosa e verso, **temos visto avolumarem-se em cada esquina, crianças**

¹⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Intervenção Federal. Precatórios judiciais. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Indeferimento do pleito. Pedido de Intervenção Federal n.º 2915-5/SP. Nair de Andrade e outros e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Presidente Marco Aurélio de Melo. Dj 28 de novembro de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, v. 2134, p.11, nov. 2003 (g.n).

¹⁴³ GUIMARÃES, Hélio de Seixas e LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática**. 14ed. São Paulo: Atual, 1998, p.53-54.

maltrapilhas, sem lar, sem pão e sem qualquer esperança de um futuro digno, porque não há futuro sem educação¹⁴⁴.

Observa-se que a construção da frase “crianças maltrapilhas, sem lar, sem pão e sem qualquer esperança” possui um efeito figurado gradativo, com vistas a impressionar e tornar viva a desesperança dos que carecem do poder público. Finalmente, a apóstrofe, comum entre os discursos forenses, caracteriza-se pelo apelo a ser real ou imaginário para enfatizar a atuação do interlocutor que não se faz presente. A expressão encontrada no final de algumas petições “nestes termos, pede-se e espera justiça”, é um bom exemplo.

Ao lado das figuras de pensamento encontram-se as **figuras de construção** que ocorrem com vistas aos desvios gramaticais propositais ou não, nos quais se abandonam as regras “para considerar a ideia que há por trás de cada palavra”¹⁴⁵. A silepse é uma das representantes desse tipo. Apesar de uma discordância gramatical, as palavras concordam com a ideia. Ao dizer “Todos juristas somos inquietos”, o verbo (ser) não se encontra conjugado corretamente, não concorda com o sujeito (Todos). A flexão utilizada na frase se justifica porque o falante se inclui na frase. No caso, a concordância decorre da ideia. As silepses são encontradas comumente nos pronomes de tratamento, os advérbios denunciam o sexo de quem se fala. Por exemplo, na frase “Vossa Excelência foi taxativo” o pronome não indica, mas o complemento deixa claro que a autoridade é do sexo masculino. A elipse é outra figura de construção extremamente útil. Nela, suprimem-se palavras que podem ser entendidas no contexto. “No Tribunal, muitas discussões” – o verbo (“haver”) não é colocado na frase, encontra-se subentendido¹⁴⁶. O polissíndeto é o emprego repetitivo de conjunções entre orações, com as quais se deseja destacá-las: “O Tribunal recebeu o recurso, **e** conheceu das razões, **e** julgou-as improcedentes **e** manteve a sentença”; “O Juiz **nem** decidiu a favor, **nem** decidiu contra”.

Para destacar uma determinada passagem do texto, usa-se a inversão. Essa figura consiste em mudar a ordem sintática dos termos para dar-lhes mais destaque: “para julgar o réu, o conselho de sentença se reuniu subitamente”. Nesse exemplo, a oração em

¹⁴⁴ MELO, José Maria. Justiça emperrada: desobediência às determinações judiciais no estado de direito. In: **Themis**. Fortaleza: ESMEC, Vol. 2, nº 01, p. 101-107, 1998, p. 101-102 (g.n).

¹⁴⁵ GUIMARÃES, Hélio de Seixas e LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática**. 14ed. São Paulo: Atual, 1998, p. 34.

¹⁴⁶ Há um tipo especial de elipse, a zeugma. Essa é uma forma particular de elipse porque o termo subentendido na frase foi mencionado anteriormente. Por exemplo: “O Tribunal recebeu o recurso. Entendeu pela improcedência” (O Tribunal entendeu pela improcedência do recurso).

destaque (“para julgar o réu”) evidencia uma rapidez com vistas a atingir certo objetivo. Outra figura importante é o anacoluto. Por meio dele se opera uma desordem sintática, na qual, o termo é colocado em destaque, mas deixa de se relacionar com o restante da frase. Em “os advogados de hoje em dia, não se pode confiar neles”, fica claro que a intenção é destacar “os advogados”, o substantivo aparece sem outra função.

As **figuras de palavras**, ou simplesmente *tropos*, “referem-se à significação das palavras, desviando-se da significação que o consenso identifica como normal”¹⁴⁷. Merecem destaque: a metáfora, a metonímia e a sinédoque, consideradas *tropos* básicos¹⁴⁸. Historicamente a metáfora é o “*tropo* por excelência”, aos quais todos os demais podem ser reduzir¹⁴⁹. Em “o povo tem sede de justiça”, emprega-se uma metáfora, pois se unem conceitos distintos promovendo uma assimilação mental de grande efeito. Isto porque a expressão “o povo” é uma prosopopéia, quando a intenção é representar toda e qualquer pessoa. Dizer: “tem sede de justiça”, consiste num emprego metafórico. Justiça equivaleria à água, um elemento básico da condição de vida humana: todos que têm sede precisam beber água. É uma condição de sobrevivência. Assim, a frase (“o povo tem sede de justiça”) demonstra que justiça também é algo necessário à vida humana tanto quanto à água. O efeito metafórico está na emoção que a frase causa. Se essas palavras forem interpretadas sem o contexto necessário, haverá uma impertinência semântica, uma vez que tem sede bebe água e não bebe justiça; quem quer justiça não pode simplesmente consumi-la.

Durante o período positivista cientificista, a metáfora foi concebida como um escândalo, uma figura desnecessária, inútil e prejudicial à ciência. Era simplesmente a figura deturpadora da linguagem, um desvio de uma linguagem supostamente correta, uma função decorativa despida de qualquer propósito pedagógico. Os defensores dessa tese assumiram uma postura equivocada ao conservar a “ditadura da palavra”, bem como reduzindo a “metáfora a um simples ornamento”, como acentua Paul Ricoeur¹⁵⁰. Na

¹⁴⁷ AZEREDO, José Carlos de. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008, p.484.

¹⁴⁸ REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 121.

¹⁴⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão, 2002, p. 453.

¹⁵⁰ RICOEUR, Paul. **A metáfora vida**. Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 79.

realidade, da “ditadura da palavra” até a redução da “metáfora a um simples ornamento”, vários postulados são erguidos, dos quais dois são destacados aqui:

.....
h) O emprego figurado de palavras não comporta nenhuma informação nova. Este postulado é solidário do precedente; pois se a restituição anula a substituição, se, se, pode se dar uma paráfrase exaustiva da metáfora e em geral do tropo, a metáfora nada ensina: postulado da informação nula;

i) O tropo, nada ensinando, tem uma simples função decorativa, é destinado a agradar ao ornar a linguagem, ao dar a “cor” ao discurso, uma “vestimenta” à expressão nua do pensamento¹⁵¹.

Para alguns teóricos, Aristóteles teria influenciado esse modelo de pensamento. Na verdade, ele iniciou o modelo triunfante da metáfora ao mesmo tempo em que forneceu argumentos para que esse mesmo modelo fosse colocado em xeque. Não que seu sistema retórico tenha sido elaborado com propósitos mais vastos que uma teoria da elocução, “mas porque a *lexis*, explicitamente centrada sobre o nome, repousa implicitamente sobre uma operação predicativa”¹⁵². A teoria aristotélica procura explicar a metáfora por um processo que vai desde a oposição de uma palavra comum a uma palavra estanha, passando pelo desvio da palavra estanha em relação à palavra comum, além da transposição de sentidos da palavra emprestada à coisa que se deseja denominar, da substituição da palavra que poderia ser usada por esta palavra associada, e essa substituição seria meramente em decorrência do estilo, ou seja, pelo prazer de ornamentar (estético).

Na visão de alguns autores, esse prazer estético não combina com o discurso científico, nem com a linguagem filosófica. Aliás, mesmo admitindo que a “linguagem poética é metafórica”, Karsten Harries sentencia: “a exigência de que a poesia seja um todo auto-suficiente, que a poesia seja autotélica, implica na exigência de que lute contra a metáfora”¹⁵³.

Esta tese não acredita na metáfora como desvio, porque desconfia da tese do grau zero da linguística, da crença na univocidade da linguagem. Nesse sentido, a metáfora não

¹⁵¹ RICOUER, Paul. **A metáfora vida**. Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 81.

¹⁵² *Idem*, p. 82.

¹⁵³ HARRIES, Karsten. A metáfora e a transcendência. Tradução de Lynn Mario Menezes de Sousa. In: SACKS, Sheldon (org.) **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 77-93, 1992, p. 78.

é um fenômeno que atinge apenas a subunidade estrutural significado, "é preciso fazer intervir sobre o evento *engrenagens* extralinguísticas, a começar pela consciência retórica"¹⁵⁴. O Grupo μ de Liège chamou de **metaplasmos** as mudanças da língua que atingem os significantes, ou seja, quando elas atingem o vocábulo propriamente dito, e de **metataxes**, quando as alterações da língua ocorrem nas frases. Esses fenômenos, entretanto, não interessam aqui, pois as metáforas ocorrem no nível do significado (ou do sentido, dada necessidade de se considerar o contexto linguístico). Metáforas, Sinédoques e Metonímias se constituem para o Grupo μ , como **metassemas**, uma vez que os consideram como fenômenos associados às mudanças na subunidade abstrata do signo. Aliás, para Jaques Dubois e os demais membros do grupo de estudos da Universidade de Liège:

[...] a *metáfora* não é propriamente uma substituição de sentido, mas uma modificação do conteúdo semântico de um termo. Essa modificação resulta da conjunção de duas operações de base: adição e supressão de semas. Noutros termos, a metáfora é produto de duas sinédoques¹⁵⁵.

Apesar de a metáfora ser tradicionalmente classificada como *tropos* (figura de palavras), donde as discussões geralmente giram em torno da análise do "duelo metassêmico das duas correntes metafóricas, a lógico-linguística e a lógico-filosófica que se digladiam"¹⁵⁶, esta tese defende que a metáfora seja reconhecida também como fenômeno do pensamento. Mas este é um debate que envolve outras questões, e será feito no capítulo terceiro.

2.3 – O interacionismo e o pragmatismo como superação da tese da metáfora como *ornatos*, e como essa superação contribuiu para o desenvolvimento da ciência.

A teoria da transposição defendida por Aristóteles como caminho explicativo da metáfora, ao mesmo tempo em que a problematiza a partir do nome – a palavra é colocada no centro do problema – traz como consequência a supervalorização da palavra. A ideia de que palavras são substituídas para designarem o mesmo evento sugere que a permuta é fútil, ação puramente ornamental como é interpretado por alguns de seus

¹⁵⁴ DUBOIS, Jaques *et alli*. **Retórica geral**. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Duílio Colombini, Elenir de Barros e Massaud Moisés. São Paulo: Cultrix – Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 1974, p. 137, destaques no original.

¹⁵⁵ *Idem*, p.151, destaques no original.

¹⁵⁶ FILIPAK, Francisco. **Teoria da metáfora**. Curitiba: HVD Ed, 1983, p. 12.

seguidores. A teoria da transposição não apenas argumentou a favor da metáfora, como seus argumentos lhes foram contrários. O resultado foi a redução da metáfora aos estilismos levados às últimas consequências, como normalmente os *ismos* (estilismo, fundamentalismo) proporcionam.

Dois caminhos são historicamente percorridos entre os estudos da metáfora: um, no qual a metáfora é um escândalo, um desvio dos padrões denotativos, uma violação dos padrões cultos, em síntese, uma conspiração contra a transparência e a descrição científica. Outro caminho entende que a metáfora faz naturalmente parte do sistema linguístico: um fenômeno comum da linguagem, o qual precisa ser colocado na condição de objeto de estudo. O funcionamento da metáfora sugere uma **metaforologia**, segunda qual, esse *tropo* não é um ornamento, mas uma capacidade de adicionar conceitos, com a finalidade de criar, destruir e recriar signos¹⁵⁷. Esse segundo caminho é construído muito tempo depois de Aristóteles, Cícero e Quintiliano. Entre tantos outros, deve-se a Max Black e a Nelson Goodman (interacionistas), Ted Cohen e John Searle (pragmáticos) e a Donald Davidson (não-cognitivista), o desenvolvimento de debates e de teorias contemporâneas a respeito do funcionamento da metáfora. Aristóteles e os estudos anteriores ao semanticismo e ao pragmatismo reconheceram que palavras diferentes podem convergir para o mesmo significado, essa é a condição *sine quae non* para a transposição (substituição de um termo comum por outro menos comum), pois entre as palavras transpostas vigora uma relação sinonímica.

Na linguagem natural, a polissemia é tão comum quanto os sinônimos e os antônimos. Ela funciona no nível da ambiguidade o qual se encontra no léxico. Quando uma palavra designa uma pluralidade de significados, diz-se que ela é polissêmica: significantes não se unem à apenas um significado, mas aos significados distintos. Claro que isso nada tem a ver com a homonímia. A "homonímia recobre uma diferença entre duas palavras e entre seus campos semânticos completos, a polissemia se mantém no

¹⁵⁷ Muitos autores ou tratam da metáfora sobre um plano histórico, reconstruindo o pensamento de Aristóteles, Cícero e Quintiliano sem grandes acréscimos, e neste sentido, evidenciando a função estética do tropos ou destacam a metáfora como um desvio escandaloso dos padrões cultos, como as teorias linguísticas contemporâneas. Aqui interessa o modelo operacional de criação das metáforas, pela correlação com as atividades gestual, contextual, denotativa e conotativa, simbólica, mental e até lógica, e de utilização desse tropos, que poderia revelar o funcionamento da retórica para a criação dos signos. Como se admite aqui que os signos são criados pelos Utentes, os quais referenciam o sistema judicial, não haveria como negar a importância da metáfora na (re) criação do sistema signico. Sobre esse funcionamento (ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p.153-156).

interior da mesma palavra, da qual distingue várias acepções”¹⁵⁸. No fundo, a homonímia é uma coincidência na qual os significantes são grafados identicamente, mas possuem natureza etiológica diferente, designam coisas diferentes. Embora a retórica clássica tenha utilizado **a palavra** como o parâmetro para definição da metáfora, em detrimento do fonema, do morfema e da locução, a ela associam-se fenômenos que confundem esse estudo.

Esse é um dos argumentos contemporâneos que relativizam o estatuto da palavra como caminho explicativo do fenômeno representado pela metáfora. Dois outros argumentos precisam ser colocados:

1. Além dessa característica, os semanticistas ainda adicionam o contexto, contexto esse representando pela frase. Eles partem do pressuposto de que “a palavra tem uma significação em estado isolado”¹⁵⁹, mas ela também possui outros (sentidos), a depender do contexto em que se encontra inserida. Assim, “é um enunciado inteiro que constitui a metáfora”, embora “a atenção concentra-se em uma palavra particular cuja presença justifica que se considere o enunciado metafórico”¹⁶⁰. A estrutura do enunciado metafórico parte da palavra, não como algo ensimesmado conforme ocorre na teoria clássica. Aqui, o enunciado metafórico depende do contexto, mas transcende a própria frase.

2. Os semanticistas criticam a teoria clássica em relação ao modelo de funcionamento da metáfora, e com isso conseguem rebater as qualificações de “figura fútil”, “mero *ornatos*” que normalmente lhe são atribuídas. Segundo o argumento dos semanticistas, a metáfora não opera no plano de uma simples substituição de termos decorrente do alvedrio do falante, segundo seu gosto, e nem mesmo é uma comparação simples. Eles dizem: “a ideia de que a metáfora é uma comparação condensada, abreviada, elíptica, não é evidente”¹⁶¹. Para exemplificar a diferença entre metáfora e comparação, uma passagem do voto do Ministro Carlos Ayres de Britto, relator da ADI 3510, exatamente umas das decisões posteriormente analisadas nos capítulos quarto e quinto desta tese. Ao

¹⁵⁸ RICOUER, Paul. **A metáfora vida**. Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 179.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 144.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 135.

¹⁶¹ *Idem*, p. 137.

julgar aquela ação direta proposta pelo Procurador Geral da República, com a qual se requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, o Ministro relator anotou: “Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino”¹⁶².

Dessa passagem, retiram-se duas frases dentro do contexto escrito pelo Ministro:

- (1) O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional
- (2) O Supremo Tribunal Federal é como uma Corte Constitucional

As frases (1) e (2) são diferentes. Na frase (1) se tem uma metáfora, mas não ocorre isso na frase (2). Na frase (2) se tem um símile, uma comparação. A diferença entre metáfora e comparação é: enquanto na primeira frase há uma qualificação do sujeito (predica-se o sujeito, o STF), na segunda frase essa operação não ocorre. A palavra “como” utilizada na frase (2) impede a interação predicativa, não passando de uma simples comparação. Na comparação, uma coisa é **como** qualquer coisa, em alguma medida. Os semanticistas não aceitam a definição clássica de que a metáfora ocorre por meio de um movimento de transferência de significado (*epiphora*). Para eles, insistindo, a comparação é diferente de uma metáfora.

De modo geral, a teoria interacionista defende que “as metáforas têm um significado irreduzível e um conteúdo cognitivo distinto”¹⁶³. O “significado irreduzível” representa o contexto literal, enquanto o “conteúdo cognitivo distinto” seria a expressão metafórica, ambos expressos normal e respectivamente por *frame* e *fócus*. É exatamente da interação entre *frame* e *fócus* que a metáfora funciona:

- (1) O Supremo Tribunal Federal é uma Corte Constitucional

Na frase (1), o “Supremo Tribunal Federal” representa o *frame* ao qual se acrescenta a informação metafórica contida no *fócus*. Sobre o *fócus* recaem o “sistema de lugares comuns”, que não precisam ser verdadeiros ou falsos – aliás, essa classificação não

¹⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Procurador Geral da República (PGR) contra Artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Out/Nov 2010, Vol. 214, Brasília: STF, 2010, p.68-69.

¹⁶³ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 21.

faz nenhum sentido, pois a avaliação depende da comunidade na qual se fala e do próprio contexto –.

Por exemplo, quando se diz:

(3) Esse professor é um gorila

Embora o gorila seja normalmente um animal amável e dócil, é natural que a expressão metafórica sugira uma ideia de violência, isso se dada comunidade tenderem a associar “gorila” à “violência”. A associação nada tem de verdadeiro ou de falso, pois depende daquilo que as opiniões aceitem sobre determinada palavra. Para Max Black, essa é a explicação pela qual o *fócus* pode, dependendo do contexto em que a metáfora é usada, ao determinar “um conjunto de opiniões correntes compartilhado por membros de uma dada comunidade de fala”, potencializar as implicações a respeito do uso da metáfora¹⁶⁴. Na frase (1), as opiniões prevaletentes sobre **corte constitucional** são fundamentais para que haja interação entre o *frame* e o *focos*, e daí a metáfora consegue carregar as características de uma corte constitucional para o Supremo Tribunal Federal. As consequências dessa interação na prática e no cotidiano são inúmeras, ela justifica um sem-número de decisões atualmente tomadas pelo Supremo brasileiro. Não é difícil imaginar que a interação pode, às vezes, “gerar conhecimento novo e dar um *insight* incomum ao mudar o relacionamento entre as coisas designadas (os conteúdos principal e subsidiário)”¹⁶⁵.

Na mesma linha adotada por Max Black, para Nelson Goodman, a metáfora é o inverso da linguagem literal; ela é uma linguagem figurada. Essa linguagem figurada é plenamente competente para criar “categorias novas e esclarecedoras, ao revisar a teoria e ao trazer-nos novos mundos”¹⁶⁶. Segundo ele, o funcionamento da metáfora ocorre aumentando o campo semântico das palavras e das frases. Para tanto, a metáfora retira

¹⁶⁴ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 22.

¹⁶⁵ “... can sometimes generate new knowledge and insight by changing relationships between the things designated (the principal and subsidiary subjects).” (BLACK, Max. More about metaphor. In: ORTONY, Andrew (editor). **Metaphor and thought**. Cambridge: CUP, p. 19-43, 1993, p. 35).

¹⁶⁶ GOODMAN, Nelson. A metáfora como trabalho adicional. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. In: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p.177-181, 1992, p. 177.

um esquema de termos “de uma aplicação literal inicial e aplicá-lo de uma nova maneira para realizar uma nova separação de uma mesma ou de diferentes esferas”¹⁶⁷.

No fundo, a teoria da interação como teoria de explicação da metáfora, associa-a à predicação. Ao dizer que “A é B”, opera uma relação predicativa em que as características baseadas nas opiniões geralmente aceitas de “B” interagem, passando para “A”. Essa operação resultará numa ampliação das características de “A”. Paul Ricoeur afirma que esse fenômeno somente ocorre na metáfora, ou seja, apenas a metáfora possui condições de produzir um efeito predicativo, “operações predicativas que a metonímia ignora”¹⁶⁸. Paul Ricoeur reivindica uma posição de destaque para a metáfora, distanciando-a da metonímia. É que a metonímia é uma figura de linguagem que se utiliza de uma **associação por continuidade** (substitui-se o todo pela parte, o autor pela obra, o evento pelo local, i.e), mas a metáfora se utiliza de uma **associação por semelhança**. Ambas as associações são capazes de denominar as coisas, mas a associação por semelhança tem a capacidade de qualificá-las, aumentando-lhe as características e produzindo o “*insight*” com a realidade – como diria Max Black.

A importância da teoria da interação decorre de sua superação à teoria da metáfora como *ornatos*. Os argumentos que sustentam a tese interacionista se opõem a concepção de que a metáfora seria apenas futilidade, expressividade desviante ou um equívoco contrário aos princípios e as finalidades da ciência descritiva. As críticas são variadas, dependem do autor. A teoria interacionista utiliza conceitos metafóricos, tais como “filtro”, “interação”, “sistema de opiniões geralmente aceitas”, podendo problematizar a utilização dessas expressões para explicar a própria noção de metáfora e sobre seu funcionamento. Uma segunda advertência guarda relação com a forma predicativa, pois existem também metáforas adverbiais e verbais (ou seja, não-nominais) sobre as quais a interação dos campos semânticos não funciona corretamente. Por exemplo, na frase:

(4) O advogado devorou o processo.

¹⁶⁷ GOODMAN, Nelson. A metáfora como trabalho adicional. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. In: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p.177-181, 1992, p. 179.

¹⁶⁸ RICOEUR, Paul. **A metáfora vida**. Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 206.

O efeito metafórico na frase (4) não se encontra nas palavras advogado e processo, mas no verbo **devorar**. As palavras não possuem os campos semânticos integrados, como mencionado antes, e essa é uma limitação da teoria interacionista.

Um dos críticos da teoria interacionista, Donald Davidson, concentra seus ataques na ausência de clareza sobre como se cria uma metáfora: "Não há instruções sobre como se criar uma metáfora; não há um manual para determinar o que uma metáfora significa ou diz; não existe nenhum teste para uma metáfora que não exista gosto"¹⁶⁹. Apesar de Max Black responder a essa acusação, ele não consegue explicar como e porque as metáforas são reconhecidas como tais¹⁷⁰. E, finalmente, apesar dos esforços em se manter fiel a uma posição conservadora admitindo que "[o] semanticista é aquele que considera que as palavras têm um *hard core* que os contextos não modificam"¹⁷¹, os defensores do interacionismo vacilam se aproximando da teoria pragmática da metáfora:

[...] há posições mesmo entre os que se inscrevem nesta forma de abordagem que desafiam este algoritmo e às vezes mais se aproximam de uma posição pragmática do que propriamente semântica¹⁷².

Esta tese não precisa julgar as críticas contrárias à teoria interacionista, este não é um de seus objetivos. Esta tese também não deve propor qualquer revisão da literatura sobre a metáfora, já que a finalidade aqui é demonstrar como o argumento de que metáfora é um escândalo ornamental foi enfrentado. Apesar das críticas aos semanticistas que permaneceram sustentando o primado da palavra, verifica-se que o contexto linguístico em que a metáfora se insere é um pressuposto já percebido, embora sem o devido tratamento inicial. Essas ideias antecederam o pragmatismo.

A metáfora, vista sob o ponto de vista pragmático, se encontra relacionada com o uso da linguagem. Para pragmáticos, a explicação da metáfora passa pela distinção

¹⁶⁹ DAVISON, Donald. O que as metáforas significam. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. In: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 35-51, 1992, p. 35.

¹⁷⁰ BLACK, Max. Como as metáforas funcionam: uma resposta a Donald Davidson. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. In: SACKS, Sheldon. **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 183-193, 1992, p. 191.

¹⁷¹ RICOUER, Paul. **A metáfora vida**. Tradução de Dion Davi Macedo. 2ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 175.

¹⁷² BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 12.

mantida entre o significado do falante e o significado do enunciado. A teoria sugere que a intenção do falante é o aspecto fundamental na interpretação sobre o funcionamento da metáfora. John Searle nega um “significado da frase”, sugerindo um “significado do falante”, construído por ele e transmitido ao ouvinte. Para ele, “sentenças e palavras possuem somente os significados que possuem”¹⁷³, seguindo o mesmo caminho traçado por Donald Davidson¹⁷⁴. John Searle acrescenta que ao se falar em metáfora:

[...] estamos falando do que um falante poderia querer significar ao emití-las, em divergência com o que a palavra, expressão ou sentença realmente significava”, e sentença: “estamos falando das possíveis intenções do falante”¹⁷⁵.

A aproximação entre John Searle e Donald Davidson ocorre porque ambos estabelecem o mesmo ponto de partida: o sentido da metáfora não se encontra no domínio da significação, mas no domínio do uso. Palavras e expressões possuem apenas o sentido literal, o uso delas é que as transforma num sentido não-literal. Apesar de partirem de algumas ideias comuns, a proposta de John Searle é mais audaciosa. Ele procura explicar a metáfora não apenas a partir dessa literalidade, mas também da intenção do falante, daí elaborar os princípios da metáfora¹⁷⁶. Seguindo os argumentos de John Searle, a procura pelo sentido da metáfora parte da decodificação da literalidade da expressão e o sentido metafórico será buscado se o literal não se apresentar como verdadeiro ou como um absurdo. Na frase (1) “O Supremo Tribunal Federal é uma corte constitucional”, o sentido é puramente metafórico, a intenção do falante ao usar essa metáfora é justificar algo que somente conseguiria se a querela fosse decidida por uma corte constitucional.

O problema do sentido literal *versus* sentido metafórico será objeto do capítulo terceiro, essa é uma discussão que envolve conceitos não apenas linguístico-expressivos. Contudo, ainda que se admita temporariamente essa distinção – com que esta tese não concorda, conforme mais adiante argumentado – às vezes, tanto o “sentido literal” quanto o “sentido metafórico” são aceitáveis. Nem sempre o sentido não-literal é falso ou é um

¹⁷³ SEARLE, John. **Expressão e significado**: estudos da teoria dos atos de fala. Tradução de Ana Cecília G.A de Carmargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 123.

¹⁷⁴ DAVISON, Donald. O que as metáforas significam. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. In: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 35-51, 1992, p. 35.

¹⁷⁵ SEARLE, John. **Expressão e significado**: estudos da teoria dos atos de fala. Tradução de Ana Cecília G.A de Carmargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 123.

¹⁷⁶ *Idem*, p.162-181.

absurdo. Ao dizer “o Supremo julga politicamente” ou “o Supremo é um tribunal político”, essas frases não revelam nenhum absurdo linguístico ou hermenêutico, também não são frases falsas. Esses casos são explicados pelos pragmáticos como situações específicas. A busca pragmática é por uma explicação racional do processo interpretativo da metáfora, o qual não foi testado em todos os casos. A partir das orientações pragmáticas, não é possível generalizações sobre o funcionamento da metáfora.

A visão pragmática sobre a metáfora não busca uma teoria que contenha todas as explicações sobre esse fenômeno linguístico. Como os pragmáticos utilizam o **uso** como ponto de partida, eles têm consciência de que lidam com o contexto e as características de imprecisão e de casualidade. O preço pago por isso é muito alto: eles não conseguem firmar generalizações sobre a metáfora ou sobre a significação. Essas conjecturas e os respectivos desdobramentos não são objetos desta tese, serão debatidos em outra oportunidade.

As teorias semânticas (clássicos e interacionistas) e o pragmatismo esgotam o problema da metáfora vista como fenômeno da expressividade, fenômeno linguístico. As generalizações mais profundas sobre a metáfora vêm de teses cognitivistas, as quais reconhecem a metáfora como fenômeno da cognição humana, e não da simples expressão. Esse assunto será tratado no capítulo terceiro, por meio da apresentação e discussão da teoria conceitual da metáfora apresentada e defendida por George Lakoff e Mark Johnson.

Ainda ao nível linguístico, alguns exemplos da influência da metáfora sobre o cotidiano jurídico podem ser retirados da expressão “literalidade da lei”, comumente utilizada por juristas para dar a impressão de que determinada posição está mais próxima da justiça. Essa expressão é utilizada em menção ao sentido de **legalidade**, termo que possui apelo retórico. A ideia de literalidade, ou de interpretação literal de um texto legal, remete ao pressuposto de que o princípio constitucional da legalidade está sendo observado, fornecendo sensação de segurança jurídica. A toda evidência, como demonstra Torquato da Silva Castro Júnior, nem a expressão **literalidade da lei**, nem a expressão **legalidade** escapam das metáforas. Essas são expressões empregadas metaforicamente e que, se por um lado não se “autoriza a concluir que seja inadequado falar de literalidade e

de fidedignidade à lei” pela crença excessivamente funcional que provocam, por outro lado, “é preciso pensar sobre porque falamos assim e se um dia falaremos diferente”¹⁷⁷.

A metonímia e a sinédoque são casos especiais da metáfora. Na primeira, opera-se uma supressão de termos sintáticos: “julgada a ação, o tribunal reconheceu a inconstitucionalidade da lei”, ao invés de se dizer que a lei está em desacordo com a Constituição. A metonímia é um recurso expressivo comum nos resumos dos julgados, principalmente nas ementas, nas quais o órgão judiciário apresenta os “termos chaves” da decisão (metonímia da causa pelo efeito). A sinédoque decorre do uso de uma palavra para designar apenas uma de suas partes. Ao dizer, “o tribunal cassou a liminar” exatamente naqueles casos em que o julgamento foi proferido monocraticamente ou por órgão fracionário do tribunal. Ao dizer, “essa decisão do Supremo precisa ser cumprida” tem-se uma sinédoque quando a decisão em tela foi expedida por um Ministro plantonista, por exemplo.

No dia a dia dos juristas é fácil encontrar catacreses e antonomásias, tidas como *tropos* complexos. De certa forma, eles derivam da metáfora. A catacrese é muito comum nos meios forenses e decorre de um “processo de lexicalização da acepção metafórica”¹⁷⁸, ela é uma metáfora recrudescida, trivial em determinadas comunidades linguísticas. As catacreses nascem da junção de palavras comuns para formar novas expressões e novos significados, tais como agravo de instrumento. O termo **agravo** vem de agravar (verbo), significa tornar mais grave (sin.); **instrumento** é um substantivo que pode designar muitas coisas, porém quando essas palavras estão unidas (“agravo de instrumento”), a expressão designa um tipo de recurso interposto contra decisões interlocutórias. Caso semelhante ocorre com as expressões “ação popular”, “recurso em sentido estrito”, “ação de alimentos”. Por isso as catacreses são naturalmente difíceis de serem percebidas. O termo normalmente está introduzido no vocabulário do falante, com grande possibilidade de passarem despercebidas.

¹⁷⁷ CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei? In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. **Princípio da legalidade:** da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, p. 149-157, 2009, p.157.

¹⁷⁸ AZEREDO, José Carlos de. **Gramática Houaiss da língua portuguesa.** São Paulo: Publifolha, 2008, p.487.

A antonomásia é utilizada na referenciação, na qual se empresta um nome em lugar do nome próprio ou vice-versa. O jurista que se refere ao Supremo Tribunal Federal como “Pretório Excelsior” certamente estará lançando mão dessa figura retórica bastante ordinária e não menos metafórica.

A importância da metáfora na expressão linguística é percebida a partir desses exemplos; expressão da linguagem que é utilizada pelo direito para **se** constituir e construir a “realidade”. Não há como evitar o uso cotidiano dessas expressões, todos falam assim, e assim constituem a “realidade”. Mesmo crenças ontológicas são constituídas retoricamente com auxílio de figuras de linguagem, o direito não funciona pela aplicação da lei, sujeitando-se às “**regularidades**”¹⁷⁹.

As metáforas contribuem para o sucesso das ciências. Esta é mais uma razão para se abandonar a tese da metáfora como escândalo estilístico sem nenhuma pretensão de cientificidade. Na verdade, o início do século passado é marcado por um debate ainda não terminado, a problematização do ser humano como sujeito científico. A discussão foi intensificada com vistas a abandonar modelos representados por sistemas lógico-dedutivos que tiveram sucesso na modernidade. A intensificação dos debates “conduziram a uma diferente concepção de ciência, com a flexibilização do próprio conceito de ciência e a uma nova imagem da actividade científica”¹⁸⁰. O novo conceito de ciência deixa para trás a concepção moderna de que o homem-iluminado descobre algo que se encontrava encoberto no escuro das trevas medievais.

O conhecimento não é algo pronto e acabado que aguarda que alguém, por pura iluminação, consiga descobri-lo. Descobertas não são feitas por teorias ou por qualquer acaso naturalista, cuja única exigência seria a neutralidade do pesquisador. O cientista não é nenhum obstinado que revela alguma coisa desinteressadamente, despido de outro propósito que não seja o mero ato de descobrir. Essas ideias fazem parte de um realismo sobremaneira ingênuo, o qual não conforma os espíritos críticos contemporâneos. O conhecimento é construído, as descobertas não são não-intencionais, nem a neutralidade do pesquisador funciona como princípio norteador da atividade científica. O cientista é

¹⁷⁹ SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma ! Tradução de João Maurício Adeodato. In: **Anuário dos cursos de Pós-graduação em Direito**. nº 7. Recife: UFPE, p.251-273, 1995, p. 273.

¹⁸⁰ CONTENÇAS, Paula. **A eficácia da metáfora na produção da ciência**: o caso da genética. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 37.

alguém que construiu um discurso e persuadiu uma dada comunidade sobre suas conclusões, com algum interesse mais ou menos claro.

Essa mudança de postura não deve causar sentimento de demérito à ciência, pior são as crenças contrárias. Aliás, “a ciência é uma construção humana intersubjetiva que reconstrói a realidade e frequentemente cria outras possibilidades de realidade”¹⁸¹. Os fenômenos pesquisados existem a partir da interpretação que se dá a eles. A escolha por pesquisar um, e não outro fenômeno, já afasta qualquer possibilidade de neutralidade. Assim, os fenômenos têm suas marcas definidas pelo olhar do pesquisador, qual remonta uma “realidade”, apenas uma “realidade possível”, cuja explicação são os algoritmos apresentados persuasivamente.

O discurso científico não se impõe porque é neutro ou porque é construído livre de vaguezas ou imprecisões da linguagem. Essa crença foi impregnada entre os cientistas, razão para a ciência moderna se afastar das metáforas. Ocorre que não há uma linguagem científica ou completamente hermética que sirva para falar especialmente dos eventos científicos. A ciência utiliza a linguagem natural, e como não existe outra, absorve as inconstâncias e os problemas da vagueza, da ambiguidade e da porosidade que lhe são inerentes. Mesmo a terminologia científica “tem, muitas vezes, uma origem metafórica. Esta situação resulta da necessidade, quando alguma coisa é descoberta ou inventada, de lhe atribuir um nome”¹⁸².

Pesquisas revelam que os esforços de textos científicos para evitar as figuras de linguagem não obtiveram o sucesso desejado. Ao contrário, o uso de metáforas, metonímias e de sinédoques são tão naturais que passam despercebidas como catacreses (“metáforas embalsamadas”). O modelo de distribuição de elétrons defendido por Joseph John Thompson conhecido como “pudim de passas”, o modelo atômico de Niels Henrick David Bohr até à teoria da origem das espécies de Charles Darwin ou às teorias da física quântica são todos conhecimentos construídos graças à ação de metáforas. Paula Contenças, analisando o importante auxílio das metáforas para a biologia, comprova que o

¹⁸¹ ADRADE, Adriano Dias de. **A metáfora no discurso das ciências**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010, p. 118.

¹⁸² CONTENÇAS, Paula. **A eficácia da metáfora na produção da ciência: o caso da genética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 67.

discurso mais importante para as últimas descobertas biológicas desse século foi construído metaforicamente. Trata-se de textos que narram a “descoberta” da estrutura de dupla da molécula do DNA, produzidos de 1953 a 1966 por James Watson e Francis Crick. A metáfora da “dupla hélice”, sem dúvidas, possibilitou estudos posteriores, como o mapeamento do genoma humano até mesmo às pesquisas com células-tronco.

Julgamos que esta metáfora [a dupla hélice], com aquilo que ela põe em evidência, foi o *impetus* inicial para um grande movimento investigativo¹⁸³.

Mais adiante,

A exploração da metáfora informacional desencadeou um processo de pesquisa que originou a metáfora linguística e tanto uma como outra revelaram um enorme poder heurístico no processo de descoberta desta nova área científica, da mesma forma que evidenciaram uma grande força cognitiva na criação e aprofundamento dos conceitos que emergiam nesta disciplina¹⁸⁴.

A utilização de metáforas na física quântica, na biologia, na sociologia, e mesmo no direito, são bastante comuns. O ser humano não possui outra forma de falar que não seja através de figuras, em especial, por metáforas. Por outro lado, o uso de metáforas não garante o sucesso do discurso científico porque é inevitável ou porque é uma escolha estética mais conveniente. As metáforas conseguem uma analogia importante para que a ciência consiga caminhar e progredir. Também através de metáforas que argumentos são construídos para defender posições e ideias, pois a elegância do discurso “provém da metáfora e da analogia e de dispor o objecto diante dos olhos”¹⁸⁵.

¹⁸³ CONTENÇAS, Paula. **A eficácia da metáfora na produção da ciência:** o caso da genética. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 147.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 148.

¹⁸⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1998, p. 200.

Capítulo Terceiro

***A cognitive turn* e a linguagem: metáforas não apenas expressam o direito, elas ajudam na percepção do fenômeno jurídico.**

3.1 – A metáfora após a virada cognitiva: como a linguagem passa a ser objeto da Psicologia, e como isso influencia na construção da percepção da “realidade” por meio de uma linguagem introspectiva, embora tributária de recursos linguístico-expressivos.

Este capítulo terceiro possui dois objetivos específicos, os quais se encontram relacionados ao capítulo anterior. O **primeiro** é aprofundar a ideia de que metáfora não é somente ornamento, problemática parcialmente enfrentada pela exposição da teoria interacionista e da teoria pragmática da metáfora (2.2 e 2.3). Diferentemente do ocorreu lá no capítulo segundo, incrementa-se a discussão acrescentando-lhe argumentos cognitivos. Como será demonstrado, a linguística cada vez mais vem se interessando por estudos que versam sobre atividades cognitivas, desviando-se da perspectiva tradicional que vê a linguagem apenas como expressão, afinal, linguagem é a forma de cognição por excelência. Aliás, Luiz Antonio Marcuschi qualifica essa mudança de perspectiva nos estudos envolvendo a linguística como uma “espécie de *cognitive turn*, que após a guinada pragmática em meados do séc. XX se fazia necessária”¹⁸⁶.

¹⁸⁶ MARCUSCHI, Luiz Antônio. Do código para a cognição: o processo referencial como atividade criativa. In: **Veredas – Revista de Estudos Linguísticos**. Juiz de Fora: Ed. UFJF, Vol. 06, nº 01, p.43-62, 2002, p. 44.

A compreensão da metáfora como fenômeno presente desde a percepção da “realidade”, e não somente como fenômeno expressivo dessa “realidade”, ajuda a ampliar-lhe os horizontes conceituais, além de ratificar a tese de que metáfora não possui características unicamente formais, conforme pregam o paradigma objetivista e a teoria do significado literal, cujas influências se percebem mesmo entre retóricos.

O **segundo objetivo** deste capítulo é apresentar a Teoria da Metáfora Conceitual desenvolvida por George Lakoff e Mark Johnson. Essa teoria defende, mais especificamente, que as metáforas interferem no processo de percepção da “realidade”. A “realidade” seria obtida por um processo em que a mente humana observa eventos e os associa às expressões linguísticas armazenadas no cérebro, formando ideias, signos passíveis de transmissão. A comunicação humana é um processo complexo e igualmente tributário das metáforas, conforme se demonstrará. Por razões estratégicas, a comunicação entre os seres humanos é aqui deixada de lado, por enquanto se pretende discutir as etapas envolvidas no processo de construção da “realidade”.

Dentro do segundo objetivo deste capítulo será demonstrado que o processo de construção da “realidade” ocorre intersubjetivamente, seguindo a hipótese de que esse processo também depende de metáforas. Talvez exista uma “realidade” intrassubjetiva, contudo ela não é construída isoladamente. Ao contrário, a “realidade” é compartilhada, socializada, idealizada, e tudo isso interfere na sua construção. Acredita-se que a Teoria da Metáfora Conceitual desmistifica **como** ocorre o processo de construção da “realidade”.

O marco teórico da Teoria da Metáfora Conceitual se encontra ancorado nos estudos de Eduard Sapir e de Benjamin Lee Whorf. A “hipótese Sapir-Whorf” – como ficou conhecida – combina o Determinismo Linguístico, segundo qual “a linguagem determina o pensamento”, com a tese oposta representada pelo Relativismo Linguístico, para o qual “não há limites para a diversidade estrutural das línguas”¹⁸⁷. Desta feita, essa hipótese auxilia na compreensão de que a linguagem define a “realidade” porque limita a condição cognitiva humana: conhece-se aquilo que a língua permite, ao mesmo tempo em que a língua (re)constrói continuamente os códigos da comunicação, o que justifica tanto as alterações gráficas que atinge os significantes (metagrafos), quanto as alterações semânticas e pragmáticas que atingem os significados/sentidos (metataxes), fenômenos

¹⁸⁷ LYONS, John. **Linguagem e linguística** - uma introdução. Tradução de Marilda Winkler Averbug e Clarisse Sieckenius de Souza. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1987, p. 276.

analisados no capítulo segundo. A (re)construção contínua e ininterrupta dos códigos da comunicação evidencia a reconstrução da “realidade”, num processo de adaptação constante.

Este capítulo precisa trazer para discussão a hipótese do Determinismo Linguístico, verificando como ela subsidia a Teoria da Metáfora Conceitual, aqui utilizada como pano de fundo para explicar **como** ocorre o processo mental de construção da percepção da “realidade”. Isso sem deixar de analisar as consequências teóricas. A hipótese do Determinismo Linguístico foi parcial, histórica e empiricamente comprovada com o auxílio de diversas áreas de conhecimento. A ousadia da hipótese Sapir-Whorf é conjugar o Determinismo com o Relativismo Linguístico. Como será demonstrando mais adiante (3.2), Lakoff e Johnson defendem que a linguagem reflete o sistema conceitual dos falantes, sistema esse influenciando pelas experiências antropológicas (Claude Lévi-Strauss), culturais (Jean Piaget), estéticas (James Mecchert) e político-econômicas (Don Arbitblit)¹⁸⁸, as quais também são apreendidas metaforicamente.

Para alcançar esses objetivos foram feitas três subdivisões internas.

Neste subcapítulo (3.1) serão historiados como o estudo da linguagem percorre esse viés interdisciplinar, colocando-a numa zona de intersecção, na qual, ciências preocupadas originalmente com diferentes fenômenos tenham lhe voltado atenção. Esse é o caso da Psicologia, mas também da Sociologia, da Antropologia, da Filosofia e do Direito, os quais se interessam pela linguagem propiciando investigações transdisciplinares e fomentando problematizações que perpassam pela Psicologia Linguística, pela Sociologia da Linguagem, pela Antropologia Cultural, todos aqui reunidos em torno da Filosofia Retórica. Trabalhos científicos em Neurolinguística comprovam, por exemplo, que sujeitos com lesões no hemisfério direito do cérebro possuem maior dificuldade em interpretar frases com metáforas evidentes quando comparados com sujeitos sem lesões¹⁸⁹. Isso demonstra que a metáfora se transformou num significativo instrumento para pesquisa

¹⁸⁸ LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. 8ed. Tradução de Carmen González Marín. Madrid: Cátedra, 2009, p. 35-36.

¹⁸⁹ BOTTINI, Gabriella *et alii*. The role of the right hemisphere in the interpretation of figurative aspects on language: a positron emission tomography activation study. *In: Brain – A Journal of Neurology*. Vol. 177, nº 06, Oxford: Oxford University Press, p. 1241-1253, 1994; GLUCKSBERG, Sam. **Understanding figurative language: from metaphors to idioms**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

empírica na área das ciências da saúde, estendendo seu interesse para além dos limites tradicionais das ciências da linguagem.

No próximo subcapítulo (3.2), a discussão se concentrará na Teoria da Metáfora Conceitual desenvolvida por George Lakoff e Mark Johnson. Nesse momento serão apresentados os principais argumentos utilizados por essa Teoria para sustentar a tese de que a “realidade” deriva de um complexo processo construtivo, intersubjetivo e realizado graças às metáforas que permeiam o cotidiano humano.

E, finalmente, no subcapítulo 3.3 serão apresentadas as metáforas conceituais sugeridas por George Lakoff e Mark Johnson, bem como será verificado **como** essas metáforas auxiliam na construção, na desconstrução e na reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, objetivo prático desta tese. Nesse subcapítulo serão demonstradas as metáforas conceituais que servirão de paradigma para a pesquisa empírica desenvolvida com base nas decisões (discursos-objetos) do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade que versam sobre o PDPH, pesquisa encampada no capítulo quinto.

Destarte, conforme será explicado no subcapítulo 5.1.3, a obra *Metáforas de la Vida Cotidiana* de George Lakoff e de Mark Johnson, por tudo que será demonstrado no desenvolvimento deste capítulo, servirá de *corpus* de contraste para a pesquisa empírica.

Para entender como a língua passa a ser objeto de múltiplas áreas de pesquisa na contemporaneidade e como a relação da *cognitive turn* com a metáfora se desenvolve, esta tese situa dois extremos. Dois são os pontos de partidas inicial e historicamente inconciliáveis, mas que após uma série de desenvolvimentos científicos posteriores, culminam com a construção de novos e mais complexos argumentos sobre o que se resolveu aqui chamar “linguagem-percepção” e “linguagem-expressão”. Apesar de esta tese dividir a linguagem em duas partes (“linguagem-percepção” e “linguagem-expressão”), adverte-se que essa divisão serve apenas para facilitar a investigação, não se acredita em duas linguagens. Com a linguagem perceptiva (interna) o home consegue **falar-se**. Com a linguagem expressiva (externa), o homem consegue **falar com alguém**, ou seja, com ela o homem consegue se **comunicar**¹⁹⁰. Voltando à questão dos dois pontos

¹⁹⁰ Conforme mencionado antes, neste capítulo o interesse maior é pela linguagem introspectiva, ou seja, com a comunicação que o homem faz consigo mesmo. Por meio dessa linguagem interna, a percepção da

extremos, eles não são mencionados aqui como teorias vericondicionais, cuja opção seria filiar-se a uma ou a outra posição. Os pontos extremos representam ideias antagônicas que mutuamente se influenciam, criando situações ecléticas, e assim superam obstáculos erigidos por verdades omnicompreensivas.

O primeiro extremo consiste na tese do **determinismo linguístico**, segunda a qual, a língua determina o pensamento. A versão mais extremista dessa teoria diria: pessoas que falam a mesma língua tendem a pensar da mesma forma, ou seja, pessoas que falam a mesma língua tendem a perceber o mundo da mesma maneira. Essa tese professa, por exemplo, que bilíngues são pessoas que possuem visões de mundo completamente diferentes e, embora não confessem, procuram conciliar todos os antagonismos dentro de seu “eu”. A propósito, experiências realizadas entre as décadas de 1950 e de 1960 ajudaram a reforçar essa versão mais extrema. John Lyons conta que os falantes monolíngues do zuni, língua indígena americana, não eram capazes de perceber diferenças entre as cores amarela e laranja supostamente por não terem codificado essas cores com palavras diferentes. Não que os falantes do zuni não conseguissem perceber diferenças quando se pedia para compará-las, mas tinham dificuldade em codificar essas diferenças em palavras, exatamente pela falta de vocabulário. Outra experiência científica nessa época foi igualmente marcante: comprovou-se que a estrutura da língua de um falante (no caso, a indiferenciação quanto os tempos verbais do presente e do passado) influencia a percepção da “realidade” e das “lembranças”¹⁹¹.

Apesar da força persuasiva dessas experiências, o que os deterministas extremistas não conseguiram definir foi o nível de influência da língua sobre a percepção, sobre a memória, e sobre o pensamento em geral. Filósofos, Psicólogos e Linguistas permaneceram “céticos a respeito de qualquer versão mais forte da hipótese de que a linguagem determina as categorias ou padrões de pensamento”¹⁹². A versão menos extremista do determinismo defende ser possível que conceitos mais básicos, ou menos complexos, como as noções de tempo, de espaço ou de quantidade, independam da

“realidade” é construída. Isso não quer dizer que a linguagem introspectiva seja algum código especial. Na verdade, a linguagem introspectiva utiliza os mesmos vocábulos da linguagem expressiva, a diferença que com ela o homem fala-se, diz-se o mundo, sem que isso signifique que essa construção do mundo seja sozinha, autopoietica.

¹⁹¹ LYONS, John. **Linguagem e linguística**: uma introdução. Tradução de Marilda Winkler Averbug e Clarisse Sieckenius de Souza. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1987, p. 278.

¹⁹² *Idem*, p. 278-279.

língua. Essa seria a razão do compartilhamento de sistemas conceituais mesmo por falantes de línguas diferentes.

Para retóricos, o porquê de falantes de línguas diferentes reconhecerem essas noções de tempo, de espaço ou de quantidade nada tem a ver com o fato desses conceitos serem mais ou menos complexos. A resposta retórica aponta para o fato de esses conceitos serem construídos previamente, a partir de determinados contextos linguísticos, ou seja, simplesmente porque esses conceitos são produtos de convenções mundiais, tais como as medidas métricas, as horas e os minutos. Nesse sentido, um falante acostumado com medidas em metros terá um acesso mais difícil a uma informação se ela for prestada em jardas, em pés ou em milhas.

Os exemplos ficam mais claros quando são analisados conceitos mais complexos, como àquelas noções que dependem da cultura. Expressões como “honestidade”, “pecado”, “honra” ou “dignidade” são codificáveis em algumas línguas, mas não em outras. Elas possuem sentido em determinados contextos, mas diferem em outros. Apesar do Determinismo Linguístico não ter conseguido comprovar o nível de influência da língua sobre o pensamento humano, não se pode simplesmente dizer que ela não exerça nenhuma influência. Esse é um dos pressupostos da Teoria da Metáfora Conceitual analisada mais comedidamente no subcapítulo 3.2.

Nesse contexto, o determinismo alimenta a tese contrária do **relativismo linguístico**. O relativismo linguístico mais extremado sustenta que não há limites para a diversidade estrutural da linguagem, a qual decorre da necessidade de se codificarem palavras ou expressões que, “em virtude do uso continuado em determinados contextos, podem adquirir então a mesma especificidade de significado do que os lexemas”¹⁹³. Exemplos de expressões como “corrida armamentista”, “esgotamento nervoso”, “coisa julgada” ou “dignidade humana”, desfrutam de sentidos em determinadas comunidades, e o uso repetitivo em certos contextos fazem delas expressões que integram vocabulários especiais, resultando num aumento da diversidade linguística. O empréstimo entre línguas serve para demonstrar o aumento do vocabulário. Esse ordinário recurso linguístico evidencia que tomar emprestado expressões ou palavras para designar atos, ações ou substantivos é bastante comum, mesmo que as línguas não possuam laços culturais. É

¹⁹³ LYONS, John. **Linguagem e linguística**: uma introdução. Tradução de Marilda Winkler Averbug e Clarisse Sieckenius de Souza. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1987, p. 279-280.

normal ouvir brasileiros usarem verbos como *twittar* e *deletar* na linguagem coloquial para significar, respectivamente, o uso de uma comunicação via rede mundial (*twitter*) e para expressar a ação de excluir uma pessoa do ciclo de amizade, por exemplo. A tese de que não existe limitação da diversidade estrutural das línguas pode ser testemunhada por esses estrangeirismos, além de tantos outros neologismos que afetam a estrutura lexical do sistema linguístico, como analisado no capítulo anterior. Cada um desses fenômenos linguísticos ajuda a construir, a destruir e a reconstruir os padrões da linguagem.

Seguindo essa linha de raciocínio, estrangeirismos, empréstimos, derivações e tantos outros processos linguísticos evidenciam que algumas coisas podem ser ditas em certas línguas, mas não em outras. Daí a necessidade desses fenômenos criativos. Contudo, tal como se sucedeu com o Determinismo, os relativistas não conseguiram comprovar se realmente “há qualquer correlação entre diferenças de estrutura gramatical e diferenças na mentalidade dos falantes de línguas gramaticalmente diferentes”¹⁹⁴.

A hipótese de Sapir-Whorf traz consequências significativas ao conciliar as tendências mais extremas da Linguística Contemporânea (Determinismo e Relativismo). Uma consequência é admitir a existência da influência da língua na percepção do mundo e na construção da “realidade”, sem que isso signifique que a percepção seja estanque, parada ou única. Aliás, as modificações da língua e na linguagem evidenciam que a percepção e a construção da “realidade” são processos dinâmicos, contínuos, cíclicos e ininterruptos. Não é demais lembrar que mesmo antes de Eduardo Sapir e Benjamin Lee Whorf formularem sua hipótese, Friedrich Adolf Trendelenburg já sustentava que as categorias da lógica aristotélica teriam sido completamente diferentes se Aristóteles tivesse falado chinês ao invés de grego, insurgindo-se contra as concepções que pregam independência entre língua e mente¹⁹⁵.

Outra consequência da hipótese de Sapir-Whorf é o impulso para pesquisas sobre a associação entre “língua” e “mente”, bem como a interação entre “linguagem”, “pensamento” e “lembança”, que servem de base para uma série de desdobramentos em diversas áreas científicas, conferindo à linguagem um papel de destaque. Esses estudos demonstram como a linguagem passa a ser objeto de investigações ligadas à Psicologia, à

¹⁹⁴ LYONS, John. **Linguagem e linguística**: uma introdução. Tradução de Marilda Winkler Averbug e Clarisse Sieckenius de Souza. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1987, p. 282.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 219-220.

Sociologia e à Neurolinguística, servindo inclusive subsídios para a idealização de redes neuroartificiais. Revela-se “razoável supor que a principal contribuição do estudo da linguagem venha a ser a compreensão que ele dá sobre o caráter dos processos mentais e das estruturas que eles formam e manipulam”¹⁹⁶, como prognostica Noam Chomsky ao defender a possibilidade da gramática universal como produto do gerativismo linguístico.

As ciências da linguagem, desde que orientadas para uma perspectiva intersubjetiva, pretendem uma articulação entre teoria linguística, teoria psicolinguística e teoria das neurociências. Enquanto a teoria linguística compreende as investigações acerca da gramática, dos conhecimentos sintáticos relacionados com a possibilidade de se construir frases e enunciados, a teoria psicolinguística se interessa pela elaboração de modelos cognitivos competentes para realizar o processamento linguístico. A teoria das neurociências, por seu turno, explicam “as bases neurais que subjazem à atividade linguística dos seres humanos”¹⁹⁷.

Não é objetivo desta tese se aprofundar nessas teorias ou mesmo debater assuntos que exigiriam competências diferentes das contidas na problemática central deste trabalho. O argumento cognitivista é colocado aqui para evidenciar que as relações entre língua e mente, linguagem e pensamento, linguagem e lembrança, são relações que se estreitam se abordadas transdisciplinarmente. Como consequência disso, a concepção tradicional de que a metáfora é um recurso expressivo puramente formal, ou um ornamento desnudo de qualquer conteúdo, pode ser rechaçado pelas teorias linguísticas do interacionismo e do pragmatismo, aqui reforçadas por argumentos cognitivistas.

Daí se dizer que a metáfora não é um fenômeno puramente expressivo. Se a língua influencia a percepção da “realidade”, como queriam os deterministas, essa influência é causada pela ação das metáforas. Há evidências de que as metáforas guiam as formas humanas de pensar e de agir. As metáforas atuam na construção da “realidade”, exatamente porque agem na percepção dela. A propósito, Edmilson de Albuquerque Borborema Filho resumiu:

¹⁹⁶ CHOMSKY, Noam. **Linguagem e mente**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 123.

¹⁹⁷ FERRARI NETO, José. Ciências da Linguagem e Filosofia: uma análise das relações entre Linguística, Psicolinguística e Neurociências sob a ótica da Filosofia da Mente. *In: Letras Hoje*. Porto Alegre: PUC Ed., Vol. 47, nº 01, p.93-101, Jan/Mar 2012, p. 93.

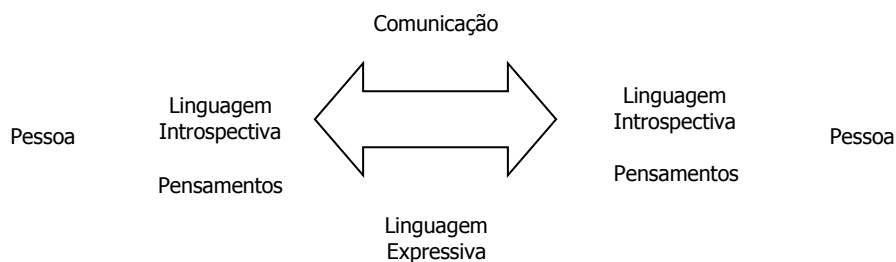
A metáfora se constitui efetivamente em um dos principais núcleos da nossa forma de construir a realidade e incontornavelmente faz parte do modo de compreensão de mundo na interação entre os seres humanos¹⁹⁸.

Quando se diz que a “realidade” é percebida por metáforas, quer-se dizer que a “realidade” **é construída** metaforicamente. A percepção é um ato linguístico no qual ele, sujeito, dialoga consigo mesmo. O sujeito **diz-se** o que está ocorrendo antes de se expressar, antes de se comunicar com outro ser humano. Para **dizer-se**, o homem não utiliza nenhuma linguagem especial, ou qualquer código extraordinário. Mesmo silenciosamente os *homo sapiens* conseguem se escutar, discutir consigo mesmo, persuadir-se sobre uma ação ao invés doutra. Esse diálogo se faz com termos, palavras e expressões retiradas do cotidiano. O diálogo consigo próprio e totalmente sozinho do ser humano é o trajeto constitutivo da “realidade”. Esta tese não defende que exista uma cognição fora da linguagem, ainda que intersubjetiva. Ao contrário, defende que a cognição age na formação (construção) do pensamento que também é linguística, embora ocorra nos limites que lhe são impostos pela linguagem¹⁹⁹.

Reconhecer metáforas como instrumentos relevantes no auxílio da construção da percepção da “realidade” é uma consequência do argumento determinista, segundo qual a “realidade” é percebida nos limites que lhes são permitidos pela linguagem. Fora da linguagem nada existe. Interessante lembrar que somente com o advento da *cognitive turn* no final do século passado é que foi possível reconhecer a **expressão** como um aspecto da linguagem, embora não seja o único. A linguagem **introspectiva**, e por isso mesmo não exteriorizada, também é responsável pela construção da “realidade”. Essa linguagem introspectiva se viabiliza por meio de instrumentais retóricos disponíveis, entre os quais: a metáfora.

¹⁹⁸ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 159.

¹⁹⁹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 42-43.



Uma vez exteriorizando-se, a linguagem recebe as influências da cultura, da sociedade, dos ideais estéticos, recebe até influências da mídia. Essas influências se voltam para a linguagem introspectiva e são responsáveis por acréscimos, decréscimos e modificações, trazendo-lhe novos significantes, significados e até sentidos apropriados. Por sua vez, a alteração do vocabulário se volta para a percepção da “realidade”, permitindo novas interpretações da “realidade” circundante. Isso não significa que a linguagem introspectiva seja influenciada apenas pela linguagem expressiva. Elas coexistem, influenciam-se, pois em última análise são uma única e só coisa. Como a linguagem introspectiva e a linguagem expressiva são **formas da linguagem**, o repertório retórico (entimema, *topoi*, *schematta*) que utilizam são os mesmos. A única vantagem da linguagem expressiva é que ela permite que os fenômenos linguísticos possam ser objeto de análise, por se encontrarem evidentes.

Enquanto introspecção, a linguagem não permite acesso ao conhecimento, ou seja, o conhecimento não se socializa. Com isso, a linguagem introspectiva não pode ser objeto de análise. A força da tradição, da visão histórica que imputava a metáfora um *status* puramente ornamental ainda é muito forte, basta notar que os estudos iniciais sobre a metáfora são oriundos da gramática, qual normalmente a apresenta como um desvio, assim fazem as teorias literárias em geral²⁰⁰. A mudança de perspectiva demonstra que a expressão é um aspecto da metáfora, mas há outro igualmente importante: o plano cognitivo introspectivo, qualitativamente interno.

Enquanto fenômeno mental, pertencente ao cérebro humano ou ligado ao pensamento do *homo sapiens*, a metáfora tem sido objeto da Neurolinguística e da Psicologia Linguística. Essas áreas de investigação procuram traduzir por meio da linguagem natural como ocorrem os processos de formação do pensamento, no qual a metáfora tanto contribui. A preocupação da Neurolinguística é descrever quais estímulos

²⁰⁰ AVEREDO, José Carlos. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008, p. 475-516.

intracelulares ocorrem na construção da “realidade”, na percepção de uma imagem, no reconhecimento de um som, na lembrança de um pensamento, e como tudo isso difere da formação de uma fantasia, do sonho, por exemplo. Essa ciência se ocupa em desvendar porque pessoas com lesões cerebrais focais, vítimas de acidente vascular cerebral, portadores de tumores ou de traumas crânio-encefálico geralmente comprometem a linguagem da compreensão (linguagem introspectiva) e da expressão (oral, gestual, pictórica)²⁰¹. A Psicologia Linguística procura descrever as interferências biológicas na constituição da *psique* humana, exatamente de onde se originam ego e superego; ela objetiva analisar a linguagem perceptiva de pessoas com perturbações mentais, como elas criam suas “realidades doentias”.

Nenhuma dessas situações anteriores faz parte diretamente das preocupações desta tese. Elas servem para ressaltar a existência da linguagem introspectiva, destacar que a linguagem introspectiva é igualmente responsável pela construção da “realidade”, e, finalmente, para demonstrar que a construção da “realidade” ocorre mediante o uso de instrumentais retóricos, tais como a metáfora. Apenas com a exteriorização é que metáforas podem ser analisadas pelas Ciências da Linguagem, pela Sociologia ou pelo Direito, mas isso não significa que as metáforas não influam já na construção da “realidade”, da “realidade social” ou da “realidade jurídica”. As metáforas usadas no discurso judicial ajudam a perceber como fatos foram apreendidos e como foram constituídos para atingir níveis de relevância jurídica num primeiro plano da realidade²⁰².

Esta tese defende que, por meio de metáforas, o Princípio da Dignidade Humana, positivado no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988, é apreendido, compreendido, e como julgamentos são realizados sobre a violação ou não desse princípio em querelas judiciais. Quando o Supremo Tribunal Federal julga que determinada legislação viola esse princípio constitucional, declarando-a inconstitucional e retirando-a do ordenamento jurídico, certamente é porque a unanimidade, ou pelo menos a maioria dos Ministros, não conseguiu associar a dignidade humana àquela legislação. Quando o mesmo tribunal declara que a lei questionada não viola o Princípio da Dignidade, quer dizer que os Ministros conseguiram fazer uma interação entre dignidade humana e legislação

²⁰¹ NOVAES-PINTO, Rosana do Carmo. Cérebro, linguagem e funcionamento cognitivo na perspectiva sócio-histórico-cultural: inferências a partir dos estudos das afasias. In: **Letras Hoje**. Porto Alegre: PUC Ed., Vol. 47, nº 01, p.55-64, Jan/Mar 2012, p. 55.

²⁰² ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 131-138.

impugnada. Pode parecer trivial dizer isso, pois é sintomático reconhecer que a associação que se refere aqui é puramente metafórica.

Daí se defender que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é construído, desconstruído e reconstruído em cada decisão judicial. Isso porque o sentido da “dignidade humana” depende inevitavelmente do contexto do caso levado ao conhecimento do Supremo. Mais desta vez, a expressão simbólica “|-d-i-g-n-i-d-a-d-e-h-u-m-a-n-a-|” é originariamente (inicialmente) indefinida. Seu sentido é construído por puro casuísmo. O jogo mental que constrói o sentido dessa expressão implica uma associação intersubjetiva que o julgador realiza instintivamente. Ele associa o Princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana aos valores religiosos e éticos que modelam sua intersubjetividade. Os valores éticos e religiosos encontram-se na mente e estão categorizados por palavras como “liberdade”, “amor”, “respeito” e “tolerância”. Cada uma dessas palavras foi implantada por meio da linguagem, graças a um jogo metafórico realizado no plano da linguagem expressiva: esses valores não são inatos do homem. Claro, essas palavras possuem sentidos influenciados pelos contextos econômicos, políticos e ideológicos que atuam conjuntamente na construção do sentido de “dignidade humana”. Esse processo de associação do evento real – tratado no próximo subcapítulo (3.2) – com as expressões linguísticas, e deles com os sentidos e os significados consiste num fenômeno cíclico, instantâneo, ininterrupto e apenas analiticamente separável. Como dito, somente depois que o pensamento se materializa pela linguagem é que as associações podem ser percebidas, que as metáforas podem ser encontradas, que os *topoi* e os *entimemas* podem ser constatados e daí podem ser objetos de análise.

Para Luiz Antonio Marcuschi é “comum postular que o uso social da língua tem efetivamente um papel relevante na construção do conhecimento”²⁰³, embora reconheça que a trajetória sobre essa construção do conhecimento não tenha atingido significativos níveis de consensos. Não se sabe se a construção do conhecimento obedece mais detalhadamente o estilo associativista-analógico ou o estilo hierárquico-factual. Pesquisas desenvolvidas na área de Neurolinguística, de orientação claramente enunciativo-discursiva, preferem “abordagens sócio-histórico-culturais no estudo de questões relativas

²⁰³ MARCUSCHI, Luiz Antônio. Do código para a cognição: o processo referencial como atividade criativa. In: **Veredas – Revista de Estudos Linguísticos**. Juiz de Fora: Ed. UFJF, Vol. 06, nº 01, p.43-62, 2002, p. 44.

tanto ao funcionamento cerebral, quanto ao funcionamento da linguagem, inspiradas, principalmente, pelos trabalhos de Vygotsky, Luria e Bakhtin”²⁰⁴.

A opção aqui foi pela tendência associativa e analógica. A cena teórica sobre a cognição se interessa mais sobre as atividades de construção do conhecimento do que sobre as atividades de processamento, campo da Psicologia Experimental e da Neurolinguística. Significa dizer que a partir de textos jurídicos previamente selecionados – nesta tese representados por decisões judiciais exaradas no controle abstrato de constitucionalidade pelo STF que versam sobre o Princípio da Dignidade Humana – é possível analisar as atividades de construção, e assim:

[...] captar o dinamismo dos processos que dão origem a estruturas conceituais tão complexas como as metáforas, metonímias, ironias, idiomatismos, polissemias, indeterminação referencial, dêiticos e anáforas etc., chegando à própria noção de **contexto**²⁰⁵.

Essa postura abre espaço para que se entenda como as pessoas se comunicam, embora não se possa garantir que a comunicação seja perfeita. A construção dos signos e a transmissão das ideias levam a crer que o conhecimento não é produto de uma mente isolada, mas de um conjunto de fatores sociais que se aglutinam e se conjugam nesse processo cíclico que conduz à construção, à reconstrução e à desconstrução ininterrupta de palavras, expressões, sentidos, significantes e significados. O exemplo escolhido por esta tese – o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – é construído pelas crenças comuns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o que deva ser justo, equânime, razoável, proporcional, igual, ideal e mais um sem-fim de expressões e palavras que se associam casuisticamente em cada decisão judicial. E que não se imagine que a jurisprudência é a baliza mestra para outras decisões, pois como Luiz Antonio Marcuschi sintetiza:

[...] a empiria inspira e as crenças decidem²⁰⁶.

²⁰⁴ NOVAES-PINTO, Rosana do Carmo. Cérebro, linguagem e funcionamento cognitivo na perspectiva sócio-histórico-cultural - inferências a partir dos estudos das afasias. In: **Letras Hoje**. Porto Alegre: PUC Ed., Vol. 47, nº 01, p.55-64, Jan/Mar 2012, p. 56.

²⁰⁵ MARCUSCHI, Luiz Antônio. Do código para a cognição: o processo referencial como atividade criativa. In: **Veredas – Revista de Estudos Linguísticos**. Juiz de Fora: Ed. UFJF, Vol. 06, nº 01, p.43-62, 2002, p. 45.

²⁰⁶ *Idem*, p. 46.

A questão que se coloca é saber como funciona essa atividade de construção do conhecimento. Essa pergunta representa um dos grandes desafios da teoria do direito e da teoria da argumentação jurídica. A propósito, Manuel Atienza assevera que “o que interessa não é apenas a questão de como os juristas fundamentam as suas decisões”, o mais importante mesmo é saber “como eles chegam de fato a essa decisão (isto é, qual o processo mental – o processo argumentativo – que os leva a ela)”²⁰⁷. A resposta para essa questão ainda é um enigma. A toda evidência, para decifrá-la, esta tese colocará a Teoria da Metáfora Conceitual desenvolvida por George Lakoff e Mark Johnson. Essa teoria defende que a resposta provavelmente esteja no funcionamento da metáfora, como demonstrado no subcapítulo seguinte.

3.2 – Os paradigmas objetivista, subjetivista, literal e não-literal enquanto problemáticas para a construção da Teoria da Metáfora Conceitual: como metáforas constroem a percepção da “realidade”.

No subcapítulo anterior foram importadas questões sobre as relações entre as propriedades humanas da linguagem e do pensamento. Elas são trazidas para cá com a finalidade de demonstrar como o desenvolvimento de estudos envolvendo a linguagem reconhece enquanto atributo significativo, uma vez que somente por meio de investigações acerca da linguagem é possível desvendar os processos mentais que formam os signos. Para Noam Chomsky, não há “melhor ou mais promissora maneira de explorar as propriedades essenciais e distintivas da inteligência humana do que pela investigação minuciosa da estrutura dessa posse exclusiva do homem”²⁰⁸.

A ideia aqui é problematizar como o pensamento humano atua construindo a “realidade”, sob a hipótese de que realiza essa atividade lançando mão de metáforas do cotidiano. Parte-se da premissa de que o reconhecimento da “realidade” está vinculado à linguagem e às limitações que isso impõe. O aperfeiçoamento vocabular, “a criação de expressões linguísticas novas, porém apropriadas, é o modo normal do uso da linguagem”²⁰⁹. Metáforas contribuem ativamente na construção da percepção da “realidade”, elas são responsáveis por sua constante recriação.

²⁰⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 319.

²⁰⁸ CHOMSKY, Noam. **Linguagem e mente**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3ed. São Paulo: UNESP, 2009, p. 129.

²⁰⁹ *Idem*, p. 172.

Para aprofundar essa questão, é importante reconhecer o problema do conhecimento do mundo, cuja natureza é essencialmente gnoseológica, ensina João Maurício Adeodato²¹⁰. Aliás, Adeodato coloca o problema do conhecimento do mundo ao lado do problema de sua avaliação, chamando-os de “abismos” que a teoria do conhecimento precisa enfrentar. Tanto o problema do conhecimento como o problema da avaliação do mundo são temáticas associadas, por ele afastadas apenas enquanto servirem a uma análise detalhada. Interessa aqui o problema do conhecimento do mundo, que pode ser reduzido às “incompatibilidades recíprocas entre: a) evento real; b) ideia (ou “conceito”, “pensamento”); e c) expressão linguística”²¹¹.

O **evento real** é entendido como o “acontecimento único e irrepetível que, aparentemente de maneira independente do sujeito cognoscente, coloca-se presente em sua experiência”²¹². Não mais consiste em grande ousadia filosófica admitir que os eventos sejam sempre únicos e que não se repetem. Por mais semelhante que se apresentem, os eventos são individuais, nunca são os mesmos como supõem o paradigma objetivista. Essa questão se encontra suficientemente discutida e fixada por filósofos importantes.

A **expressão linguística** é aqui sinônima de significante, ou seja, é o conjunto de lexemas e gramemas que associados representam palavras, sintagmas. Colocados lado a lado, evento real e expressão linguística, desde que a intenção seja resguardar a individualidade, cada evento provavelmente deveria “ser batizado” com um significante diferente, considerando sua unicidade, sua não repetição. Todavia, não é assim que ocorre. A mente humana não funciona dessa forma. Ao contrário, a mente humana processa o evento real associando-o a alguma expressão linguística, e é exatamente essa associação que gera a ideia:

Assim, por **ideia** entende-se o estímulo que se completa no sujeito no ambiente de seu defrontar-se com os eventos, pois o ser humano é experiência²¹³.

²¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 288.

²¹¹ *Idem, ibidem.*

²¹² *Idem, ibidem.*

²¹³ *Idem*, p. 289, grifos no original.

Com a formação da ideia, devem-se destacar duas características: a associativa e a generalizadora. **Associativa** porque o evento real é reconhecido pela mente humana mediante expressões linguísticas existentes (vocabulário). Associa-se evento real à expressão linguística correspondente segundo critérios de semelhança e de característica. Da associação decorre a **generalização**, uma vez que eventos únicos e irrepetíveis são classificados em termos linguísticos. Eles passam a ser representados por termos e palavras, como se fossem uma só e a mesma coisa. As pessoas utilizam o significante |-c-o-q-u-e-i-r-o-| para expressar todas as plantas cujo fruto é o coco, |-c-a-r-r-o-| para expressar todo e qualquer veículo automotor conduzido por um motorista e com capacidade de levar as pessoas de um canto para outro, |-j-a-n-e-l-a-| para designar a fenda na parede de casas e apartamentos com a finalidade de dar acesso a um lado externo do imóvel. Cada “coqueiro”, cada “carro”, bem como cada “janela” são eventos individuais, generalizados pela mente humana como condição para formação de ideias, bem como para sua transmissão. Apenas as ideias são transmissíveis, e somente com a transmissão de ideias é que a comunicação humana se realiza.

Com outras palavras, a associação dos mais variados eventos reais às expressões linguísticas é o processo responsável pela construção dos signos (ideias), bem como igualmente responsável pela destruição e reconstrução deles. Cada evento real é qualitativamente classificado conforme características detectadas pelo aparelho cognoscitivo humano, de sorte que aos significantes são associados significados. Isso explica porque ao utilizar significantes como “coqueiro”, “carro” ou “janela” a comunicação consegue se realizar, ainda que não se saiba de que coqueiro, de que carro ou de qual janela se esteja falando exatamente.

Daí que,

[...] mesmo sem ter visto todas as cadeiras que existem na realidade, o ser humano é capaz de, através de operação complexa e ainda não satisfatoriamente explicada, diante de uma cadeira real com que nunca teve contato, pensar nela e defini-la como uma cadeira²¹⁴.

Mais uma vez, não interessa aqui neste subcapítulo o processo de comunicação da ideia, mas a operação de formação do signo. Deseja-se demonstrar que essa complexa operação pode ser mais profundamente explicada quando se pensa na construção

²¹⁴ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 290.

metafórica dos signos. As pessoas percebem um evento real e instantaneamente **dizem-se** o que é aquilo, reconhecendo-o. Conforme mencionado no subcapítulo anterior (3.1), a linguagem introspectiva, aquela utilizada mentalmente – o homem falando com ele mesmo –, contribui significativamente no processo de percepção da “realidade”. Como qualquer linguagem, essa (linguagem introspectiva) se realiza por meio de metáforas.

A mente humana não resiste a sentimentos como amizade ou inimizade, paixão ou ódio, presença ou ausência (saudades): deixa-se influenciar por eles. Isso explica porque o gesto de um amigo é associado a um bem, a uma coisa “para cima”; já o gesto de um desafeto é prontamente associado a um mal, a uma coisa “para baixo”. Metáforas de orientação, tais como “cima” ou “abaixo” são frequentemente utilizadas no processo de associação do **evento real** à **expressão linguística**, e normalmente estão ligadas a coisas “boas” (para cima) ou a coisas “ruins” (para baixo). Expressões correlatas como “*status* elevado”, “altos valores éticos” ou “discussões racionais caem sobre discussões menores” evidenciam a influência metafórica. Dizer que algo tem mais importância que outra coisa é associar aquele “algo” à metáfora de orientação do **mais alto**, e a “coisa” ao **menos**, sugerindo novamente a ideia de “cima” e “abaixo”.

Mesmo o jurista mais incauto consegue associar a Constituição Federal à metáfora de orientação do “cima”, e as Leis Ordinárias à metáfora do “abaixo”. Consequentemente, a Constituição possui mais importância que Leis Ordinárias. Significa dizer que num conflito entre elas, a Constituição deve ser mantida acima, e, com isso, precisa prevalecer. Essa situação envolvendo as metáforas do “cima” e do “abaixo” é uma pequena demonstração de que o sistema conceitual humano funciona fundamentalmente por metáforas.

Destarte,

Se estamos certos ao sugerir que nosso sistema conceitual é em grande medida metafórico, o jeito que pensamos, experimentamos e o que fazemos cotidianamente também é em grande medida coisa de metáforas²¹⁵.

²¹⁵ “*Si estamos en lo cierto al sugerir que nuestro sistema conceptual es en gran medida metafórico, la manera en que pensamos, lo que experimentamos y lo que hacemos cada día también es en gran medida cosa de metáforas.*” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 39).

A Teoria da Metáfora Conceitual se esforça em provar que o sistema conceitual humano é essencialmente metafórico, ainda que não seja percebido pelo uso frequente e cotidiano de inúmeras metáforas. Ao contrário do que se pode imaginar, essa teoria não invade as redes neurais ou procura decifrar os espaços mentais. O método pelo qual George Lakoff e Mark Johnson procuram comprovar a hipótese consiste em examinar a linguagem expressiva, aquela exteriorizada em discursos, frases e palavras. A partir dela, eles catalogaram “metáforas do cotidiano”.

Posto que a comunicação se baseia no mesmo sistema conceitual que usamos ao pensar e ao agir, a linguagem é uma importante fonte de evidências acerca de como é esse sistema²¹⁶.

A grande virada nos estudos envolvendo a metáfora foi indubitavelmente reconhecê-la como fenômeno “essencialmente situado no pensamento e não na linguagem”²¹⁷. Trata-se de uma espécie de *metaphoric turn*, reflexo da revolução cognitiva que invadiu as Ciências da Linguagem. A Teoria da Metáfora Conceitual procura se afastar do paradigma objetivista e da teoria literal, para então fixar seus fundamentos e desenvolver-se. As ideias seriam construídas conforme a experiência sociocultural, de modo que “a mente não é eliminada do processo de compreensão do conceito e este não seria simplesmente dado pela realidade objetiva”²¹⁸.

A Teoria da Metáfora Conceitual se coloca contrária ao paradigma objetivista, sem que isso signifique uma adesão incondicional ao subjetivismo extremado. Aliás, George Lakoff e Mark Johnson “consideram que estão oferecendo uma terceira alternativa aos mitos do objetivismo e subjetivismo”²¹⁹: uma síntese com base na experiência, envolvendo a metáfora. A tradição do paradigma objetivista se fundamenta na ideia de que é possível ter acesso a verdades absolutas sobre o mundo; a linguagem seria apenas uma forma de

²¹⁶ “Puesto que la comunicación se basa en el mismo sistema conceptual que usamos al pensar y actuar, el lenguaje es una importante fuente de evidencias acerca de cómo es esse sistema.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 39).

²¹⁷ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 54.

²¹⁸ *Idem*, p. 56.

²¹⁹ “... consideramos que estamos ofreciendo una tercera alternativa a los mitos del objetivismo y el subjetivismo.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 229).

acesso a essas verdades. Essa visão tem prevalecido nos países ocidentais. João Maurício Adeodato aponta três motivos para o sucesso das ontologias sobre o ceticismo e sobre a retórica, apresentados aqui apenas de forma resumida: o apóio da religião e da ciência pelo predomínio das ontologias; a necessidade atávica do ser humano por segurança, representando pelo sentimento contrário à inquietação; e a sensação de que a defesa de uma verdade é sempre estratégica²²⁰.

A tradição milenar do objetivismo não é desenvolvida por um único filósofo, pode ser resumida a alguns postulados que ainda vigoram entre os países de cultura ocidental, sobretudo no Direito. Para o **paradigma objetivista**, permanece a crença de que o mundo é constituído por objetos, e o conhecimento do mundo decorre da experiência humana na relação com esses objetos. Conquanto, haveria sempre uma realidade objetiva, passível de ser assinalada como verdadeira ou como falsa. As palavras possuiriam significados fixos (teoria da literalidade), a linguagem apenas expressaria conceitos e pensamentos individuais sobre a realidade objetiva. Como consequência, os objetivistas acreditam que é possível falar objetivamente, e, com isso, as metáforas seriam formas da comunicação totalmente evitáveis. Eles se prendem ao axioma de que ser objetivo normalmente é bom, racional, sem falar que creem na objetividade como veículo de aproximação do homem ao mundo e à realidade. Nesse contexto, o subjetivismo seria perigoso, exatamente porque é ruim, irracional, além de afastar o homem da realidade objetiva, ou seja, do mundo²²¹.

Em o Direito, a crença objetivista ainda é muito presente. O credo na lei, no mencionar a legislação para justificar uma posição, na ideia de que existe uma verdade real que é capaz de resolver as mais complexas contendas, são sentimentos comuns entre juristas. Segundo Torquato de Castro Júnior, essas “são crenças funcionais, lugares comuns instáveis, certamente, mas efetivos e utilizáveis”²²². E o motivo disso, é que “é

²²⁰ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 7.

²²¹ LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 229-231.

²²² CASTRO JÚNIOR, Torquato de. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita - como se é fiel à vontade da lei? In: BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício. **Princípio da legalidade** - da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, p. 149-157, 2009, p. 157.

bem mais fácil criar a ilusão de que a aplicação de uma norma é silogística [...]”²²³, do que admitir uma não objetividade.

Para o **paradigma subjetivista**, os sentimentos guiam as principais condutas humanas. O sentimento é a característica mais importante que os seres humanos possuem; aliás, é o elemento que os distingue dos demais animais. As artes e a poesia transcendem o objetivismo e o racional. A linguagem da imaginação expressa experiência humana. O subjetivismo sustenta que o objetivismo ignora o particular, desprezando as ideias particulares, as crenças, as lembranças e a intuição. Os seres humanos tomam decisões conforme as experiências com o mundo e com a “realidade”²²⁴. O medo objetivista pode ser traduzido aqui pelo medo da metáfora, que, por sua vez, implica em certo subjetivismo. A posição de George Lakoff e Mark Johnson rechaça:

[...] a visão objetivista de que existe uma verdade absoluta e incondicional, sem adotar a alternativa subjetivista de uma verdade que se obtém somente através da imaginação, independente das circunstâncias externas²²⁵.

Para George Lakoff, o que tradicionalmente se reconhece como “ciências da razão” não prescinde de classificações. Os raciocínios abstratos, como ocorrem na matemática, por exemplo, decorrem de operações metafóricas. Números, funções e equações são associados a eventos reais, também na tentativa de classificá-los, rotulá-los e arquivá-los com resultados seguros²²⁶. A imaginação permite que se veja uma coisa no lugar de outra (pensamento metafórico), daí se dizer que a metáfora se encontra no pensamento, juntamente com as experiências estéticas, com as práticas morais e a consciência espiritual. É assim que o sistema conceitual metaforicamente constituído é utilizado “racionalmente”.

²²³ SOBOTA, Katharina. Não menciona a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. In: **Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife**. Nº 7, Recife: UFPE Ed., p.251-273, 1996, p. 273.

²²⁴ LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p.231-232.

²²⁵ “... la visión objetivista de que existe una verdad absoluta e incondicional, sin adotar la alternativa subjetivista de una verdad que se obtiene solo a través de la imaginación, independientemente de las circunstancias externas”. (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 235).

²²⁶ LAKOFF, George. The importance of categorization. In: LAKOFF, George. **Women, fire and dangerous things**: what categories reveal about the mind. Chicago: The University of Chicago Press, p. 5-11, 1987, p. 5-8.

Nesse contexto, a dignidade humana é construída dentro da imaginação do que é bom, justo, razoável e equânime. Todos esses são sentimentos presentes nas pessoas que devem definir esse importante adágio constitucional. A interação entre esses vocábulos e a dignidade humana é metafórica, uma vez que as categorias abstratas do pensamento interagem, influenciam-se, constroem-se. Nesta tese, caberá ao capítulo quinto a demonstração empírica de quais metáforas agem na construção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para tanto, serão desconstruídas decisões do Supremo em controle abstrato de constitucionalidade em busca das várias metáforas que atestam essa hipótese.

Outro paradigma enfrentado pela Teoria da Metáfora Conceitual é o da **literalidade**. O antagonismo entre linguagem metafórica e linguagem literal não propicia a construção de consensos sobre o tema. George Lakoff e Mark Johnson lembram que o postulado da literalidade se apoia na crença de que “o significado objetivo de uma oração não depende da forma que cada pessoa determinada a compreende ou entende-se na realidade”²²⁷. Asseguram, ainda, que o “objetivista não apenas assume que existem algumas condições de verdade e de falsidade objetiva, como também que todos têm acesso a elas”²²⁸. A teoria do significado, ancorada na teoria da verdade, faz a separação entre o literal e o metafórico, ignorando qualquer condição de uso.

Posições menos extremas mesmo dentro da teoria do significado literal inteligentemente procuram explicar a metáfora como um fenômeno relacionado com o uso. Donald Davidson é um exemplo, segundo o qual, “a metáfora pertence exclusivamente à esfera do uso”²²⁹. Argumentando contrariamente à inspiração objetivista, Torquato de Castro Júnior lembra que “Literalmente, literalidade diz qualidade de ser letra”, advertindo que a “letra não é aqui a marca no papel, que pode ser aprontada pelo faltante. Somente tinta no papel não é letra, nem é linguagem”²³⁰.

²²⁷ “... el significado objetivo de una oración no depende de la forma en que una persona determinada la comprende o de si la entiende en realidad.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 241).

²²⁸ “... objetivista no solamente assume que existen unas condiciones de verdad y falsedad objetivas, sino también que la gente tiene acceso a ellas”. (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p.242).

²²⁹ DAVIDSON, Donald. O que as metáforas significam. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. *In*: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 35-51, 1992, p. 36.

²³⁰ CASTRO JÚNIOR, Torquato de. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 75.

A posição ontológica de tradição milenar preserva a “verdade” enquanto dado existente, independentemente da ação humana e passível de constatação e de observação. A ontologia ainda é muito forte, como dito inúmeras vezes nesta tese. Aliás, voltar sempre a essa temática é sempre uma retomada, uma anáfora que se faz necessária, nunca um vício de construção deste texto. Edmilson de Albuquerque Borborema Filho lembra que George Lakoff “admitindo a existência do termo *literal* e consciente de sua provável permanência conosco ainda por muito tempo”²³¹, sugere que se utilize o termo literal como sinônimo daquilo que não seja o uso metafórico.

A linguagem metafórica é tratada como uma:

[...] manifestação da estrutura conceitual organizada por um mapeamento entre domínios: um conjunto sistemático de correspondências entre a origem e o destino que resultam quando os modelos cognitivos de uma determinada fonte desse domínio são usadas para conceituar um dado destino²³².

A Teoria da Metáfora Conceitual procura comprovar que palavras, frases, em suma, toda comunicação humana realiza-se graças à interação que ocorre por meio de um sistema conceitual. Existe interação de um significante a um sentido, dentro de certos contextos, gerando o signo. Como adverte Dieysa Kanyela Fossile, “nem o dicionário consegue definir e nem mesmo buscar/identificar com exatidão o sentido literal das palavras ou conceitos”²³³.

O processo da interação ocorre na mente humana e, embora se materialize por meio da linguagem expressiva, “independe da estrutura do léxico”²³⁴. Um domínio conceitual fonte faz-se corresponder sobre elementos constituintes de um domínio alvo, exteriorizando uma manifestação daquele domínio alvo – o que se reconhece como

²³¹ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 59.

²³² “... *manifestation of conceptual structure organized by a cross-domain mapping: a systematic set of correspondences between the source and target that result when cognitive models from a particular source domain are used to conceptualize a given target domain*”. (COULSON, Seana, MATLOCK, Teenie. *Metaphor and the space structuring model*. Disponível em: [www.cogsci.ucsd.edu/~coulson/ssm.htm], Acesso em 06 de Maio de 2012, às 19:24).

²³³ FOSSILE, Dieysa Kanyela. Teoria dos espaços mentais e da mesclagem conceitual - concepções de literalidade e metaforicidade. In: **VOOS Revista Polidisciplinar Eletrônica da Faculdade Guairacá. Caderno**. Guarapuava: Faculdade Guairacá, Vol. 01, p. 42-66, Jul/2009, p. 45. Disponível em: [www.revistavoos.com.br], Acesso em 10 de Dezembro de 2010, às 7:38.

²³⁴ *Idem, ibidem*.

expressão metafórica –. Compete ao próximo subcapítulo (3.3) demonstrar exemplos de metáforas que contribuem na construção dos signos.

A propósito, Aldo de Lima, num modelo diferente, cita exemplos de metáforas que permeiam o cotidiano humano. Questões dialéticas envolvendo vida/morte, claro/escuro, divino/humano, amor/ódio e pecado/remissão, são comumente utilizadas para designar coisas boas e coisas ruins, por exemplo. Esse sistema “binário” representa a proximidade mantida entre metáfora e literalidade²³⁵. Aliás, aquilo que se reconhece como metáfora (não-literal) é apenas um sentido mais instantâneo, novo, tão casuístico que não vale a pena os dicionários registrarem. O literal é uma metáfora envelhecida, que de tanto ser usada, nem se percebe mais a qualidade metafórica que possui.

Como resumem Rosemary Arrojo e Kanvillil Rajagopalan,

[...] a literalidade – a neutralidade, a razão, o puramente objetivo – é a grande metáfora, a metáfora primordial criada pelo homem que, entretanto, precisa se esquecer de que a inventou para não se lembrar de sua finitude e suas limitações humanas²³⁶.

Certamente essa visão da Teoria da Metafórica Conceitual não resolve definitivamente o problema da antiga oposição entre literalidade e metaforicidade que permanece longe de solução. Um dia, quem sabe, quando os seres humanos encontrarem alguma forma diferente das que hoje em dia estão disponíveis para se comunicarem, um caminho especial, como um *bluetooth*, autorize-se a pensar diferente.

3.3 – O sistema conceitual humano se constrói e reconstrói-se por meio de metáforas estruturais, ontológicas e de orientação.

A metáfora conceitual é fundamentada ou motivada pela experiência não só corpórea, mas também perceptual, cognitiva, biológica ou cultural.

.....

Essas correspondências ou projeções metafóricas são ontológicas e convencionais além de parciais e assimétricas. São ontológicas na medida em que projetam as entidades de um domínio nas entidades do outro. As metáforas básicas são, tanto no nível conceitual quanto no linguístico, convencionais na medida em que são correspondências fixas entre domínios conceituais e as

²³⁵ LIMA, Aldo de. **Metáfora e cognição**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2006, p. 56.

²³⁶ ARROJO, Rosemary e RAJAGOPALAN, Kanavillil. A noção de literalidade: metáfora primordial. *In*: ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído**: implicações para a tradução, a leitura e o ensino. 2ed. Campinas: Pontes, p. 47-55, 2003, p. 54-55.

realizamos sem que normalmente estejamos conscientes delas na medida em que elas subjazem uma gama de expressões linguísticas do cotidiano²³⁷.

As metáforas conceituais podem ser agrupadas das mais variadas formas, desde que sejam destacadas algumas características primordiais. A passagem acima citada sugere uma classificação segundo a função cognitiva, segunda a qual, as metáforas seriam de três grandes grupos, a saber: estruturais, de orientação ou “orientacionais” e as ontológicas. Ao que parece, a Teoria da Metáfora Conceitual não pretende esgotar qualquer classificação, mas sim encorajar que outros tipos de metáforas possam ser encontrados. George Lakoff e Mark Johnson têm consciência que seus estudos são tributários do contexto cultural, das tendências estéticas, das influências midiáticas, da “realidade” sócio-antropológica, dos domínios político e econômico e das pressões ético-religiosas. As categorias de metáforas são somente exemplificativas, não são *numerus clausus*, ou seja, não é um catálogo exaustivo.

Cumpra a este subcapítulo demonstrar a sistematização proposta por George Lakoff e Mark Johnson, utilizando como base a obra *Metáforas de la vida cotidiana*, *corpus* de contraste para este tese. A partir dessa obra é que foram rastreadas, reconhecidas e classificadas as metáforas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões judiciais em sede de controle abstrato de constitucionalidade que tiveram como fundamento o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. No capítulo quinto, somente foram tratadas àquelas metáforas que efetivamente foram encontradas nos votos dos Ministros do STF. Para seguir um método “racional”, a tese dividiu o *corpus* básico representado por todos os votos das decisões oficiais, agrupando-os em *subcorpus* ementa e *subcorpus* votos. A subdivisão visou garantir homogeneidade à análise, pois juridicamente ementa e votos são componentes diferentes dos julgados. Cada um desses textos processuais é constituído com elementos jurídicos diferentes, pois possuem finalidades distintas.

Feita essa subdivisão, percebeu-se que nem todas as metáforas classificadas no *subcorpus* votos apareciam no *subcorpus* ementa, de sorte que por ser menor, o *subcorpus* ementa foi utilizado como paradigma. As metáforas encontradas nesse primeiro *subcorpus* orientou a análise do *subcorpus* maior, o inverso poderia produzir situações não tabeladas e prejudiciais à pesquisa. Essas questões serão devidamente tratadas no capítulo

²³⁷ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 63.

quinto. Aqui, neste subcapítulo 3.3, a ideia é visitar a organização proposta pelo *corpus* de contraste.

Metáforas estruturais são aqueles “casos em que os conceitos estão estruturados metaforicamente em termo de outros”²³⁸. George Lakoff e Mark Johnson utilizam como exemplos as frases: “tempo é dinheiro” e “uma discussão é uma guerra”. Os sujeitos das frases (domínio fonte) são definidos pelos predicados (domínios alvos). Para verificar o funcionamento desse tipo de metáfora, basta dividi-la em duas partes: tópico e veículo.

Numa metáfora, o tópico é o elemento ou a entidade da qual se fala; já o veículo é entidade que predica algo sobre o tópico²³⁹.

Naquelas frases antes mencionadas, são tópicos “tempo” e “uma discussão”. Os tópicos são substantivos que se apresentam concretamente, são expressões que delas é que se falam. Nas mesmas passagens referidas, desempenham função de veículo “dinheiro” e “guerra”, que no contexto, doam características as quais passaram transitoriamente a integrar o tópico. A Teoria Interacionista, analisada no capítulo segundo, fala que nessa ocasião ocorrem “*insights*” do veículo sobre o tópico, exatamente pela reação cognitiva daquele sobre esse. Assim surge um terceiro elemento que advém das qualificações contidas nos veículos.

Ao dizer “tempo é dinheiro”, entre as diversas qualidades de “dinheiro”, pode-se estar ressaltando a qualidade abstrata do valor. Assim, tempo é um valor precioso, limitado que não pode ser desperdiçado. Já na frase “uma discussão é uma guerra”, provavelmente deve estar-se ressaltando a qualidade abstrata que o vocábulo “guerra” possui: um problema, uma grande dificuldade e desafios. Na frase “uma discussão é uma guerra”, pode-se querer dizer que uma discussão é um desafio, um problema, uma ação desgastante e extremamente difícil. Na realidade, tanto na primeira, quanto na segunda frase, o contexto é o elemento definidor para que se interprete cada uma dessas frases. A interpretação contextualizada resulta na criação de um terceiro elemento que parece não se encontrar presente naquela ocasião, ao menos não de forma clara.

²³⁸ “... casos en los que un concepto está estructurado metafóricamente en términos de outro.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 50).

²³⁹ FOSSILE, Dieysa Kanyela. Teoria dos espaços mentais e da mesclagem conceitual: concepções de literalidade e metaforicidade. In: **VOOS Revista Polidisciplinar Eletrônica da Faculdade Guairacá. Caderno**. Guarapuava: Faculdade Guairacá, Vol. 01, p. 42-66, Jul/2009, p. 46. Disponível em [www.revistavoos.com.br], Acesso em 10 de Dezembro de 2010, às 7:38.

Na frase “Advogados são cobras”, o substantivo concreto “advogados” (tópico) ressoa-se das qualidades do veículo “cobra”, e mais uma vez, a depender do contexto, pode significar que o advogado é magro, fino como uma cobra, ou – o que seria mais comum – que o advogado é traçoeiro e peçonhento como uma cobra, ou até as qualidades de vivacidade e esperteza que as cobras possuem. Advogados são espertos, são bons naquilo que fazem. Reafirma-se aqui: a percepção desses terceiros elementos formados pelo *insight* cognitivo do veículo sobre o tópico depende inexoravelmente do contexto. Para aprofundar essas questões, seriam necessárias incursões sobre metáforas comuns e não comuns, que devem ser deixadas para outra oportunidade. As metáforas estruturais são aquelas em que tópico e veículo se relacionam, há uma relação de predicação. O veículo cede alguma de suas qualidades que transitoriamente passam a fazer parte do tópico.

Metáforas de orientação nada têm a ver como relações estruturais de um conceito em termos de outro. Elas se organizam num sistema relacional mais simples. Como ensinam George Lakoff e Mark Johnson, “na maioria delas tem a ver com orientações espaciais: acima-abaixo, dentro-fora, adiante-detrás, profundo-superficial, central-periférico”²⁴⁰. Mais adiante complementam:

As metáforas orientacionais dão a um conceito uma orientação especial: por exemplo, feliz é acima. O fato do conceito feliz está orientado para cima leva a expressões como ‘hoje me encontro alto’²⁴¹.

Essas metáforas passam mensagens com base em orientações relacionadas a aspectos físicos do corpo. Feliz é acima, tristeza é abaixo. Nesse tipo, a base física é a postura. A postura inclinada tende a acompanhar a tristeza e a depressão, ao contrário da postura erétil que simboliza um estado emocional feliz. Na frase “o consciente é para cima, o inconsciente para baixo”, também ressalta um dado comportamental significativo, pois a maioria dos animais dorme deitado ou agachado, refletindo o estado emocional inconsciente. Ao ficarem de pé, os animais normalmente estão conscientes. Na frase

²⁴⁰ “...la mayoría de ellas tiene que ver con la orientación espacial: arriba-abajo, dentro-fuera, delante-detrás, profundo-superficial, central-periférico.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 50).

²⁴¹ “Las metáforas orientacionales dan a un concepto una orientación espacial: por ejemplo feliz es arriba. El hecho de que el concepto feliz este orientado arriba lleva a expresiones como ‘Hoy me siento alto’.” LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 50).

“saúde e vida são acima, doença e morte são para baixo”, a base física se encontra na posição de pé (saúde e vida) em contraponto à posição deitada (morte e doença)²⁴².

George Lakoff e Mark Johnson têm consciência de que metáforas orientacionais guardam relação com aspectos políticos, sociais, econômicos, todos reduzidos aqui ao termo “cultura”. A experiência é um ingrediente fundamental para o acesso ao sentido metafórico. Daí dizerem: “Na realidade, cremos que nenhuma metáfora possa ser entendida, nem sequer se representar adequadamente independente de seu fundamento na experiência”²⁴³. Edmilson de Albuquerque Borborema Filho lembra que:

[...] em algumas culturas o futuro é conceptualizado como estando na frente, enquanto noutras como estando atrás: em outras palavras, a mesma motivação física encontra bases culturais diferentes para elaboração da metáfora²⁴⁴.

E mais: outras tantas metáforas derivam de conceituações orientacionais, tais como:

A discussão caiu em um nível emocional, porém a levantei outra vez ao plano racional. Deixemos nossos sentimentos de lado e mantivemos uma discussão de alto nível intelectual sobre o tema. Não pode sobrepor-se a suas emoções²⁴⁵.

Na passagem acima, retirada do livro de George Lakoff e Mark Johnson, página 54, a discussão **cair** a um nível emocional sugere a ideia que estava num nível racional (alto, pra cima) e despencou para um nível irracional (abaixo). O verbo **cair** permite essa interpretação sem grandes incursões hermenêuticas. O fragmento seguinte (porém a levantei ...) corrobora a ideia de que o racional está acima, o irracional está abaixo. Tudo isso é ratificado na passagem seguinte, “deixemos nossos sentimentos de lado e mantivemos uma discussão de alto nível intelectual sobre o tema”.

²⁴² LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 51-52.

²⁴³ “En realidad creemos que ninguna metáfora se puede entender, ni siquiera representar, adecuadamente independientemente de su fundamento en la experiencia.” (Idem, p. 56).

²⁴⁴ BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 70.

²⁴⁵ “La discusión cayó en un nivel emocional; pero la levanté otra vez al plano racional. Dejamos nuestros sentimientos a un lado y mantuvimos una discusión de alto nivel intelectual sobre el tema. No pudo sobreponerse a sus emociones.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 54).

Metáforas ontológicas, por sua vez, são aquelas metáforas motivadas pela experiência humana no contato com objetos físicos, aí incluídos, inclusive, experiências e sentimentos. A grande vantagem de pensar dessa maneira é poder identificar experiências como objetos ou como substâncias, e assim “podemos nos referir a elas, categorizá-las, agrupá-las e quantificá-las – e, dessa forma, raciocinar sobre elas”²⁴⁶. As metáforas ontológicas permitem que os seres humanos lidem com a experiência enquanto objeto. Por exemplos, inflação é um substantivo abstrato que designa alta de preços. Só faz sentido falar em combate ou ataque contra a inflação, se – e somente se – a inflação desempenhar o papel de uma entidade corpórea, totalmente concreta, contra a qual é possível se proteger²⁴⁷.

No meio jurídico é bastante comum expressões como “o desejo do povo”, “trabalhamos para a paz mundial”, ou ainda, “todos precisam de uma vida digna”. Essas são típicas expressões em que há uma entificação de algo abstrato, como “povo”, “paz mundial” ou “dignidade”, termos sintaticamente associados a abstração ou a pouca concretude.

Na linguagem natural é comum o uso de metáforas ontológicas para delimitar os objetos ou substâncias. É trivial sustentar as limitações dos seres humanos, razão pela qual a visão que os seres humanos possuem sobre o mundo e os fenômenos são igualmente limitados. O *Homo Sapiens* não sabe lidar com aquilo que está fora de seu limitado campo objetivo, ou pelo menos, pouco pode dizer sobre experiências que não se encontram limitadas às **suas** experiências pessoais. Subjazem contingencialidades que são tratadas como anormais. Daí essas experiências serem reduzidas a recipientes, limitados, de onde são retiradas outras experiências de dentro delas. O campo visual é um recipiente, frases como “agora está fora de minha vista” ou “não há nada além do que posso ver”, “o que não está nos autos, não está no mundo” são cotidianamente utilizadas para corroborar essa parte da tese da Metáfora Conceitual²⁴⁸. Acontecimentos, ações, atividades e estados emocionais são metáforas ontológicas também. Observem-se frases como “estar

²⁴⁶ “...podemos nuestras experiencias como objetos o sustancias podemos referirnos a ellas, categorizarlas, agruparlas y cuantificarlas – y, de esta manera, razonar sobre ellas.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 63).

²⁴⁷ *Idem*, p. 64.

²⁴⁸ *Idem*, p.69.

apaixonado”, “estar em horror”, “protegeu um direito líquido e certo” ou “especializou-se em soltar bandidos”. Todas elas ressaltam experiências metafóricas ontológicas.

Provavelmente uma das mais poderosas metáforas ontológicas seja a **da personificação**. Coisas inanimadas realizam ações graças à descrição linguística. Entidades agem, tomam decisões, decidem processos (O Supremo decidiu isso e não aquilo). “Cada personificação é distinguida segundo aspectos escolhidos por nós mesmos”²⁴⁹. Nesse contexto, metonímias e sinédoques também representam ocorrências metafóricas de significativa relevância: “o Itamaraty opinou pela não extradição de Césare Battisti”, “o Tribunal decidiu pela improcedência do recurso”, “Brasília não se pronunciou favoravelmente”, “Não se deseja que João Pessoa se transforme num Rio de Janeiro”.

Outros exemplos são retirados da obra *Metáforas de la vida cotidiana*, e servem para demonstrar como a comunicação é tributária das metáforas na formação de ideias e na expressão dos sentimentos. A maneira como se fala, ressentida de recursos expressivos-metafóricos, é mais que um estilo, reflete a forma como se pensa, como as ideias são constituídas. A linguagem reflete o pensamento. Não consegue ser fiel aos sentimentos e as lembranças, mas é a única forma de representá-los, e assim persuadir outros sobre o que se sente e sobre o que se deseja. O uso de expressões como “na verdade”, “na realidade”, “de fato”, inclusive utilizadas ao longo da redação deste trabalho transmitem as opiniões do retor. Todas elas são igualmente expressões metafóricas capazes de refletir um dado sistema cognitivo interpessoal, cuja criação decorreu de inúmeros fatores culturais, como argumentado²⁵⁰.

²⁴⁹ “Cada personificación es distinta según los aspectos de la gente que son escogidos.” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Fernández Ciudad, S.L., 2009, p. 71).

²⁵⁰ MELO, Daywid Wagner de. **Uma análise retórica do gênero “defesa pública”**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2008, p. 100-101.

Capítulo Quarto

Metódica pitanêutica em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre dignidade humana: para provar o poder das metáforas na construção do signo jurídico.

4.1 – As bases de uma postura retórico-analítica orientada para uma teoria: o método na desconstrução das decisões judiciais a partir da diferenciação entre metódica pitanêutica e estilística.

4.1.1 – A trajetória da metódica pitanêutica e a divisão da retórica em três níveis: como essa divisão a aproxima do novo espírito científico.

Após três capítulos que abordaram os fundamentos deste trabalho, cujos temas centrais foram basicamente a metáfora e a contribuição de seu estudo para o desenvolvimento da ciência, é necessário tratar da pesquisa de campo, daquilo que se convencionou chamar de “objeto empírico” desta tese; ou seja, das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade, nas quais é construído, por metáforas, o sentido de “dignidade da pessoa humana” (CF/1988, artigo 1.º, III).

Antes de analisar retoricamente as decisões, importa mapear como a análise será realizada. Esta é a função deste primeiro subcapítulo (4.1). Aqui será abordada a questão envolvendo a legitimidade da retórica analítica. A temática central deste subcapítulo tem como objetivo responder a indagação sobre a cientificidade da trajetória escolhida por esta tese e questionar-lhe a metodologia, problematizando a **metódica pitanêutica**.

Nos dois subcapítulos posteriores (4.2 e 4.3) serão colocados os componentes da relação pitanêutica escolhidos para esta tese. Como a pitanêutica é uma maneira de fazer retórica analítica, com a qual se pretende identificar as influências dos utentes na construção do signo da relação linguística (U → S), esses subcapítulos irão problematizar as escolhas pelo **sujeito** “Supremo Tribunal Federal” (4.2) e pelo **signo** “dignidade da pessoa humana” (4.3). No subcapítulo 4.3, ainda, identificam-se teorias sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, teorias que servirão de base para a analítica pretendida aqui.

Uma vez fixados argumentos capazes de justificar as escolhas pelo utente e pelo signo, no capítulo quinto se realiza a análise pitanêutica. As subdivisões internas do capítulo quinto correspondem às etapas da retórica analítica, que vão desde o plano de reconhecimento e de etiquetamento das metáforas em cada decisão do Supremo Tribunal Federal, passando pelos levantamentos quantitativos, “fase indispensável da pesquisa sociojurídica que trabalha com dados reais”²⁵¹, antes da etapa descritiva da pesquisa enquanto relatório final.

Com vistas à problematização das bases científicas da metódica pitanêutica, tema central deste subcapítulo, um percurso com abordagens estratégicas. Em cada uma delas, uma discussão que se liga ao debate principal:

a) Na primeira, trata-se a origem da tese do trinivelamento ou do tridimensionalismo da retórica²⁵². Tese segundo a qual a retórica é seccionada em três níveis ou dimensões. Essa tese se sustenta na visão retórica do mundo e de como essa visão, ao contrário do que as filosofias ontológicas desejam, aproxima a retórica de o espírito científico contemporâneo empenhado em não aceitar “verdades”, questionando-as sem constrangimento. O espírito científico se aproxima da postura retórica que impulsiona a ciência, coloca “a cultura científica em estado de mobilização permanente”, substitui “o saber fechado e estático por um conhecimento aberto e dinâmico”, dialetiza com “todas as variáveis

²⁵¹ FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito:** pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 88.

²⁵² BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. N. 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991.

experimentais”, oferecendo “à razão razões para evoluir”²⁵³. Essa visão nova, antes ofuscada pelo sentimento de desconfiança e de insegurança, abre portas para uma retórica jurídica que supera a crítica de que retórica não passa de técnica de engodo e de ornamentação, para então se afirmar diante do fenômeno jurídico como “ciência do direito”.

b) Na segunda, expõem-se os três níveis (ou dimensões) da retórica com ênfase para o nível metódico; abordam-se as bases de seu funcionamento. A retórica material e a estratégica são componentes para a realização da descrição pretendida na retórica analítica. Tratam-se os qualificadores discursivos (*ethos*, *pathos* e *logos*) a partir cada nível retórico. A relação entre retórica e direito também é enfrentada, já que esta tese possui natureza jurídica ou, como dito no capítulo primeiro, é uma tese sobre filosofia da linguagem dos juristas²⁵⁴.

c) Na terceira, situam-se as características da metódica pitanêutica. Procura-se diferenciá-la das outras (oito) formas de se fazer retórica analítica, destacando os “constrangimentos inteiramente diferentes” que elas enfrentam²⁵⁵. Abordam-se particularmente os desafios que a pitanêutica divide com a pragmática; resgata-se a teoria de Ottmar Ballweg para construção de um “sistema linguístico social”. Nessa terceira etapa se problematiza as diferenças entre **retórica analítica orientada para a prática** e a postura **analítica orientada para a análise**, como a pretendida nesta tese. Em resumo, o objetivo é frisar as formas de se executar a desestruturação pretendida na metódica jurídica, sugerindo-lhe “outros princípios analíticos”²⁵⁶ que toma emprestado da estilística, da lógica formal e da linguística descritiva, sem necessariamente se confundir com elas.

²⁵³ BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 24.

²⁵⁴ Cf. Introdução, 1.1.

²⁵⁵ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 179.

²⁵⁶ *Idem*, p. 179.

E, finalmente:

d) Na quarta, sugere-se um sentido especial para a expressão “metódica pitanêutica”. Esse sentido passa a ser utilizado no curso da análise das decisões judiciais;

Nada obstante as problemáticas terem sido construídas de forma pessoal, acredita-se que a abordagem de cada uma delas e a disposição com que são apresentadas auxilia na construção da cientificidade da retórica analítica. É sempre importante lembrar que a retórica analítica defendida nesta tese não desconhece a história da retórica, mas nega que ela seja tão somente técnica de enganação e de enfeite, possibilitando sim que a retórica possua outra finalidade: analisar a “realidade”, “realidade” retoricamente construída. Deixou-se para o final do subcapítulo a definição de pitanêutica, do alcance em que este termo é empregado, do sentido em que é utilizado aqui. Dessa forma se evitam pré-conceitos ou aproximações conceituais inadmissíveis, equivocadas sobre essa forma especial de análise retórica.

Adiante, o detalhamento de cada um dos quatro argumentos antes apresentados, os quais servem para defender a cientificidade da retórica pitanêutica.

A pitanêutica é uma das formas de se fazer retórica analítica. Para entender seu funcionamento, recua-se a um ponto de partida: o tridimensionalismo da retórica. Apesar de não se adentrar nos fundamentos que contribuem para a tese da divisão da retórica em três níveis, a origem desse postulado se encontra na visão-retórica-do-mundo e de como essa visão contribui para um novo espírito científico.

Ottmar Ballweg sentenciou: “Da retórica nenhum direito escapa”²⁵⁷, e com essa frase iniciou sua breve exposição sobre a divisão da retórica em três níveis. Como a intenção desse texto era evidenciar a relação da retórica analítica com o Direito, a metonímia especial (sinédoque) ficou bem colocada. Contudo, pode-se dizer sem excessos: da retórica **nada** escapa.

²⁵⁷ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991.

Afirma-se novamente: a retórica não é uma filosofia da verdade com a qual se sustenta que alguma coisa é isso ou aquilo constrangida por comprovações técnicas. Isso é papel das ontologias. Aliás, as posturas defendidas por crença ou por fé não perdem a qualidade retórica. Para retóricos, “crença”, “fé”, “segurança” ou “verdade” são algumas expressões empregadas com intenção puramente persuasiva. Eles são epítetos utilizados para convencer; nada é plenamente seguro ou propriamente verdadeiro. Se determinada “verdade” é apresentada, antes ela foi construída por argumentos convincentes, articulados histórica e culturalmente, submetida ao crivo de alguns que a aceitaram como tal. Pouco importa se a maneira de aceitação das pessoas ocorreu graças ao jogo democrático, no qual a opinião da maioria prevalece, ou se ocorreu por imposição religiosa ou militar. Todas as posturas podem ser justificadas por argumentos articulados.

Ao longo de anos, esse foi apontado como uma das desvantagens da postura retórica: o sentimento de desconfiança de que todas as coisas, aí incluídas as relações sociais e as relações humanas, não possuem um significado em si, mas sentidos estrategicamente construídos. Associou-se a isso o sentimento de fraqueza, segundo o qual, o relativismo retórico não traz a mesma segurança que as teorias “da verdade”²⁵⁸. Da Idade Média à Moderna, esses sentimentos foram tratados como sinônimo de abandono ou de tristeza, para os quais “fé” e depois “razão” foram apresentados quase como fármacos. Confiar em alguém e enxergar uma “verdade” garantiria o sucesso ideológico. Um bom exemplo é o fato de estudiosos tentarem “desesperadamente atribuir aos vagos discursos no campo das ciências humanas um tom de ‘cientificidade’ invocando algumas aparências externas da matemática”²⁵⁹.

A crença na verdade, independentemente de sua natureza, até hoje move muitas políticas internacionais e o direito de inúmeros povos. A força dessa ideologia ainda é muito presente, inclusive nas ditas ciências humanas e sociais. A reviravolta proposta pelos resgates da postura retórica parte da ideia de libertação. Daí ela questionar esses sentimentos, problematizar os conteúdos de “verdade” e de “excesso de confiança”, romper com o conceito de ciência moderna.

²⁵⁸ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica:** para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53-80.

²⁵⁹ SOKAL, Alan e BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais:** o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução de Max Altman. 4ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010, p. 26.

A retórica não se divorcia da ciência, ao contrário, propõe uma simbiose. A retórica utiliza o discurso de que a ciência precisaria evoluir e a única forma disso ocorrer seria não se conformar com antigos axiomas. A ciência tem o dever de questioná-los e de questionar sempre, duvidar de qualquer verdade. Essa postura conduz o pensamento científico “para ‘construções’ mais metafóricas que reais, para ‘espaços de configuração’, dos quais o espaço sensível não passa, no fundo, de um pobre exemplo”²⁶⁰.

Se uma das vantagens da postura retórica é experimentar o mundo e todas as relações que nele ocorrem, tornando possível julgá-las, prová-las ou relacioná-las²⁶¹, outra é contribuir para o progresso da ciência, mesmo que para tanto precise “sair da contemplação do *mesmo* para buscar o *outro*, para dialetizar a experiência”²⁶².

Assim, uma postura retórica, como a utilizada nesta tese, não se constrange diante da “razão” ou da “racionalidade”; diferentemente, observa-as como construções persuasivas. Quando a Física oferece suas fórmulas à sociedade ou quando a Economia apresenta seus postulados, muitos deles içados de observações ou de experimentos, a postura retórica, ao invés de aceitar qualquer resultado imediata e dedutivamente, enxerga-os como construções oriundas da força dos argumentos delineados estrategicamente. Essa postura torna possível questionar teorias, em benefício do próprio incremento científico. Por isso a retórica exige uma postura zetética e dogmática ao mesmo tempo, sem precisar ser nem uma nem outra coisa exclusivamente, sob as quais convivem os verbos construir e desconstruir, sem vergonha ou constrangimento, mesmo diante de eventual acusação de paradoxo. Em resumo, a retórica analisa, percebe, experimenta e qualifica as mais diversas ações da comunicação humana – incluindo aí o signo, o objeto e o utente – sem necessariamente se posicionar contrariamente à ciência.

²⁶⁰ BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 7.

²⁶¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15 (Capítulo Primeiro todo, principalmente p.15).

²⁶² BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 21, destaques no original.

4.1.2 – Da retórica material à retórica estratégica, da retórica estratégica à retórica analítica: os qualificadores discursivos também estão presentes na análise retórica.

Colocada a origem da tese do trinivelamento retórico, importa colocar suas dimensões internas, e como os qualificadores discursivos (*ethos*, *pathos* e *logos*) precisam estar presentes em todos esses níveis da retórica. Descreve-se como a retórica se divide, e como essas divisões se interferem qualitativamente.

Seguindo adiante, sujeito ou utente, objeto e signo se constituem nas unidades da relação retórica, são unidades da comunicação humana. Comunicação humana entendida aqui como a interação entre sujeitos, na qual algum relato é construído (como “fato”) e repassado (enquanto “mensagem”) a um ou aos vários destinatários (outro “sujeito” ou outros “sujeitos”). Como aqui não cabe discutir a natureza linguística dos fatos – afinal “não é preciso muita ousadia filosófica para se concordar com a ideia de que fatos, de alguma maneira, são construções”²⁶³ –, sabe-se que a relação comunicacional ocorre espontânea e naturalmente entre eles, sujeitos, e independe do veículo pelo qual a mensagem é repassada. Num primeiro momento da comunicação, muito pouco importa o conteúdo da mensagem, se ela foi verificada empiricamente ou cientificamente comprovada. Essas questões não possuem importância no primeiro estágio da comunicação, importante apenas é que um fato foi construído e repassado para outro(s) sujeito(s).

Nesse primeiro nível, a comunicação é feita retoricamente. Trata-se de uma **retórica material** ou simplesmente **existencial**. Nele, a preocupação é centrada na comunicação do relato, realizado sempre segundo alguma técnica ou alguma arte, sem que isso signifique nada de científico. Para retóricos, o relato não possui preocupação com verdade, sem que isso signifique necessariamente mentira – embora ela ocorra e seja retoricamente justificada. Aqui, o relato não passa de uma construção intersubjetiva do sujeito-emissor a partir de suas impressões e de suas conjecturas sobre o mundo, aliado às suas crenças, aos valores, à ideologia, aos anseios, enfim, a tudo que inspira a constituição da “realidade humana”. Os limites da antropologia humana incidentes sobre a percepção e

²⁶³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. In: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**. Nº 12, Recife: UFPE Ed., p. 191-206, 2002, p. 193.

a expressão interferem na construção de o relato; esses limites também agirão no utente receptor, em alguma intensidade difícil de mensurar²⁶⁴.

O relato se torna vencedor a depender do *ethos*, do *logos* e do *pathos* envolvidos na relação comunicativa²⁶⁵. Um exemplo do *ethos* pode ser retirado do seguinte: a narrativa do juiz se torna mais importante que as das partes envolvidas no processo porque o juiz é o próprio Estado decidindo a querela. O relato de um professor provavelmente despertará mais crença numa turma de alunos do que o discurso de um dos membros daquela turma, influência do *status* docente; o do coordenador sobre questões administrativas do curso persuadirá mais do que aquele do professor. Claro que a autoridade ajuda, mas ela não resolve tudo. É que se persuade “pelo caráter quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé”²⁶⁶.

O relato também terá mais condições de ser vencedor se o utente-emissor conseguir reunir mais qualidade ao seu discurso, isso através de uma criteriosa observação sobre o(s) destinatário(s) do “fato” e na construção dele (*pathos* e *logos*, respectivamente). Conhecer para quem se fala é uma valiosa atitude persuasiva: falar coloquialmente para uma platéia técnica conduz ao mesmo equívoco que utilizar uma linguagem hermética ao se dirigir a incautos. Num júri popular, os advogados apelam para as paixões humanas, revolta e sentimento de punição *versus* compaixão e perdão. Assim se trabalha o *pathos* dos ouvintes: no fundo, o relato precisa transmitir sentimentos aos destinatários, o discurso eleitoral precisa despertar confiança no eleitorado, o científico precisa pregar imparcialidade nos relatórios, já o relato de um narrador de futebol deve transmitir emoção durante a partida²⁶⁷.

²⁶⁴ Tratou-se do assunto de forma mais detalhada na introdução, quando se apresentou o primeiro ponto de partida desta tese: a relação humana com a realidade é indireta, tardia e metafórica, conforme constata Hans Blumenberg (Cf. Subcapítulo 1.1).

²⁶⁵ Sobre a ideia de “realidade” no plano da retórica material, “[...] não há diferença se o filho de Capitu é “de fato” de Betinho, se Desdêmona “realmente” traiu Otelo ou se a luta entre Hércules e a Hidra de Lerna ou o *Big Bang* “efetivamente” aconteceram: o que interessa é o relato dominante” (ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 145).

²⁶⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998, p. 49 [1356a].

²⁶⁷ *Idem*, p. 49-50 [1356a].

Finalmente, a terceira prova de persuasão fornecida pelo discurso é o *logos*. Essa prova tem a ver com aquilo que o discurso demonstra ou parece demonstrar. A capacidade para utilizar silogismos, entimemas e metáforas provavelmente conduzirão um relato ao *status* vencedor. Apesar de o estágio inicial da comunicação humana não se preocupar com técnicas, todos que se comunicam desejam persuadir, ver seus relatos vencedores e por isso essas noções são importantes. No primeiro nível da retórica, encontram-se os métodos da comunicação humana, que seriam “as formas, mais ou menos regulares, mediante as quais esses relatos, que fazem os seres humanos perceberem a realidade, se organizam”²⁶⁸.

Numa dimensão distinta daquela da retórica material, encontra-se a **retórica estratégica** ou **prática**. Essa dimensão apresenta como finalidade criar uma teoria sobre a retórica de primeiro nível. Para tanto, posiciona-se acima dela e realiza três ações: 1) uma de observação do funcionamento da retórica material, 2) outra de classificação dos métodos de acordo com o grau de efetividade persuasiva (quais aqueles que mais persuadem, ou seja, quais atingiram a finalidade da retórica), para então, 3) prescrever os melhores métodos. Como nessa dimensão a finalidade é tornar “racional” os métodos da comunicação humana que foram observados, diz-se que ela é uma **metodologia**. Metodologia é “esse conjunto de estratégias que visam o sucesso, é uma visão sobre métodos que funcionam para determinados contextos e sobre como funcionam, uma teoria voltada para a práxis”²⁶⁹. O discurso de observação, classificação e de julgamento sobre os melhores métodos deve ser persuasivo, utilizará das formas de convencimento para impor-se: novamente *ethos*, *pathos* e *logos*.

Por fim, o terceiro nível da retórica: o **analítico**.

A retórica analítica consiste na elaboração de uma teoria sobre a relação entre retórica prática e retórica material. Ela funciona descrevendo a influência recíproca desses níveis inferiores, como eles se interpenetram. A retórica analítica tem a pretensão de criar uma teoria sobre a teoria dos métodos (uma teoria sobre a metodologia e sobre sua relação com os métodos) – daí dizer-se **metódica**²⁷⁰. A retórica analítica objetiva verificar

²⁶⁸ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

²⁶⁹ *Idem*, p. 37.

²⁷⁰ *Idem*, p. 37-38.

como as metodologias propostas conformam os métodos; de certa forma, testa a teoria dos métodos, “analisa a **relação** entre como se processa a linguagem humana e como as pessoas acumulam experiências e desenvolvem estratégias para utilizá-la de modo mais eficiente”²⁷¹. Realiza tal artimanha descrevendo essa intrincada relação por meio de uma meta-metalinguagem.

O cotidiano jurídico permite alguns exemplos sobre cada uma dessas dimensões, ainda que os juristas não as percebam. A decisão de um tribunal em determinado processo pode ser situado no plano de retórica material. Essa decisão é apenas um caminho, uma maneira de decidir, um método de interpretação e de aplicação do direito. A atitude estratégica ou metodológica consiste em reunir diversas decisões sobre certa matéria, não apenas as identificando, como também qualificando os diversos grupos de argumentos criados a partir das dicotomias entre cada uma dessas decisões. Por exemplo, reconhecem-se quais argumentos jurídicos estão presentes em cada caso, quais doutrinas foram decisivas, para então prescrever aqueles mais eficientes e vencedores. Essa é uma das funções da dogmática jurídica (estratégica), aconselhar ações humanas, i.e., apontar as estratégias que advogados devem tomar frente a determinados tribunais.

O terceiro nível retórico é o mais difícil de ser percebido na prática forense. O jurista deve analisar se as metodologias sugeridas na dogmática estratégica estariam sendo observadas na prática. Essa observação empírica, descritiva e formal influencia a metodologia e a sua relação com os métodos, mas não se confunde com essas duas outras, diferenciando-se exatamente porque não possui pretensões de normatividade.

Método é o caminho como se procede para atingir determinado objetivo. Metodologia é a doutrina sobre os métodos, isto é, a visão que se tem desses caminhos e as tentativas de controlá-los. Metodica é o estudo da relação entre esses métodos e essas metodologias para compreendê-los²⁷².

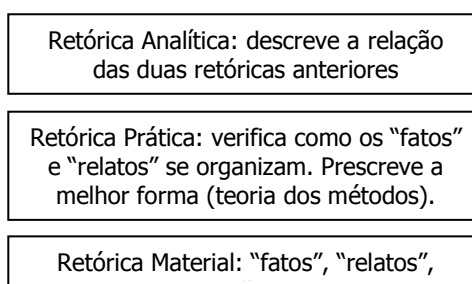
Esta tese preferiu uma postura analítica. Isto significa dizer que aqui se optou por realizar uma metodica, um exercício de análise envolvendo um utente específico (o STF) e sua influência na construção de uma importante expressão simbólica, a “dignidade humana”. A análise, para ser fiel a empreitada, deve seguir as características da retórica analítica: 1. Ser formal, porque não possui pretensões substantivas ou de conteúdo, 2.

²⁷¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 38.

²⁷² *Idem, ibidem*.

Tipicamente descritiva, pois não se pretende orientações valorativas sobre a melhor forma de argumentar com base no princípio da dignidade, 3. Ela não pode desconhecer a possibilidade de seus enunciados influenciarem nas trajetórias escolhidas para comunicação humana ou na doutrina da dignidade humana, 4. Ter consciência da natureza parcial dos relatórios, além de 5. Requisitar princípios analíticos tomados por empréstimo da lógica formal, da estilística e da linguística descritiva; enfim, 6. Conhecer a força generalizadora de seus enunciados²⁷³.

Esquemáticamente:



Apresentadas as divisões da retórica e as características de interpenetração que possuem, cada um desses níveis da retórica influencia o outro contínua e reciprocamente, pois se desloca para o interior da retórica analítica. A finalidade é enfatizar suas orientações analíticas, destacar a metódica pitagórica e os problemas que divide com a pragmática, para então tratar de suas características. Para tanto, será necessário admitir a teoria da construção do sistema linguístico social sobre a qual o direito é um exemplo.

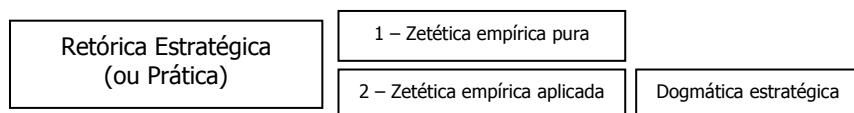
4.1.3 – A retórica analítica pode ser realizada ou interna ou externamente ao sistema linguístico objeto da análise. A depender dessas posições, a pitagórica modifica os resultados da análise sobre sistemas linguísticos.

Reconhecer essas três dimensões da retórica somente é possível a partir de uma postura analítica. Uma atitude analítica implica também em identificar cada um dos elementos da comunicação humana (utente, objeto e signo), combiná-los e descrever as funções que cada um deles assume na atividade comunicacional. Analítica é a postura que vai mais além do que perceber os eventos da comunicação entre os utentes ou prescrever a melhor maneira disso ocorrer, isto é, dizer como um advogado deve se comportar para

²⁷³ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 179.

convencer o corpo de jurados é função da retórica estratégica, não da postura zetético-analítica. Não que a retórica estratégica não tenha seu “momento zetético” – expressão utilizada no sentido de problematizador, questionador²⁷⁴. Isso porque antes de prescrever ações, ou seja, de dogmatizar, o caminho da retórica estratégica foi o de problematizar a investigação dos métodos e examiná-los (atitude zetética) para só então depois, dogmatizar (criar dogmas, prescrever).

Segundo Artur Schopenhauer, pode-se sustentar qualquer opinião, bastando o manuseio de estratagemas²⁷⁵. A obra deste filósofo investigou os caminhos utilizados na arte de discutir, depois prescreveu 38 estratégias para o embate. Falando igual a Tércio Sampaio Ferraz Júnior, ao questionar essas estratégias, o filósofo exerceu uma atividade “zetética empírica pura” num primeiro momento, **depois** um exercício “empírico aplicado” dirigido à prática, observado na ação prescritiva. O comportamento **posterior** ao da atitude zetética que se volta para a práxis é o da dogmatização. Zetética e dogmática se encontram próximas: enquanto na primeira problematiza-se, na segunda se apresentam produtos dessa inquietação. A diferença entre elas reside na inquietação da zetética, sempre cética quanto aos resultados obtidos e prosseguindo incansavelmente nos questionamentos, contrariamente à dogmática que se empenha em impor-se²⁷⁶.



Ao contrário da retórica estratégica pretensiosamente prescritiva e dogmática, a retórica analítica se coloca descritiva. Segundo Ottmar Ballweg, diante de um sistema linguístico social qualquer, a retórica analítica assume duas posturas, nunca prescritivas: **orientar uma análise** ou **orientar uma prática**. A análise retórica que orienta uma análise se põe externa, ou seja, afasta-se do sistema linguístico, objeto da análise descrevendo sua gênese ou seu funcionamento. Já a análise retórica que orienta uma

²⁷⁴ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1209.

²⁷⁵ SCHOPENHAUER, Artur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.95-98.

²⁷⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 44-47.

prática descreve o funcionamento do sistema linguístico objeto da análise, porém se posicionando dentro dele, sem se dissociar dele. Cada uma dessas posturas possui ponto de partida e objetivos distintos²⁷⁷.



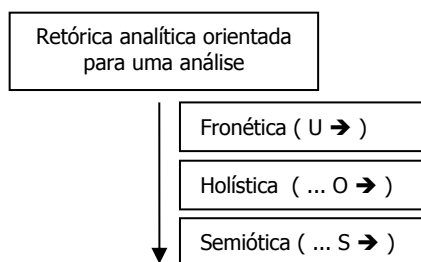
Cabe, agora, verificar as diferenças entre essas duas formas de retórica analítica antes de prosseguir. A **versão analítica para orientação de uma análise** de Ottmar Ballweg é identificada aqui com a postura “zetética analítica pura” de que fala Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Ela parte da ideia de que o sistema linguístico é construído, destruído e reconstruído cíclica e ininterruptamente. Assim, ela procura explicações sobre o poder de nomeação e de significação que provém do sujeito-utente (U), desde a relação sujeito-sujeito (dimensão agôntica). Segundo Ottmar Ballweg, a relação agôntica é o ponto de partida da retórica analítica orientada para uma teoria, esse é o pressuposto da comunicação humana. Essa primeira versão da retórica analítica objetiva analisar como ocorrem as situações de definição, conceituação, nomeação, ou seja: **como** sistemas linguísticos são criados, destruídos e recriados novamente. Por exemplo, ela é capaz de explicar como decisões judiciais tornam escritórios locais igualmente invioláveis a casa, ou como a dignidade humana se tornou o “centro” do ordenamento jurídico brasileiro²⁷⁸.

No esquema da retórica analítica orientada para uma teoria, como a proposta por Ottmar Ballweg²⁷⁹, observa-se que a análise percorre o caminho inverso da construção dos sistemas linguísticos sociais. A retórica analítica objetiva desconstruir qualquer sistema linguístico social cuja trajetória parte das relações fonéticas, passando pela holística, até alcançar a semiótica.

²⁷⁷ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 181.

²⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. HC 79.512-9/RJ. Avelino Fernandes Vieira e outros contra Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. In: **Diário da Justiça**. Brasília: DJ 16.05.2003, 2003, p.92.

²⁷⁹ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 182.



A **versão analítica que orienta a prática** de Ottmar Ballweg, aqui identificada com a postura “zetética analítica aplicada” de Tércio Sampaio de Ferraz Filho, se inicia de outro ponto de partida, percorre trajetória diversa da versão retórica orientada para a análise, e atinge objetivos diferentes daquela. A expressão “retórica analítica orientada para uma prática” sugere que se é orientada para a prática já seja retórica prática, metodologia como diria João Maurício Adeodato²⁸⁰. Ao que parece, Ottmar Ballweg quis apenas diferenciar que a retórica analítica pode ser realizada interna ou externamente em relação ao sistema linguístico. O que ele chama de retórica analítica orientada para uma análise seria o mesmo que retórica analítica externa; a retórica analítica orientada para uma prática deve ser entendida como retórica analítica que se posiciona interna em relação ao sistema linguístico objeto da referida análise.

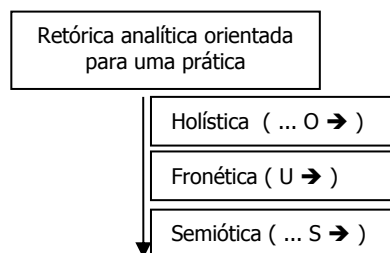
Neste sentido, a retórica analítica orientada para uma prática parte do holismo linguístico, segundo qual o objeto já se encontra devidamente nomeado. Através dela, justifica-se o uso “de uma maneira de falar ontologizante, essencialista, coisificante”²⁸¹; crer-se no “significado puro”, na “literalidade”, na “pureza da linguagem”. A partir desse ponto de partida, afastam-se questões subjetivas que eventualmente possam interferir no sistema linguístico: o escritório de advocacia também é inviolável, a Lei 11.768/2008 assim o tornou não importando nesse significado “sua origem antropogênica e sua produção autopoietica”²⁸². Conquanto, a retórica analítica prática descreve o funcionamento do sistema linguístico, ou seja, diferentemente da retórica analítica teórica, a retórica analítica prática descreve como ocorre o processo de influência do objeto sobre o utente-intérprete, ou sobre o signo.

²⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, p. 268.

²⁸¹ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 181.

²⁸² *Idem, ibidem*.

Daí o seguinte esquema:



Na retórica analítica orientada para a prática, desprezam-se ambiguidade, vagueza e porosidade da língua; cultua-se a crença na univocidade da língua. Por exemplo, uma analítica prática procuraria descrever como o termo jurídico “casa”: 1. Influencia outros termos jurídicos (“escritório”, “sede empresarial”) igualmente dogmatizados, ou 2. Influencia outros signos (“domicílio”, “residência”), ou ainda, como 3. Interfere nos utentes e na sua forma de ver o mundo (o objeto é mais importante que o sujeito !). As figuras apresentam papel importante para essa visão, pois garantem que a linguagem, acreditadamente holística, expanda-se. O uso metonímico possibilita a transformação do “indizível em dizível, do incerto em (verbalmente) certo, do transitório em permanente, do mortal em imortal”²⁸³. A metáfora seduz ainda mais, provoca sensações que o holismo não conseguiria.

Importante lembrar que esta tese procura saber como o utente (U) constrói sistemas jurídicos, como ele influencia nesse sistema destruindo-o e reconstruindo-o. No caso desta tese, como não seria possível analisar todos os atores jurídicos, todos os meios judiciais e extrajudiciais ou todo ordenamento jurídico, foram necessárias reduções, amplamente justificadas nos dois subcapítulos seguintes e apresentadas antes de se executar a análise proposta. O método da retórica analítica utilizada para responder aos problemas levantados aconselha que esta tese siga os caminhos de uma **retórica analítica orientada para uma análise**, caminho que se prefere chamar apenas de **análise retórica**. Essa análise possui como objeto a dogmática do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana expressado pela doutrina e, principalmente, por decisões judiciais, embora a atitude aqui seja sempre zetética.

²⁸³ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 182.

O esquema geral dessa análise retórica parte da ideia de que o Direito é um subsistema linguístico. A sua criação também se inicia na relação entre sujeitos (agônica) sem a qual nada pode ser dito em termos de retórica. Comunicando-se, os utentes se interferem (U→U). Para Ottmar Ballweg, essa interferência não prescinde dos signos, embora eles não tenham destacado papel: o que interessa mesmo é a relação direta entre sujeitos. Carisma, amizade, senso de hierarquia, mas também seus opostos – inimizade, inveja, ódio, medo ou antipatia – influenciam ações humanas²⁸⁴, inspiram tendências estéticas através de comerciais televisivos, seja na forma de se vestir, seja na música que se escuta; muda-se até o gosto culinário. Se é assim com tantas atitudes humanas, difícil acreditar que com o Direito seja diferente: a relação inter-utentes também exerce relevante papel. Do mesmo jeito que o carisma angaria adeptos, a antipatia afasta-os, legitimando comportamentos contrários. A relação STF → Tribunal Inferior desencadeia uma situação de reverência; os erísticos chamam de petição de princípio o argumento utilizado em um debate e formulado com base na opinião de autoridade²⁸⁵. Não é exatamente disso que fala aqui. Quer dizer, sentimentos de inveja, admiração, amizade ou de ódio fomentam a relação agônica entre utentes, estejam ou não na mesma posição, entre ministros do Supremo, i.e.²⁸⁶.

A teoria aqui é que o significado é construído pelo sujeito (U→O), o qual se universaliza e legitima-se para se operar a “incorporação ontotática em um Ser” (O→O): em uma palavra, coisifica-se. O processo de criação do significado se inicia na **sugestão de sentido** realizada pelo utente, por exemplo, para conceitos como “bens jurídicos”, “tutela antecipada” ou “coisa móvel”. Depois, atinge-se o nível de **fixação do significado**, objetivando o “Ser”. Agora, o significado, antes abstrato, ganha “corpo”, materializa-se. Com a fixação paulatina da crença de que a linguagem é unívoca, verdadeira e segura, o

²⁸⁴ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 180.

²⁸⁵ SCHOPENHAUER, Artur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p.137-138.

²⁸⁶ Utiliza-se como exemplo simbólico obra do Ministro Gilmar Mendes em que analisa as contribuições do ex-Ministro Moreira Alves para o controle de constitucionalidade brasileiro. Difícil assegurar que a obra tenha sido escrita exclusivamente em decorrência de por uma relação agônica, também é difícil negar que a relação dos ministros não tenha influenciado para o desenvolvimento dessa obra. Difícilmente se dedicaria todo um estudo para demarcar as boas práticas de alguém, do qual não tenha sem admiração, carisma ou respeito (MENDES, Gilmar. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2009).

objeto (significado) volta-se para o sujeito (relação teleotática, $O \rightarrow U$) e para os signos também (axiomática, $O \rightarrow S$), reivindicando a fixação de seu valor. Afinal, as coisas precisam receber um valor social, político ou jurídico, ainda que não necessariamente econômico. Aliás, esse é o pretexto para que a doutrina dos bens classifique-os como fungíveis ou infungíveis, tomando por base valores econômicos ou valores sentimentais e históricos. Diz-se que os primeiros são alvos mais fáceis do negócio jurídico, os segundos são mais difíceis, quase inegociáveis.

Finalmente, para que o sistema linguístico novo (do direito, i.e) se torne autossustentável (autopoiético) e consiga se proteger de intempéries externas, regras formais para seu uso são criadas (plano signo-signo, ou "plano sintático"). O plano semântico (signo – objeto) somente é admitido quando necessárias "interpretações efetivamente esclarecedoras"²⁸⁷. Nesses dois planos anteriores, valem as regras linguísticas formalmente apresentadas pela gramática da língua normativa com vistas à manutenção desse sistema. Contudo, as regras gramaticais pouco valem diante do casuismo linguístico da pragmática (signo – utente). Ele torna impossíveis tematizações gerais e embora o contexto possua significante papel nas definições e nas conceituações, inviabilizam-se teorias. No fundo, a relação pragmática desestabiliza o sistema linguístico. Ela é responsável pela introdução de um "sentido" novo no sistema linguístico que ao admiti-lo, rompe (é destruído) para novamente ser construído. Esse processo é cíclico, contínuo e ininterrupto.

Todo esse constrangimento a análise pragmática (signo – utente) divide com a análise pitanêutica (utente – signo). Por isso mesmo que, tanto pragmática quanto pitanêutica, possuem considerável força de manipulação, "bastaria a alusão de que este é o plano em que atua o poder da definição, o qual, naturalmente, sempre é exercido com relação à dimensão [sintática]"²⁸⁸.

Esse pequeno percurso iniciado na relação sujeito–sujeito demonstra como sistemas linguísticos são construídos e como são desconstruídos, para uma nova e contínua reconstrução. É certo que uma análise retórica focada na relação utente–signo se centra na influência do utente sobre o signo jurídico, de modo que a metódica pitanêutica se centra

²⁸⁷ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 181.

²⁸⁸ *Idem, ibidem.*

na **desestruturação** do signo, tornando possível se encontrar as influências do utente no signo. Nesta tese, serão procuradas metáforas enquanto figuras usadas pelo Supremo na construção, desconstrução e reconstrução do Princípio da Dignidade.

A análise retórica realizada no capítulo quinto desta tese verificará o funcionamento das metáforas na definição do Princípio da Dignidade. Para tanto, pretender-se-á:

1. **Externa**, em relação ao sistema comunicativo humano. Nesse sentido, contrapõe-se à retórica orientada para a prática, qual se posiciona internamente. Acredita que um posicionando externo ao sistema é um dos pressupostos para a descrição sobre a criação do sistema linguístico jurídico, aqui reduzido ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A postura externa da análise retórica não considera eventuais significados que esse princípio possua, pois não se interessa pela sua influência interna e dogmática sobre outros elementos da comunicação humana (utentes ou signos); interessa-se apenas em investigar como ocorre à construção dos vários sentidos em que o termo é empregado. A hipótese levantada é que a construção, a destruição e a reconstrução contínua decorram da ação metafórica sobre esse princípio, assunto mais adiante detalhado. A análise retórica não admite um significado prévio e universal para “dignidade humana”. Daí, como se verá no subcapítulo 4.3, que a escolha pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana decorreu também de sua característica indefinida.

Uma consequência da característica externa da observação analítica é a tentativa de neutralidade. De modo geral, as ciências exigem da análise certo grau de não-envolvimento com o fenômeno observado. A ação do observador em se afastar do objeto analisado – aqui, o sistema linguístico do direito – busca controlar sentimentos éticos e valorizações morais, sem desconhecer o desafio da tarefa. A neutralidade exigida pela ciência é um **tipo ideal** a ser perseguido, embora os retóricos desconfiem da possibilidade de alcance. Evitam-se juízos de valor, sem esquecer que os produtos da análise, ainda assim, podem ser usados para modificar a retórica estratégica.

Buscou-se a neutralidade na redação dos resultados finais sem perder a exata noção de que, em última instância, esta tese analisa a persuasão e dificilmente deixará de ser acusada, ela mesma, de persuasiva.

Até que ponto não estarei eu apresentando algumas regras básicas para análise retórica, e até que ponto não estarei tentando persuadir você de que a análise retórica é um instrumento valioso de análise social?²⁸⁹

A análise retórica realizada aqui coloca as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre dignidade humana na posição de métodos, e a dogmática jurídica como metodologia, para então se pretender analítica. Busca se afastar do método e da metodologia vigiando-se para não estabelecer preferências ou parecer normativa. Apesar de todo esse esforço em evitar juízos e fugir de prescrições axiológicas, esta tese não pode evitar que posterior estudo a tenha como objeto e venha lhe questionar seus resultados, seus métodos e até duvide da tentativa de pôr-se neutra. Esta é a função da banca examinadora, por exemplo. E, embora essas questões sejam objeto de reflexão da metodologia científica, somente com a retórica analítica ficam mais claras.

2. A retórica analítica é descritiva: as ciências normalmente assumem uma função descritiva em relação aos fenômenos e aos eventos, contrapondo-se a função prescritiva. Além de externa, a análise retórica é descritiva em relação aos fenômenos da linguagem jurídica que observa. Nesse sentido, não julga quais os melhores ou mais eficientes meios de persuasão, i.e. O problema da relação entre neutralidade e descrição será tratado no capítulo quinto. Após as análises, esse tema será revisitado com exemplos mais concretos, retirados exatamente da pesquisa feita no capítulo quinto.

3. A retórica analítica é indutiva. A propósito, Uwe Flick lembra:

Os defensores do pós-modernismo argumentam que a era das grandes narrativas e teorias chegou ao final: as narrativas agora devem ser limitadas em termos locais, temporais e situacionais²⁹⁰.

A passagem resume uma das mais significativas alterações no modelo de pensamento científico ocidental. Essas alterações decorrem da rapidez com que as relações sociais e o acesso ao conhecimento são cada vez mais possíveis. A isto se juntem as diferenças sociais, ideológicas e as diversidades de crença. Todas essas questões, cada uma de sua forma, contribuem para a formação do pensamento plural que desestabiliza a

²⁸⁹ LEACH, Joan. Análise retórica. In: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 294.

²⁹⁰ FLICK, Uwe. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. Tradução de Sandra Netz. 2ed. Porto Alegre: Bookman, 2007, p. 18.

ciência e a maneira de encarar os problemas. As teorias omnicompreensivas, as narrações locais e atemporais perdem espaço para discussões cada vez mais específicas, individuais.

A consequência é a utilização de estratégias indutivas, ao revés de técnicas dedutivas. A indução tratada aqui nada tem a ver com suas variações extremistas, representadas pelos *ismos* do indutivismo ou do indutivismo radical. A postura analítico-retórica não parte de posições fundamentalistas capazes de defender que “uma proposição deve ser ou bem provada pelas coisas, ou bem inferida (de forma dedutiva ou indutiva) a partir de outras proposições já provadas”²⁹¹. Qualquer posição exacerbada tenderá a verdades incompatíveis com os fins colimados pela retórica. Indução aqui é sinônimo de casuismo. A pesquisa proposta pela retórica analítica investigará casos específicos, especialmente escolhidos, sempre objetivando descrever situações e levando em consideração à época e às circunstâncias da atualidade. As escolhas e essas variáveis serão assuntos enfrentados no momento da identificação (e construção) do *corpus* linguístico pesquisado (subcapítulos 4.2 e 4.3).

4. A análise retórica possui natureza qualitativa. Dizer que a retórica analítica é qualitativa significa diferenciá-la da pesquisa quantitativa, sem que isso implique em estabelecer qualquer contraposição. Ela sugere uma maneira não tradicional de investigar: na pesquisa qualitativa se investigam determinados aspectos de um fenômeno, sem ignorar que outros fenômenos concorrem e influenciam naquele observado. Também não se prende a aspectos numéricos dos fenômenos investigados, como por exemplo, a mediação de uma frequência fenomenológica ou a diminuição ou o aumento da quantidade desse evento. Na pesquisa qualitativa se descrevem as causas dos fenômenos²⁹².

Historicamente, quantidade e qualidade significaram caminhos distintos da pesquisa científica, portanto são técnicas inicialmente opostas, “ao ponto de haver pessoas que construíram carreiras dentro de uma ou de outra, muitas vezes polemizando sobre a superioridade da quantitativa sobre a qualitativa, ou vice-versa”²⁹³. Durante algum tempo,

²⁹¹ LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Tradução de Juan Carlos Zapatero. Madrid: Alianza Editorial, 1989, p. 136.

²⁹² CHIZZOTTI, Antonio. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios. *In: Revista Portuguesa de Educação*. Ano/vol. 03, nº 2, Braga: Universidade do Minho, p. 221-236, 2003, p. 221.

²⁹³ BAUER, Martin W., GASKELL, George e ALLUM, Nicholas. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento: evitando confusões. *In: BAUER, Martin W., GASKELL, George (orgs.). Pesquisa*

a metodologia foi reduzida a técnica de numeração de dados, levantamentos estatísticos e comparações matemáticas.

Na pesquisa social aplicada, o *survey* foi apontado como caminho mais eficiente para resolver problemas com a captura de dados, sempre com o intuito de numerá-los para posterior exame. Não há dúvida que essa tendência foi inspirada nas ciências exatas – física, química e biologia –, devido ao encantamento numérico trazido pela matemática. Muitas pesquisas atualmente ainda são encampadas à luz de princípios estatísticos, restando evidenciada empiricamente a influência da pesquisa quantitativa. As pesquisas sobre intenção eleitoral ou sobre a aprovação/reprovação de determinado produto são usadas pelo marketing político ou por empresas como formas de saber índices de satisfação social. É uma técnica bastante eficiente, mas quando dirigida às ciências sociais, não pode ser um fim nela mesma. Significa que a pesquisa social utiliza “informação quantitativa ou quantificável para descobrir ou tratar de explicar fenômenos que estuda nas formas que for possível fazê-lo, no nível de estruturação lógica em que se enquadram as ciências sociais atuais²⁹⁴”, sem deixar-se impressionar pela frieza numérica.

Nesta tese, pouco adiantaria saber quantas metáforas um juiz utiliza ao julgar determinado processo, ou quantas vezes o Supremo se autotransforma “corte constitucional” antes de apresentar seu veredito. Essas informações são tão relevantes como saber quantos processos são julgados no Tribunal de Justiça anualmente, ou se houve diminuição em relação à década anterior. Certamente, a gestão pública precisará desses dados para guiar ações, o que não é o caso desta tese. A retórica analítica não deseja apenas dar acesso a esses números, quantificar relações e eventos. É que, como qualitativa, a análise retórica pretende ir às causas, sugerir os motivos que levaram os eventos ocorrerem, e, com isso, pretende descrevê-los.

A análise retórica é qualitativa sem desprezar a quantidade. Aliás, para retóricos, a separação entre qualidade e quantidade não faz nenhum sentido, pois da mesma forma que não há quantificação sem qualificação, não há análise estatística sem interpretação de

qualitativa com texto, imagem e som. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 23.

²⁹⁴ “... utiliza preferentemente información cuantitativa o cuantificable para describir o tratar de explicar los fenómenos que estudia, en las formas que es posible hacerlo en el nivel de estructuración lógica em el cual se encuentran las ciencias sociales actuales” (BRIONES, Guillermo. **Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales**. Bogotá: ICFES, 1996, p. 17).

dados. Seria difícil teorizar sobre o funcionamento das metáforas no discurso do Supremo Tribunal Federal sem se levantar inicialmente quantas e quais são essas metáforas (capítulo quinto). Contrariamente, pouco importariam os números e as tabelas se fossem apresentados totalmente desacompanhados de argumentos persuasivos destacando a importância desses dados.

As estatísticas, os dados quantitativos e as especulações matemáticas são recursos à serviço da retórica. Quantidade e qualidade se completam estrategicamente aqui na análise retórica, viabilizando a crítica ao modelo tradicional separatista. Neste trabalho, reconhece-se “a relevância do sujeito, dos valores dos significados e intenções da pesquisa, firmando a interdependência entre a teoria e a prática, a importância da invenção criadora do contexto dos dados e da inclusão da voz dos atores sociais”²⁹⁵. A pesquisa quantitativa, por sua vez, “empenha-se em dar uma fundamentação rigorosa e formalizar os métodos científicos qualitativos, recorrendo a algum expediente quantitativo”²⁹⁶.

Antes de passar para outro atributo da retórica analítica pretendida nesta tese, duas questões devem ser tocadas envolvendo a classificação da análise retórica como **pesquisa qualitativa**. Uma tem a ver com o reconhecimento das limitações da técnica qualitativa e outra guarda relação com os muitos e variados meios existentes de investigação qualitativa.

A retórica analítica reconhece que as pesquisas qualitativas possuem variadas limitações. Uma dessas limitações causa a necessidade de se adequar os padrões formais como estes desenhados até aqui, afugentando-se em números. Mesmo porque, como identificaram Martin Bauer, George Gaskell e Nicholas Allum, não se deve reduzir o formalismo às questões numéricas, e não formalismo às questões não numéricas²⁹⁷. Quando se disse que a análise retórica utilizada nesta tese é **formal**, ela não deve ser

²⁹⁵ CHIZZOTTI, Antonio. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios. *In: Revista Portuguesa de Educação*. Ano/vol. 03, nº 2, Braga: Universidade do Minho, p. 221-236, 2003, p. 228.

²⁹⁶ *Idem, ibidem*.

²⁹⁷ BAUER, Martin W., GASKELL, George & ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento – evitando confusões. *In: BAUER, Martin W e GASKELL, George (orgs.). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som- Um manual prático*. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis, Editora Vozes, 17-36, 2008, p. 24.

associada ao discurso matemático. Entende-se discurso formal como discurso essencial; aquele que é construído com bases científicas, assim entendidos os recortes justificados social e temporalmente, p.ex., bem como aquele discurso apresentado na construção do *corpus* linguístico (4.2 e 4.3) e na própria análise retórica (capítulo quinto). A natureza abstrata do formalismo afasta o pesquisador do fenômeno de tal maneira que se cria um abismo entre observador e evento observado. Esse distanciamento também se reflete no relato construído pelo observador que pode parecer excessivamente abstrato.

Outra questão é o problema das variadas formas de se executar uma análise retórica. Observa-se que as técnicas quantitativas possuem uma larga tradição, desfilam padrões metodológicos arrumados e métodos de investigação claros. Enquanto isso, as técnicas qualitativas não possuem métodos e procedimentos claros e padronizados, sujeitando-se às mais variadas orientações. Sob a forma de “análise de discurso”, existem mais de 57 maneiras de operacionalizá-lo, cada uma dessas ligada à uma tradição teórica diferente²⁹⁸. A existência de tantos métodos já autoriza que a análise executada aqui seja retoricamente construída, sem uma vinculação direta a qualquer um desses métodos *standards*, como se verá mais adiante.

Destarte, esses são os desafios da retórica analítica nesta tese: fazer-se qualitativa, sem parecer pesquisa abstrata, vaga, superficial ou sem método científico pronto. Ainda com base em Ottmar Ballweg, apresentam-se as duas últimas características da retórica analítica: “o caráter parcial das análises e de seus resultados e “a possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos mesmos”²⁹⁹.

5. Entende-se **caráter parcial das análises** como um dos atributos mais característicos da análise retórica. É que as análises realizadas segundo as orientações de uma retórica analítica não galgam o caráter final ou absoluto perseguido pelas investigações unicamente quantitativas, i.e. Apesar de utilizar meios científicos quantitativos, os relatórios apresentados são não essencialistas, precários, transitórios, provisórios e efêmeros. Quem faz retórica analítica deve ter consciência de que seus

²⁹⁸ GILL, Rosalind. Análise de discurso. In: BAUER, Martin W., GASKELL, George (orgs.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, p. 244-270, 2008, p. 246.

²⁹⁹ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991, p. 179.

relatos são passageiros, construídos dentro de certo espaço de tempo e sob influência de suas intempéries. A “parcialidade” das análises não significa o contrário de imparcial. Ainda que a retórica desconfie de neutralidades, as escolhas devem ser justificadas, elas não são naturalmente neutras. A expressão significa que os relatos são temporários, precários e podem mudar conforme a análise seja realizada.

6. Finalmente, a retórica analítica convive com a **possibilidade de reprodução, acumulação e generalização dos resultados**. Apesar de não se pretender geral, é natural que produtos finais de uma análise retórica tendam a assumir a característica da generalização. O conhecimento científico somente alcança esse *status* depois de provado, comprovado e reproduzido, assim ocorrendo em vários campos cognitivos, não haveria de ser diferente no Direito. É exatamente nesse momento que a análise retórica do direito atua como “ciência do direito”. Não há equívoco na afirmação de que o conhecimento produzido na associação entre análise retórica e direito possui natureza científica, ou que a análise retórica representaria a essência da expressão “ciência do direito”, ao revés da dogmática jurídica tradicional. O direito **não é** uma ciência porque prediz normas e leis ou porque se assenta em dogmas constituídos das mais variadas formas, ou justificados por razões distintas, assim pouco se diferenciaria de outros subsistemas normativos. Se existe uma “ciência do direito”, ela não se encontra próxima da noção de dogmática jurídica tradicional. A cientificidade do direito se desenvolve pela capacidade de investigar se os eventos sociais se conformam com a dogmática jurídica.

E, como todas as ciências atualmente, a dos juristas não se sustenta em certezas, mas em incertezas. Daí ser “claramente incompatível com a natureza da ciência empírica contemporânea, que tem como uma de suas notas básicas o princípio da incerteza, procurar-se atribuir a uma ciência do direito princípios certos e acabados”³⁰⁰. A dissociação entre **dogmática jurídica tradicional** e **ciência do direito** fica mais evidente a partir da retórica analítica. Uma posição analítica favorece o reconhecimento dos níveis de estruturação e de organização do conhecimento jurídico ao mesmo tempo em que age na produção de relatos científicos sobre o funcionamento da dogmática do direito. Esses relatos serão utilizados pela dogmática para aperfeiçoar suas metodologias, os quais mais

³⁰⁰ SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**: uma visão substantiva. 3ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 209.

adiante voltarão a ser objeto de outra analítica, pois o processo estabelecido entre esses dois níveis retóricos é cíclico e interdependente³⁰¹.

4.1.4 – A pitanêutica pretendida nesta tese será orientada para uma análise, aproximando-se da estilística apenas para se aproveitar dos princípios analíticos dela: porque pitanêutica e estilística não se confundem.

É necessário situar o espaço da metódica pitanêutica.

Não cabe problematizar o uso da expressão “metódica” como um sinônimo para retórica analítica, e nem desta com a metodologia desconstrutivista. Essa discussão pode ocupar outro momento, muito embora essa não seja uma aproximação arbitrária³⁰². A metódica pitanêutica representa um método de desconstrução realizada com o objetivo específico de encontrar marcas linguísticas deixadas pelo sujeito-utente ao longo da construção de um signo. A maneira como o ser humano se expressa reflete sua personalidade, seu caráter, sua relação com o mundo. Os tipos de metáforas mais frequentes em determinado texto evidencia como o jurista pensa o direito, isso reflete suas crenças e seus ideais.

A metódica pitanêutica procura descrever o **estilo** de determinada pessoa, de uma instituição ou de uma época. Apesar de tantos desencontros conceituais, o estilo é uma marca pessoal deixada na linguagem por alguém que se expressa, uma forma personalizada que as pessoas possuem ao se comunicar. O termo “estilo” é aqui utilizado no mesmo sentido daquele em “o estilo de Machado é realista, o de Álvares de Azevedo é romântico”. Conceituações e definições necessárias ao desenvolvimento desta parte da tese já foram lançadas no segundo capítulo, aqui importa demarcar os métodos competentes em encontrar estilos.

Como visto antes, essa tarefa a retórica divide com a estilística, guardadas algumas diferenças. A estilística despontou como disciplina da linguística no final do século XX, como um dos resultados dos estudos de Saussure. Coube a Charles Bally, tributário das ideias de Ferdinand de Saussure, traçar inicialmente os fins da nova disciplina, atualmente

³⁰¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

³⁰² *Idem*, p. 39 e p. 43-45.

centrados em “estudar o conjunto de recursos expressivos da língua, que tem a função seja de manifestar os sentimentos do falante, seja de atuar sobre os outros”³⁰³.

Apesar de filha da linguística, a estilística tem reclamado um espaço próprio de investigação, a ponto de ser concebida como ciência. A toda evidência, autores assumem que não “se logrou ainda um método rigoroso que assegure sua condição de ciência e o seu objeto não está satisfatoriamente delimitado”³⁰⁴. Como também comentado, esse problema é reiteradamente apresentado como um dos obstáculos das ciências sociais em geral: a ausência de método compilado. Parece que a retórica analítica procura superar esse problema, notadamente por partir da ideia contemporânea de **construção do pensamento**: se não existem métodos e metodologias pré-moldadas, elas devem ser construídas. Os métodos e as metodológicas são aquilo que a análise retórica diz que são.

Além do problema metodológico, há um segundo obstáculo a ser superado pela estilística em busca da cientificidade, qual pode resumido na seguinte questão: o que a estilística procura exatamente? Quais as missões da estilística? A quantidade de evidências deixadas pelos utentes na construção do discurso impõe a necessidade de escolhas analíticas, mas nem tudo pode ser analisado. Joaquim Mattoso Câmara Júnior identifica esse problema ao associar a linguagem à função psíquica, representativa da “realidade”. Ocorre que o falante se encontra sempre tocando o sistema linguístico, o falante deseja irremediavelmente influenciar no sistema para persuadir pessoas. De modo indireto, os falantes influenciam a constituição da “realidade”, seja através do uso apelativo da língua, da motivação sonora usada nos discursos (a entonação), seja pelo uso de sufixos, de sinonímias, da flexão verbal, da colocação de pronomes átonos, cada qual carregando seu valor expressivo próprio.

Para Joaquim Mattoso Câmara Júnior, as missões da estilística seriam três:

- 1) caracterizar, de maneira ampla, uma personalidade, partindo do estudo da linguagem; 2) isolar os traços do sistema linguístico, que não são propriamente coletivos e concorrem para uma como que língua individual; 3) concatenar e interpretar os dados expressivos, determinados pela *Kundgabe* e pelo *Appell*,

³⁰³ FIORIN, José Luiz. **Em busca do sentido**: estudos discursivos. São Paulo: Contexto, 2008, p. 93.

³⁰⁴ MARTINS, Nilce Sant’anna. **Introdução à estilística**: a expressividade na língua portuguesa. São Paulo: T.A Queiroz Editor/EDUSP, 1989, p. 22.

que se integram nos traços da língua e fazem da linguagem esse conjunto complexo e amplo da *enérgeia* psíquica³⁰⁵.

Seguindo a mesma tradição, consolidada na aproximação entre estudos estilísticos e a doutrina da expressividade linguística, Nilce Sant'anna Martins visualiza dois segmentos para a estilística: um que toma o fenômeno do estilo com algo ensimesmado, e outro que possibilita a visita ao sujeito. Segundo ela, a estilística é campo para o estudo da citação do discurso alheio e do uso expressivo dos pronomes de tratamento³⁰⁶, i.e., ambos os recursos linguísticos bastante utilizados no cotidiano dos juristas.

Aliás, dificilmente se conhecerá uma petição ou um julgado que não faça referência a uma doutrina ou a outro julgado. A maneira como os juristas se tratam no cotidiano é objeto desse segundo segmento da estilística que aqui tanto interessa: o disfarce de pronomes de tratamento como "vossa excelência", "excelentíssimo senhor ministro" os quais, ao lado de moduladores como "*data vennis*", assumem relevante papel de construir a ideia de que o direito é um local civilizado, no qual pessoas discutem "racionalmente" suas pretensões, sempre respeitando o direito alheio, por exemplo.

Contudo,

O mais importante fator de afetividade é certamente o emprego da linguagem figurada, seja da metáfora e da metonímia, em que as palavras assumem um sentido mais afastado do significado fundamental, seja das figuras de construção e pensamento (metataxes e metalogismos, cf. a *Retórica Geral*) em que as palavras envolvidas assumem um relevo ou conotação especial. Observe-se que é praticamente impossível delimitar o valor expressivo das figuras apenas à palavra: mesmo que, em certas metáforas, a expressividade se concentre em determinada palavra, ela só é apreendida pela relação sintático-semântica dessa palavra com outras³⁰⁷.

Não cabe voltar às justificativas pela escolha de metáforas na análise retórica desenvolvida nesta tese, esse assunto foi suficientemente discutido. Cumpre colocar as diferenças entre retórica (analítica) e estilística, bem como sugerir uma **agenda de trabalho** como método para a metódica pitagórica. Os laços nítidos mantidos entre estilística e retórica possuem natureza histórica: a estilística possui raiz na retórica antiga, embora tenha surgido apenas no século XX. O interesse pelas funções referencial, emotiva

³⁰⁵ CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. **Contribuição à estilística portuguesa**. 3ed. Rio de Janeiro: Ao livro técnico, 1978, p. 15.

³⁰⁶ MARTINS, Nilce Sant'anna. **Introdução à estilística**: a expressividade na língua portuguesa. São Paulo: T.A Queiroz Editor/EDUSP, 1989, p. 22.

³⁰⁷ *Idem*, p. 90-91.

ou conotativa da linguagem a estilística herdou da retórica clássica, por meio da linguística. A aproximação com a retórica explica o caráter plural e multidisciplinar com que a estilística desenvolve-se.

Alguns teóricos da estilística, herdeiros da tradição de Charles Bally como Nilce Sant'anna Martins, não enxergam a dimensão três da retórica. Este é o ponto cego de seus argumentos, razão da crença de que a retórica é sempre normativa e a estilística somente descritiva. Se essa diferença entre estilística e retórica é legítima para as retóricas existencial e prática, nunca será para a analítica, também pretensamente descritiva. E, mais: a retórica três se organiza a partir de cada um dos três elementos da comunicação (utentes, objetos e signos), os quais se combinam e totalizam 09 (nove) maneiras de conduzir a análise retórica. É exatamente na metódica pitanêutica (utente-signo) que a retórica analítica se aproxima da estilística. Isso significa que a retórica analítica é mais geral que a estilística e, embora se pense que a dimensão pitanêutica da retórica analítica seja análoga à estilística, há diferenciações sutis.

As diferenças são: 1. Como a estilística é influenciada pela linguística, ocupa-se em descrições da comunicação realizada pela língua humana (linguagem falada ou escrita), a retórica analítica pode ser utilizada para qualquer expressão comunicativa (linguagem, pintura ou gestos, i.e); 2. A descrição na estilística tem ares de neutralidade, preocupação que não aflige a retórica analítica; 3. A estilística acredita que suas análises descrevem um estilo, descobrem algo que já existe. A retórica analítica tem consciência que seus relatos são parciais, também são construções que igualmente podem ser alvo de posterior análise. Os relatos da retórica analítica nada descobrem, apenas constroem precariamente um ambiente comunicacional temporário.

Apesar das diferenças, tanto a metódica pitanêutica quanto a estilística podem obter vantagens com essa proximidade empírica, desde que essas distinções estejam claras em qualquer análise.

Agora, a **agenda de trabalho** de uma metódica pitanêutica, inclusive a partir da experiência oriunda da estilística. Os próximos dois subcapítulos se constituem na construção do *corpus* de pesquisa, etapa fundamental para a análise retórico-pitanêutica. O subcapítulo 4.2 tratará da etapa de identificação do utente da relação pitanêutica, justificando-se e legitimando-se a escolha pelo Supremo Tribunal Federal, bem como

evidenciando a importância do controle de constitucionalidade abstrato no plano da significação (criação de “sentidos” e de “significados” dos signos). No subcapítulo 4.3 busca-se justificar os motivos que levaram esta tese a escolher o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como expressão simbólica a ser analisada. O ordenamento jurídico será analisado a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o PDPH substitui o ordenamento numa operação metonímica extremamente funcional, sob o ponto de vista linguístico. Na realidade, a escolha pelo PDPH é intencional, pois as decisões sobre dignidade da pessoa tendem a mexer com significados e valores implícitos na ordem jurídica como será demonstrado (4.3). Além do mais, a escolha pelo PDPH decorre do fato desse princípio apresentar-se como um princípio indeterminado, cuja determinação é construída para cada caso.

Depois que o *corpus* de pesquisa estiver “definido”, parte-se para as etapas da análise retórica propriamente dita, apresentadas mais adiante (capítulo quinto).

4.2 – O Supremo Tribunal Federal na dimensão pitanêutica e a função de controle de constitucionalidade como procedimento legitimador da significação.

4.2.1 – As posições do Utente em relação ao discurso: lugares enunciativos e estados físicos da comunicação.

Neste subcapítulo se abordará a condição do Supremo Tribunal Federal como utente na dimensão pitanêutica, especificamente no exercício do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Inicialmente, problematizam-se os significados de “sujeito” a partir da comunicação linguística em geral para depois se tratar do STF como sujeito dentro do sistema linguístico específico representado pelo direito.

Duas são as categorias em que se situam os sujeitos, em cada uma delas outras duas posições são possíveis, as quais podem se combinar para desempenhar funções sintáticas distintas. **Em relação aos lugares enunciativos**, ou seja, em relação à posição do sujeito frente ao discurso, diz-se que o sujeito coloca-se externa ou internamente. **Em relação ao estado físico da comunicação**, o sujeito atua ativa ou passivamente.

Na **posição externa** do discurso, o sujeito assume o compromisso de falar de um discurso, afastado, tanto quanto possível, do objeto observado. É a posição ideal para a execução de uma retórica analítica como a intentada aqui nesta tese. Nesta posição, o

sujeito age como emissor, locutor ou autor de determinado discurso. Em qualquer dessas condições, o sujeito procura descrever situações sem envolver-se com elas. Na **posição interna** do discurso, o sujeito fala, ou seja, discursa. Nessa posição, o discurso deixa de ser discurso-objeto e passa a ser discurso-ação, o sujeito se comporta como enunciador, narrador, ou como autor modelo³⁰⁸. Reconhecer essas posições não é tarefa fácil porque quando se fala (externamente) de um discurso, pratica-se outro discurso, embora seja um discurso diferente daquele que é observado. Essas posições do sujeito guardam íntima relação com método, metodologia e metódica, cada um desses termos exaustivamente tratados.

A retórica analítica se favorece do plano físico da comunicação. Em todas as relações analíticas é possível observar um elemento da comunicação agindo sobre outro. No caso do sujeito, ele se situa de duas formas: **como sujeito ativo** ou **como sujeito passivo**³⁰⁹. Na primeira forma, o sujeito é agente: ele realiza uma ação; na segunda, a ação é realizada sobre o sujeito. Em termos mais retóricos, diz-se que o sujeito influencia – e constitui – o signo ou um objeto, e é constituído por eles. É neste sentido que se fala em sujeito ativo ou passivo.

Evidente que todas essas separações e classificações são possíveis apenas teoricamente. Na prática, o sujeito é agente e paciente (faz e recebe ações), atua interna e externamente (descreve e prescreve). Se a relação comunicacional pudesse ser representada como símbolo, provavelmente seria simbolizada por um círculo, dificilmente por uma linha reta. A metáfora do círculo, bastante recorrente na linguagem, significa que, 1. O estudo separado de cada uma dessas posições (interna/externa ou ativa/passiva) é realizado a partir de pressupostos analíticos, não se pode estudar sem recortes, não se consegue estudar tudo; 2. O resultado do estudo é parcial, por melhor que seja o relato, não se pode esquecer que outras variáveis foram estrategicamente afastadas.

É exatamente isto que faz esta tese: separa as variáveis diante da complexidade de analisar todas, sem, contanto, ignorá-las.

³⁰⁸ MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das Letras, 2008, p. 34-55.

³⁰⁹ Essas formas nada têm a ver com a construção da frase na voz ativa ou passiva, não é disso que se fala. A construção de uma oração na voz passiva ("O processo foi julgado pelo Tribunal" ao invés de "O Tribunal julgou o processo") é apenas uma opção sintática, assunto não abordado neste trabalho.

O sujeito escolhido aqui se encontra colocado dentro do discurso, submerso ativamente na constituição dele, discurso, e não alijado dos processos de comunicação representados pela posição interna. Esta tese se interessa pela função enunciativa realizada pelo Supremo Tribunal Federal ao decidir questões judiciais sob sua jurisdição; interessa-se pela influência do tribunal sob a “ordem jurídica brasileira”. A noção de sujeito associada ao estado físico da comunicação permite enxergar o STF como utente-agente capaz de realizar uma ação, interferir no “mundo do direito”. O sujeito assim posicionado, interna e ativamente, afasta-se da ideia de ser somente um produto do sistema ou da história.

Sabe-se que tanto o sistema como a história são locais de constituição do sujeito. Enquanto locais, não cabe analisá-los isoladamente. Mesmo porque, se o processo de significação (constituição do sistema linguístico) se baseasse apenas em regras expedidas pelo sistema da linguagem, dificilmente as metáforas, as metonímias ou as polissemias poderiam ser explicadas. Ou ainda, se o processo de significação dependesse apenas da história, evitar-se-iam o novo e as mudanças frequentes da linguagem e do direito. A noção de sujeito usada neste trabalho objetiva conciliar a tensão provocada pela influência do sistema e pela influência da história, sem causar um distanciamento total ou uma submissão escravista³¹⁰.

Os argumentos sistêmicos e históricos justificam a escolha de uma análise retórica que parte de um sujeito-utente retirado do Poder Judiciário (=STF). Certamente, o direito não se encontra apenas em construções processuais. Atos da administração pública, contratos de *leasing* e o cumprimento espontâneo da lei são exemplos de manifestações jurídicas. Levando o problema para o processo, reconhecem-se advogados, partes, serventuários, promotores e testemunhas como sujeitos potenciais de qualquer metódica pitanêutica, afinal todos auxiliam na construção da “realidade jurídica”. Quando um causídico argumenta sobre a não incidência da contribuição para fins sociais (COFINS) sobre os honorários de sua sociedade advocatícia, ele restringe a hipótese tributária, tocando nos conceitos de “isenção” e de “imunidade”. Quando um promotor pede a condenação pelo estupro de vulnerável, ele dá sentido aos significantes “estupro” e “vulnerabilidade”, contudo a decisão final cabe ao judiciário³¹¹. Em resumo, as questões a

³¹⁰ MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das Letras, 2008, p. 33-55.

³¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. RE 377.457-3. Antônio Glênio F. de Albuquerque & Advogados Associados e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (assistente

serem respondidas aqui são: a) por que a escolha pelo judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal na posição de sujeito-utente? e b) por que realizar retórica analítica em decisões exaradas na jurisdição constitucional, representada pelo controle de constitucionalidade abstrato?

Essas perguntas guardam íntima relação com esta tese. Contudo, como precisam ser respondidas isoladamente, elas serão afastadas, enfrentadas e depois novamente reunidas, para daí preparem a discussão para um segundo problema, a construção do *corpus* de pesquisa (capítulo quinto). Em relação à escolha pelo Supremo como sujeito-utente, as justificativas estão organizadas entre **argumentos sistêmicos e históricos**. Como dito antes, história e sistema são locais de constituição do sujeito, auxiliam a justificativa.

4.2.2 – Argumentos sistêmicos e históricos juntos justificam a opção pelo Supremo Tribunal Federal como utente da retórica analítica pitanêutica.

A escolha pelo Supremo como sujeito-utente se justifica pelos seguintes argumentos sistêmico-históricos: a natureza pública do processo judicial, a insubordinação do STF a controles fora do judiciário, a probabilidade das decisões em controle abstrato se tornarem coisa julgada, a crença popular de que o judiciário representa a moral pública. Em relação ao argumento da **natureza pública do processo**, é cediço que o judiciário representa o *munus* público, constitui-se numa das três funções do poder político brasileiro, sem se reduzir somente ao julgamento. Apesar da força persuasiva de discursos advocatícios e do Ministério Público, o *jus decidendi* pertence ao judiciário que o exerce inclusive por meio da jurisdição constitucional. Escolher um órgão do poder judiciário para a posição de sujeito-utente da relação pitanêutica significa se afastar de questiúnculas privadas, cujo acesso e a abordagem seriam fatalmente questionadas.

E mais, jurisdição é poder. A decisão judicial realiza jurisdição. Por meio de atos instrumentais e atos de vinculação, o magistrado conduz o processo para então decidir. Os atos resultantes dos poderes vinculativos não permanecem dentro do processo,

processual) contra União Federal (Procuradoria da Fazenda Nacional). Relator Ministro Gilmar Mendes. *In: Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: DJe 241, Ementário 2346, divulgado em 18.12.2008, DJ 19.12.2008, p. 102.

ultrapassam os limites da querela individual³¹². Além do que, as decisões emanadas por órgão jurisdicional possuem imperatividade, **não se sujeitam a nenhuma forma de controle externo**, como ocorre com os atos administrativos e legislativos. Enquanto os atos públicos emanados pelo poder executivo e pelo poder legislativo podem ser questionados judicialmente, os atos judiciais dificilmente são controlados por decisões administrativas ou legislativas. A propósito, Daniel Francisco Mitidiero lembra:

[...] mesmo nos casos de *indulto* e *anistia*, atos não jurisdicionais, não há violação da coisa julgada. O Estado, nestes casos, titular do *jus puniendi* reconhecido por decisão judicial, *renuncia* a esse Direito³¹³.

Outro argumento para a escolha das decisões judiciais frente às demais do poder público é que as decisões oriundas do poder judiciário se encontram na condição de potencial imutabilidade, podem alcançar o *status* de coisa julgada, ao lado do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, segundo a Constituição Federal. Isso lhe ratifica a importância em detrimento a tantas outras espécies de atos públicos. Alcançada a imutabilidade, a decisão exarada por órgão judicial fornece segurança necessária à análise, eis que não será constrangida por modificação ulterior.

A regra da imutabilidade apenas é questionada diante do especialíssimo fato da coisa julgada material se fundar em lei posteriormente declarada inconstitucional. Há julgados admitindo a interposição da ação rescisória, dividindo a doutrina processual brasileira³¹⁴. A defesa da imutabilidade mesmo diante dessa especial situação é constituída por diferentes argumentos, tais como a indispensabilidade da coisa julgada como elemento de afirmação do estado, o direito fundamental à coisa julgada, a formação da segurança jurídica, além da sustentação pragmática de que:

A retroatividade da declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada é um verdadeiro atentado contra a existência de discurso jurídico. Na verdade, a coisa julgada é uma regra forma do discurso jurídico, cuja fundamentação é

³¹² CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. Roma: Del Foro Italiano, 1956, v.2, p. 190.

³¹³ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 83.

³¹⁴ Por exemplo, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário. ED-RE 328.812-1. Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos contra Instituto Nacional do Seguro Social. Relator Ministro Gilmar Mendes. *In: Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília: DJE 078, Ementário 2317, divulgado em 30.04.2008, DJ 02.05.2008, p. 108.

pragmático-transcendental, apresentando-se, desta forma, como uma condição de possibilidade do discurso jurídico³¹⁵.

Finalmente, a escolha que esta tese fez por analisar decisões judiciais em detrimento de todas as outras decisões públicas decorre da **crença no judiciário como representação da moral pública**. A crença se sustenta historicamente a partir das modificações de paradigmas trazidos pelas ideias iluministas de liberdade, fraternidade e igualdade, posteriormente expressadas nas leis por meio de expressões como “moralidade”, “boa fé”, “honestidade”. Essas expressões parecem representar uma “moral racional”, embora comportem tanto posições bastante tradicionais quanto inclinações judiciais progressistas. Afirma-se uma carência social geral por instâncias morais, zonas éticas em que se estabelecem “o correto”, “o justo” e o “proporcional” i.e; locais que vão sendo ocupados pelo judiciário, legitimado pela confiança popular. Ingeborg Maus expõe todas essas questões com argumentos bastante convincentes. A autora objetiva demonstrar como o judiciário se transformou no superego da sociedade³¹⁶.

O sistema jurídico cuidou de estabelecer regras funcionais competentes para controlarem os discursos, os embates e os direitos mínimos dos interessados. Tudo isso supervisionado, na prática, por um terceiro “neutro”, “absolutamente imparcial”. O direito de petição, as regras de prescrição e de decadência, os prazos processuais preclusivos e a própria coisa julgada material são exemplos dessas regras bastante funcionais.

Como não é objetivo desta tese questionar nenhuma dessas crenças na justiça ou sequer investigar suas motivações – mas, apenas utilizá-las como argumentos para a escolha do judiciário como sujeito-utente da análise retórica –, acredita-se que todas elas justificam a opção metodológica feita aqui, como também apontam para o Supremo como órgão legítimo para ocupar a posição de utente. Ingeborg Maus define:

O infantilismo na crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional uma retificação de sua própria postura frente às questões que envolvem a cidadania³¹⁷.

³¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

³¹⁶ MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade- sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Nº 11. Recife: UFPE Ed., p. 125-156, 2000, p. 125-156.

³¹⁷ *Idem*, p. 135.

E, acrescenta:

Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, ele atua menos como “Guardião da Constituição” do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autorreferencial³¹⁸.

Além do argumento de que o judiciário se coloca como representante da sociedade atual, garantindo a redenção de uma “moral social racional”, ele assume a função de controlar os demais poderes. Trazendo a discussão para o exemplo brasileiro, que não é tão diferente de tantos outros ordenamentos jurídicos, o Supremo Tribunal Federal ocupa local de destaque. Importantes processos sob sua jurisdição guiam a trajetória política brasileira. Por um lado, podem chegar ao Supremo todo e qualquer processo que envolva interpretação da Constituição, ainda que incidentalmente, pela via especial do recurso extraordinário (CF, artigo 102, III); por outro lado, sua competência originária desfila várias ações que somente nessa corte podem ser propostas, inclusive como instância única e última. As ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal possuem natureza política evidente, revelando a importância das decisões exaradas por essa corte (CF, artigo 102, I).

A Corte não julga somente jurídica, mas politicamente também. A natureza política das querelas é um marca das ações submetidas à jurisdição constitucional. Aliás, se toda decisão é uma escolha política, isso fica mais claro nas demandas que envolvem interpretação constitucional. No caso do Supremo, sua jurisprudência possui notável influência sobre os demais tribunais e a sociedade em geral.

Por exemplo, nem mesmo os mais céticos ou os mais críticos sobre o funcionamento ou sobre a funcionalidade da súmula vinculante não discordam da importância desse instrumento de poder. Seguindo essa mesma linha de raciocínio, notam-se autores criticando o Supremo Tribunal Federal porque julgou assim e não assado, questionando sua legitimidade como tribunal e até imputando-lhe “contribuições ativas

³¹⁸ MAUS, Ingebord. O judiciário como superego da sociedade- sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**. Nº 11. Recife: UFPE Ed., p. 125-156, 2000, p. 139.

para as crises de instabilidade do Brasil³¹⁹. Algumas decisões da corte são margeadas por descontentamentos. O tribunal convive com desacordos sobre eficiência, contudo muito dificilmente algum desses discursos negaria a importância do Supremo Tribunal Federal.

Dito tudo isso, é hora de colocar o problema da análise retórica se utilizar de decisões judiciais em controle abstrato de constitucionalidade. Aqui serão tratadas as vantagens desse procedimento especial para a retórica analítica.

Inconstitucionalidade quer dizer incompatibilidade, no caso, da lei ou do ato público com a Constituição. O processo para se reconhecer tal fenômeno faz daquele um objeto, ao passo que a Constituição se torna o parâmetro. Pode-se dizer que a noção de controle de constitucionalidade das leis e atos públicos em geral está associada a um conjunto de fatos históricos e políticos, não necessariamente relacionais entre os diversos países, merecendo destaque o reconhecimento do Estado na Idade Moderna e a colocação da Constituição como *Lex fundamentalis*³²⁰. Apesar da expressão “constituição” não designar as mesmas coisas nos diversos países e na história de cada um deles, o termo possui raízes nas normas de organização comunitária, um documento capaz de traduzir o “espírito político comum”³²¹.

Provavelmente a revolução francesa seja o marco histórico ideal para a associação dos termos “Constituição”, “rigidez”, “controle”, “Estado” e seus equivalentes semânticos. A ideia de poder constituinte originário, expressão simbólica de poder soberano, autônomo, ilimitado e inicial, conferiu “superioridade e permanência formais a determinada categoria de regras, imprimindo na superfície jurídica estatal dupla categoria de normas: a constitucional e a ordinária”³²². Escrevia-se na história uma **hierarquia formal** de leis, cuja noção já se encontrava anteriormente traçada. A diferença estava na exigência de um órgão especial capaz de revisar a Constituição, adequando-a às necessidades futuras, com respeito a essa hierarquia constitucional e a superlegalidade “inata” das leis constitucionais.

³¹⁹ LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Contribuições do Supremo Tribunal Federal para a instabilidade do Brasil** - estudo de casos. Tese (Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2000. Toda tese, principalmente o Capítulo 04 (Crise Ética e Institucional) e o Capítulo 06 (Posicionamentos do STF. Estudo de casos).

³²⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 121-123.

³²¹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 11-15.

³²² HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 126.

Todos esses fatos justificam metáforas como *Lex major*, *Lex fundamentalis* e *magna carta*, por exemplo.

Ao lado do espírito pragmático que reclama a possibilidade de revisão constitucional, havia questões políticas que estavam em jogo. Na França, por exemplo, Raul Machado Horta dá conta de discussões travadas na Assembleia Constituinte de 1791 as quais tinham como ponto de divergência o tempo em que o texto deveria permanecer inatingível antes de ser alvo de modificações. “A ortodoxia constitucional confundiu-se com ortodoxia política”³²³ – sentencia Raul Machado Horta –, lembrando que a Constituição americana em 1787 foi efetiva em relação à intangibilidade restrita e temporária, vedando expressamente que até 1808 não fossem alvo de emenda as cláusulas 1ª a 4ª, 1º artigo³²⁴.

Para alguns, teria sido o *amending power* o responsável pela viabilização do pacto constitucional do qual resultou os EUA. Marcello Cerqueira recorda que o grande obstáculo trazido nos documentos de 1776-1787 era a representação dos Estados no governo central. A Convenção da Filadélfia (1787) propôs um legislativo unicameral composto por representantes de cada Estado distribuídos segundo o critério proporcional da população. Os Estados menores se viram em desvantagem, propondo o plano de Nova Jersey como alternativa. Nesse plano, mantinha-se a configuração geral contida na Convenção da Filadélfia, contentando três alterações: o legislativo bicameral ao invés de unicameral, a Câmara permaneceria conforme proposto no documento da Filadélfia, porém o Senado seria composto por dois representantes de cada Estado, independentemente do número populacional, e a terceira alteração, ainda mais significativa, a intangibilidade da cláusula garantidora de igual representação dos Estados no Senado³²⁵. A Constituição brasileira de 1891, sob forte inspiração norte-americana, estipulava no artigo 90, §4.º que:

³²³ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 128.

³²⁴ Constituição Americana (1787), artigo 5.º - *Amendments*. “*The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate*”.

³²⁵ CERQUEIRA, Marcello. Revisão, reforma constitucional e plebiscito. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, p. 116-148, 2003, p.130-131.

Não poderão ser admitidos como objeto de deliberação, no Congresso projetos tendentes a abolir a forma republicada federativa, ou a igualdade de representação dos Estados no Senado.

O discurso teleológico das cláusulas intangíveis reúne até hoje vários constitucionalistas, os quais veem esses dispositivos como um “defeito de uma Constituição”, constatando que “quando se tornam inconvenientes, a alteração torna-se mais difícil”³²⁶. As cláusulas intangíveis são tidas como limitadores do princípio democrático da soberania nacional. Essa discussão existente é importante, mas não faz parte dos princípios desta tese. Interessa registrar que ao lado da discussão sobre emenda, não-emenda e intangibilidade, nasce o debate sobre quem teria legitimidade para controlar o poder de emenda, o qual não poderia ter os mesmos atributos do poder constituinte originário. O **poder constituinte de revisão** possui natureza derivada, os limites de alteração se encontram previstos no próprio poder constituído. Assim, por certo, algum órgão precisaria ser designado para funcionar como “Guarda da Constituição” – expressão metafórica utilizada inclusive em textos constitucionais³²⁷.

A França provavelmente foi o país que mais experimentou modificações no âmbito de sua justiça constitucional. O primeiro órgão designado para realizar controle de constitucionalidade de leis foi o *Sénat Conservateur*, órgão de natureza política composto por personalidades indicadas. Essa assembleia teria colhido insucessos devido à maneira de composição: revelou-se uma “casa de conformidades” da Constituição aos desejos de Napoleão Bonaparte; pouca ou quase nenhuma eficiência contra os atos imperiais, o que colimou com a imposição de um regime cesarista. O Senado Conversador foi sucedido, nessa tarefa de guarda constitucional, pelo *Comité Constitutionnel*, pelos juízes da justiça comum, e depois, pelo *Conseil d’Etat* até chegar ao *Conseil Constitutionnel* adotado atualmente desde 1958 que “marca o surgimento do controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade das leis na França”³²⁸. Registre-se que a reforma constitucional de 2008 introduz o controle de constitucionalidade pela **via difusa**, convidando juízes a reconhecer a inconstitucionalidade no caso concreto.

³²⁶ COLLEY, Thomas. **Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Rodrigo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006, p. 34.

³²⁷ CF88, “Artigo 102 – Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, **a guarda da Constituição**, cabendo-lhe: ...” (g.n).

³²⁸ COSTA, Thales Morais da. Justiça constitucional. In: COSTA, Thales Morais da (coord.). **Introdução ao direito francês**. Curitiba: Juruá, Vol.1, p. 139-194, 2009, p. 144.

O controle político na França foi sucedido, no plano histórico, pelo controle jurisdicional. Alguns países como a Suíça adotam um sistema misto, exatamente porque “submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional”; lá, “as leis federais ficam sob controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional”³²⁹. No caso do controle jurisdicional, os Estados Unidos da América foram palco para as mais variadas discussões, antes de ser aprovado que a Suprema Corte obtivesse o poder de interpretação da Constituição. Alexander Hamilton não via como poderia o legislativo, órgão responsável pela criação das leis, exercer o poder de interpretação constitucional, ironizando:

De um órgão que pode ser até responsável pela aprovação de leis defeituosas, dificilmente se poderia esperar uma disposição para ajustá-las ou moderar-lhes a aplicação. O mesmo espírito que predominou em sua elaboração estaria presente quando da interpretação; seria ainda menos provável que homens que infringiram a Constituição, no papel de legisladores, estivessem dispostos a reparar seus erros quando investidos do papel de juízes³³⁰

Esse cenário foi fecundo para o desenvolvimento de uma teoria de controle da constitucionalidade respaldada no poder judiciário como intérprete último da Constituição. Os americanos vislumbraram que no caso concreto se poderia perceber a incompatibilidade material entre leis infraconstitucionais e a Constituição, cumprindo aos juízes – e, em última instância, a Suprema Corte – a decisão final. O exemplo mais significativo trazido pela doutrina é o caso *Marbury vs Madison* julgado em fevereiro de 1803 pelo Juiz Marshall³³¹.

Regimes parlamentares como na Alemanha e na Áustria pareciam conflitar com as primeiras ideias de controle de constitucionalidade surgidas nos Estados Unidos. De certa forma, houve uma perda de poder do legislativo para o judiciário, inadmissível naquelas estruturas de organização do Estado. Os Tribunais Constitucionais, segundo Raul Machado Horta, teriam figurado “entre as criações mais sugestivas do constitucionalismo europeu do

³²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 49.

³³⁰ HAMILTON, Alexander. Ao povo do Estado de Nova Iorque: o federalista nº 81. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. **O federalista**. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 2ed. Campinas: Russell, p. 487-495, 2005, p. 488.

³³¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 136.

pós-guerra de 1918, consubstanciaram forma original de controle revelada pelo regime parlamentar, para assegurar efetiva supremacia da Constituição³³².

Para uns, o guardião da Constituição deveria seria um terceiro, detentor de um “poder neutro” dentro de um estado pluralista, posicionado de forma coordenada em relação aos demais moderes democráticos, qualidades que apenas o Presidente do Estado reuniria, segundo as lições de Carl Schmitt.

O presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão e seus poderes políticos perante as instâncias legislativas (especialmente dissolução do parlamento do Reich e instituição de um plebiscito) são, pela natureza dos fatos, apenas um “apelo do povo”³³³.

Para outros, a guarda da Constituição competiria aos Tribunais Constitucionais, sujeitos ativos da jurisdição, capazes de confrontar uma lei abaixo com seu paradigma alto que é a Constituição, e, assim, verificar-lhe a conformidade como critério suficiente para declarar a condição de validade da legislação. Não apenas o Presidente do Estado, mas também o parlamento, seria responsável pela composição do Tribunal Constitucional com membros representantes do povo.

A Constituição de Weimar criou de fato não só o presidente do *Reich*, “eleito por todo povo”, mas também, e mesmo em primeiro lugar, o *Reichstag*, eleito por esse mesmo povo, e portanto aqueles sistema que Schmitt qualifica de “pluralista”. Se a Constituição institui o presidente como “contrapeso” ao *Reichstag*, é apenas porque coloca este último, e portanto o sistema “pluralista” que necessariamente vem ligado a ele, como “peso” no jogo das forças políticas³³⁴.

Os Tribunais Constitucionais não apenas ratificaram o controle jurisdicional de constitucionalidade, como inauguraram a tendência abstrata do processo. A conformidade – ou desconformidade – da legislação não é medida empiricamente, mas por deduções “lógico-sistêmicas”. O debate não se encerra aqui, teses e anti-teses são sustentadas por defensores e pelos opositores do controle judicial. Os defensores do controle jurisdicional, por sua vez, dividem-se entre a aplicação do controle pela via abstrata (controle de origem

³³² HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 149.

³³³ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. 4ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233.

³³⁴ Kelsen, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexander Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão, p. 237-298, 2003, p. 294.

européia, Tribunais Constitucionais i.e) e o controle aplicado pela via do controle difuso (controle de origem estadinudense).

No Brasil, convivem várias maneiras de controle de constitucionalidade. É possível imaginar o veto presidencial dentro do processo legislativo como uma forma executiva de controle. De igual sorte, a prerrogativa das Comissões de Constituição e Justiça dentro das casas legislativas as quais podem proferir parecer negativo quanto ao andamento de projeto de lei utilizando-se o argumento da inconstitucionalidade. Contudo, nesses casos, não sem tem lei ainda, mas mero “projeto” ou “proposta”. Esses são chamados de controles preventivos, exatamente porque o ato público ainda não se constituiu na íntegra, não ingressou no “mundo do direito”. O controle de constitucionalidade aqui é jurisdicional, herança norte-americana sob muita influência europeia. Nem por isso se deve dizer que aqui no Brasil haja um sistema misto de controle, “híbrido” ou “misto”, pois isso pode sugerir a (falsa) ideia de que o sistema brasileiro é uma mistura, e síntese ao mesmo tempo, de outros controles, quando na verdade existem duas vias distintas para realizar a mesma tarefa de controlar a constitucionalidade.

A história brasileira em relação ao controle de constitucionalidade de natureza jurisdicional começa a ser contada na Constituição de 1891, com a estipulação do controle incidental (artigo 59, 3, §1º, *a* e *b*). Com a Constituição de 1934, introduziram-se: 1) a noção de **cláusula de reserva de plenário**, com a necessidade de quórum de maioria absoluta para decretar a inconstitucionalidade por órgãos jurisdicionais colegiados, 2) a limitação do judiciário para julgar questões políticas, 3) a possibilidade de o Senado Federal emprestar efeitos *erga omnes* à decisão no caso concreto após ser comunicado pelo Procurador Geral da República e 4) a Representação Interventiva.

A Constituição de 1937 criou a necessidade do “Presidente da República de confirmar – tornando sem efeito julgado do STF que os declara inconstitucionais”³³⁵. Em 1946, a Constituição basicamente expurgou o autoritarismo da Constituição de 1937, amoldando-se conforme a Constituição de 34. A Constituição de 1946 desburocratizou a comunicação das decisões do Supremo ao Senado, antes intermediada pelo Procurador Geral da República. Foi durante a ordem constitucional iniciada em 1946 que foi aprovada a Emenda Constitucional nº 16/1965, introduzindo a Representação de

³³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 192.

Inconstitucionalidade, e, assim, inaugurando o controle de constitucionalidade abstrato. Outra Emenda Constitucional, dessa vez a EC nº 07/1977, criou a possibilidade de se obter judicialmente a interpretação de lei ou ato federal ou estadual frente à Constituição Federal (CF 1967, alterada pela EC 1/69), além da referência expressa aos órgãos fracionários com atribuições do Pleno dos Tribunais para decisão sobre inconstitucionalidade.

A Constituição Federal de 1988 e as importantes alterações legislativas desenharam o atual modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, extremamente complexo e com várias possibilidades de defesa da Constituição. Como exemplos, a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (EC nº 03/93), a ampliação no rol dos legitimados para interposição de ações abstratas e a súmula vinculante, modificações realizadas com a EC nº 45/2004, além da modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade. Apesar da antiga tradição, essas medidas reformistas, e outras em nível infraconstitucional, fazem com que o controle concreto se transforme cada vez mais em controle abstrato, para chegar a anunciada objetividade. Nessa modificação de contexto, as decisões sobre conflitos interpessoais, antes de eficácia *inter partis*, tendem a transcender seus efeitos, gerando efeitos *erga omnes*.

Uma retórica analítica precisa estar conectada a esses fatos históricos, atenta para todas as mudanças, para que sua análise não se veja obsoleta ou fora da “realidade jurídica”. A escolha pelas decisões em controle abstrato de constitucionalidade à análise retórica se dá pelos seguintes argumentos seguintes.

4.2.3 – Entre os tipos de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, porque a escolha por aquelas oriundas do controle abstrato de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal possui competência para julgamento de ações originárias, de recursos ordinários e de recursos extraordinários (CF, artigo 102). Segundo a Resolução STF nº 456, de 17 de fevereiro de 2011, entre ações originárias e recursos, a corte julga cinquenta e duas classes processuais diferentes³³⁶. Dessas competências, aquela de mais destaque é a de controle de constitucionalidade. Para os defensores do controle realizado pelo Poder Judiciário, deixar a fixação do sentido da Constituição a cargo

³³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno**: atualizado até fevereiro de 2012. Brasília: STF, 2012, p. 322-325.

dos políticos, “seria torná-la cambiante, sujeita às variações sentidas no meio político, o que serviria para enfraquecer a segurança do sistema jurídico”³³⁷.

O Brasil possui outras formas de controle de constitucionalidade além daquele exercido pelo Poder Judiciário. Entretanto, alguns doutrinadores acreditam que essas outras formas são apenas “resquícios de controle político”³³⁸, o controle de constitucionalidade exercido no Brasil possui teor jurídico. Por uma série de influências estrangeiras, o Brasil adotou as duas vias de realização do controle de constitucionalidade judicial: a via abstrata e a via difusa, cabendo algumas ponderações sobre os motivos que levaram esta tese a se interessar pela via abstrata.

Mesmo no controle difuso, há uma tendência de se objetivar o controle de constitucionalidade já existente na via concentrada. A objetivação do controle difuso vem do processo de abstrativização em que demandas concretas são transformadas em demandas abstratas. Alguns exemplos tornam claro o desejo do poder público em realizar tal intento, tais como as criações (i) de súmulas vinculantes, (ii) do requisito constitucional da cláusula de repercussão geral como condição de processamento do Recurso Extraordinário, ambos instituídos pela Emenda Constitucional 45/2004 e regulamentados pela Lei nº 11.417/2006 como também pela Lei nº 11.418/2006; (iii) a previsão de manifestação do Ministério Público, de pessoas de Direito Público responsáveis pela edição da lei impugnada e dos legitimados para ajuizamento de demandas abstratas (CF 1988, artigo 103) em caso de incidente de inconstitucionalidade (CPC, artigo 482); (iv) os artigos 518 e 557 alterados para comportar a súmula e a jurisprudência impeditiva de recursos; (v) a liminar em Recurso Extraordinário suspendendo processos subjetivos até decisão final do STF (Lei nº 10.259/2001, artigo 14, §5.º); e (vi) a “sentença vinculante” instituída pela Lei nº 11.277/2006 (CPC, artigo 285-A), são todos exemplos legislativos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também releva algumas situações em que decisões concretas são aplicadas *erga omnes*. O julgamento sobre a inconstitucionalidade da progressão de regime para crimes hediondos é um caso paradigmático. O STF firmou entendimento que, embora *incidenter tantum*, aquela decisão deveria ser observada por outros juízes e tribunais, isso ao afirmar que “a declaração

³³⁷ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 661.

³³⁸ *Idem*, p. 662.

incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data³³⁹. A referência às penas já extintas por certo não seriam àquelas em questão no processo específico, mas a de todos os pacientes que potencialmente poderiam se beneficiar com tal medida. Essa passagem sinalizou o efeito transcendental dessa decisão (*erga omnes*).

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal entendeu, através de sua composição plenária, que, em se tratando de *Habeas Corpus* requerendo a inconstitucionalidade da Lei dos Crimes Hediondos, poderia o relator monocraticamente decidir a querela, com base na decisão do HC 82.959-SP. Mais desta vez deram-se sinais dos efeitos transcendentais da decisão exarada no HC 82.959-SP³⁴⁰. A discussão sobre os efeitos transcendentais está simbolicamente representada pela Reclamação nº 4335-AC em que a Defensoria Pública do Estado do Acre requereu a progressão de regime de alguns apenados com base na decisão do HC 82.959-SP, sendo que o juiz das execuções penais negou o pedido. O fundamento da negação utilizada pelo Magistrado foi a de que o artigo 52, X da Constituição Federal de 1988 determina que apenas o Senado Federal pode suspender com efeito *erga omnes* a aplicação de uma lei declarada inconstitucional. Contudo, já se vê parte da doutrina defendendo a mutação do artigo 52, X da Constituição, a pretexto de que o Supremo pode suspender a lei ao declarar inconstitucional, competindo ao Senado “simples efeito de publicidade”³⁴¹.

Outra questão: há uma legislação específica do controle abstrato, mas não para o controle difuso. O controle de constitucionalidade abstrato possui legislação específica, representadas pela Lei nº 9868/99 que disciplina o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pela Lei nº 9882/99 que disciplina o procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, e pela Lei nº 12.063/2009 que estabelece o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Essas leis instrumentais servem de referência à

³³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. HC 82.959-SP. Oseas de Campos contra Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio de Melo. In: **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: DJE 040, Ementário 2245, DJ 13.03.2006.

³⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. HC 86.224-DF. Cinthia de Santana Santos contra Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. In: **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: DJ 119, Ementário 2238, DJ 23.06.2006.

³⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1140.

construção da decisão. Assim, permitem que a retórica analítica as utilize como paradigma desconstrutivista medindo a distância entre a previsão legal (teórica) e a aplicação no caso concreto (prática). Provavelmente essas legislações não limitam o tirocínio do julgador, o poder criativo na jurisdição é grande. Contudo, a liberdade seria ainda maior se não houvesse alguma legislação. No controle difuso, as regulamentações são escassas de modo que “não havendo lei que fixe e estabeleça o procedimento a ser seguido, a solução aqui oferecida encontra-se baseada na analogia”³⁴². Nesse sentido, há um espaço criativo no controle difuso ainda maior que no controle concentrado.

De mais a mais, as decisões no controle concentrando atingem mais pessoas: as decisões em controle abstrato tendem a interferir mais nitidamente no cotidiano social. Os efeitos de um reconhecimento de inconstitucionalidade ou da constitucionalidade se fazem sentir contra todas as pessoas submetidas de alguma forma à jurisdição brasileira. Apesar da objetivação do controle difuso, as decisões em controle concreto são *incidenter tantum*, por isso com capacidade menor de incidência (*inter partis*, apenas). Não haveria mal nenhum caso a retórica analítica fosse utilizada para verificar decisões em controle difuso. Contudo, a análise poderia ser questionada se não estaria problematizando situações casuísticas muito restritas. Para evitar tais questionamentos, o controle abstrato pareceu mais adequado.

O controle abstrato versa unicamente sobre a incompatibilidade da lei com a Constituição, esta é a questão de fundo. Ao contrário, as demandas de controle concreto não visam à discussão apenas da constitucionalidade ou da desconformidade da legislação. Nessas demandas também se discute mérito, ou seja, o embate constitucional é acessório em relação ao principal (mérito da ação). Ninguém pode garantir que a contenda resolvida por um juiz de primeiro grau ou tribunal inferior tenha repercussão em relação ao restante da sociedade, não se pode assegurar que a jurisdição constitucional difusa chegue ao Supremo Tribunal Federal. Há subordinação às regras processuais de admissibilidade recursal, entre as quais inclusive à da voluntariedade. Basta não atender a uma delas que o recurso não é conhecido e o processo não chega ao STF, finalizando a possibilidade de a decisão gerar efeitos *erga omnes*.

Outra vantagem do controle direto frente ao difuso é sua natureza abstrata. O processo não está ligado imediatamente a nenhum direito pessoal. Apesar das decisões em

³⁴² DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 448.

controle abstrato afetarem várias pessoas, não há possibilidade de intervenção de terceiros. O procedimento instituído pelas leis que disciplinam o andamento do processo concentrado proíbe expressamente a intervenção de terceiro, admitindo apenas a intervenção dos *amicus curie*. As decisões nessas demandas diretamente ajuizadas no Supremo são exaradas sem se ligar exatamente a uma ou outra pessoa, sem a pressão ou o casuísmo que naturalmente envolve as partes.

Registre-se ainda: no controle abstrato, as decisões não sofrem o constrangimento de serem modificadas por outra decisão posterior, ainda que do mesmo tribunal. As ações em controle abstrato são julgadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, composição máxima daquela corte. O único recurso que desafiam são os Embargos Declaratórios, utilizado para fins de esclarecimento, saneamento de alguma obscuridade ou contradição. Assim, essas decisões não podem ser alvo de contra-argumentos, tornando a jurisdição única e última, afastada dos constrangimentos próprios da "guerra processual".

O Controle de constitucionalidade representa uma forma de jurisdição criativa. O debate sobre a atividade criativa do juiz é antigo, assenta-se em várias posições. De um lado, os que negam completamente que os magistrados decidem criando o direito; de outro lado, os que defendam essa qualidade da função jurisdicional. O problema parece longe de ser resolvido, particularmente porque envolve desencontros semânticos, como i.e sobre a definição de direito, e a respeito do exercício interpretativo: o exercício interpretativo envolve ação volitiva ou cognitiva?.

Parte da doutrina entende o direito como um conjunto de regras gerais criadas pelo legislador, cabendo ao juiz apenas aplicá-las ao caso concreto. Daí a diferença entre legislador e juiz: "o primeiro formula as leis, o segundo aplica-as"³⁴³, sem que isso signifique atividade constitutiva, mas meramente declaratória. Hans Kelsen criticava essa posição. Ele defende que os juízes exercem atividade criativa à medida que suas decisões são normas individuais para os casos, diferentemente do legislativo que dita regras gerais: "a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais"³⁴⁴.

³⁴³ CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2ed. Campinas: Russell, 2005, p. 10.

³⁴⁴ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermentina Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151.

Uma leitura da doutrina defendida por Hans Kelsen revela que a diferença entre o juiz e o legislador é apenas qualitativa, “o juiz está mais limitado que o legislador, mas ambos criam direito dentro do marco estabelecido pela norma superior (a Constituição no caso do legislador e a lei no caso do juiz)”³⁴⁵.

Uma terceira posição doutrinária se opõe à tese negativista a qual não enxerga função criativa na jurisdição, mas também não se conforma com a teoria de que o juiz, ao criar normas particulares, estaria criando direito. Essa posição intermediária prefere destacar situações especiais em que o juiz realiza a função criativa, apontando para os casos de omissões legislativas e de conflitos legais. Nesse último caso, o magistrado utilizaria uma técnica de hierarquizar as regras envolvidas, aplicando a mais importante em detrimento da menos importante. Defende ainda que essa técnica equivaleria a uma derrogação parcial ou total da lei não aplicada, onde “a derrogação (seja total ou parcial) de normas forma parte da atividade tipicamente legislativa, que a doutrina tradicional atribui com exclusividade para os legisladores”³⁴⁶.

Admite-se que o juiz crie o direito, portanto as leis são gerais e os casos são individuais. Além do mais, o juiz tem que zelar pela Constituição. Isso significa que ao julgar um caso concreto, o magistrado também empreende uma leitura constitucional e sistêmica do todo representando pelo ordenamento jurídico confrontado com o caso concreto. Só então o juiz cria uma norma individual para caso analisado. As súmulas vinculantes e a transcendência dos efeitos no controle difuso de constitucionalidade atestam essa capacidade criativa do juiz.

Se há polêmica quanto à natureza criativa da jurisdição ordinária, essa dúvida esmaece em sede de jurisdição constitucional abstrata. É que nela não há necessidade de casos particulares para se realizar. Executa-se controle de constitucionalidade sem casuísmos, leis são anuladas atestando-se a interferência dos magistrados no Direito. Em

³⁴⁵ “... el juez suele estar más limitado que el legislador, pero ambos crean derecho dentro del marco establecido por la norma superior (la constitución en el caso del legislador y la ley en el del juez”. (BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? In: **Isonomia: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**. Nº 18, México: ITAM, p. 7-25, 2003, p. 10).

³⁴⁶ “... la derogación (ya sea total o parcial) de normas forma parte de la actividad típicamente legislativa, que la doutrina tradicional atribuye con exclusividad a los legisladores”. (Idem, p. 25).

suma, o exercício do controle abstrato de constitucionalidade permite ao juiz criação ativa e descortinada do direito:

Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa³⁴⁷.

Mas não é apenas ao decretar a nulidade (seja, total ou parcial) que o Tribunal cria direito. É possível haver criação mesmo sem reconhecimento de nulidade, no exercício da interpretação conforme sem redução do texto. Nessas situações, o Tribunal fixa ou elimina determinados sentidos sem tocar na “letra da lei”. A corte age no plano semântico-pragmático em que a legislação **deve ser** interpretada. A técnica consiste em criar uma sobrenorma de interpretação, como se o Tribunal estivesse dizendo “isto” significa “aquilo” ou “isto” não significa “aquilo”. Ocorre que os limites da interpretação conforme sem redução de texto são imprecisos. A pretexto de realizá-la, o Supremo “acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de *decisões manipulativas de efeitos aditivos*”³⁴⁸.

Este trabalho afastou de sua análise súmulas e súmulas vinculantes. Apesar da importância desse instrumento, e nada obstante o fato das súmulas vinculantes terem destacado papel na jurisdição constitucional, elas são ideias condensadas que carregam a característica da generalidade, pouco relevante para os fins desta pesquisa. Como o Tribunal somente pode editar súmula vinculante “após reiteradas decisões sobre a matéria” (CF/1988, artigo 103-A, *caput*), o conteúdo da súmula não está diretamente associado a um determinado processo, mas a vários. A súmula é um produto de “reiteradas” decisões, não um produto direto da jurisdição constitucional como os acordados nas ações processadas na jurisdição abstrata de constitucionalidade. Isso seria suficiente para justificar o fato da análise retórica ter ignorado as súmulas. De mais a mais, foi constatado que nenhuma das súmulas vinculantes em vigor menciona o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o que também impossibilitou uso desse instrumento para efeito de análise retórica.

³⁴⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermentina Galvão e Sérgio Sêrvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-152.

³⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, p. 1308, destaques no original.

A jurisdição constitucional abstrata age diretamente no que se entende por Direito. Daí a importância de se colocar o Supremo Tribunal Federal na posição de utente da relação retórica. Feito isto e relatados os motivos da escolha feita por esta tese de apenas analisar a jurisdição constitucional (artigo 102, I da Constituição Federal de 1988), impõe-se justificar a escolha pelo signo “dignidade da pessoa humana”, também evidenciando sua importância para a ordem jurídica brasileira.

4.3 – A “dignidade da pessoa humana” como signo jurídico da relação pitanêutica: a dignidade passa a expressar simbolicamente os valores constitucionais.

4.3.1 – A baixa densidade semântica como qualidade linguística que justifica a opção pela pitanêutica desse signo jurídico.

Nesta tese, a **dignidade da pessoa humana** ocupa um *locus* específico: é o **signo**. Apesar de várias vezes repetidas, não é demais retomar que este trabalho procura investigar como ocorre o processo de construção desse princípio constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. O ponto de partida é a indefinição dessa expressão simbólica que se tornou a referência para o sistema internacional de tutela de direitos difusos e coletivos, e para o sistema constitucional de vários países, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. A celebração da “dignidade” como princípio constitucional torna possível uma constante reinterpretação da “ordem jurídica” devido à sua imprecisão semântica.

Cumprindo a este subcapítulo esclarecer as razões que conduziram a investigação a mirar no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como pano de fundo. Os motivos pela escolha desse signo jurídico, e não de qualquer outro princípio constitucional, ou de qualquer outra regra jurídica, precisam ser esclarecidos. Primeiro, recoloca-se o problema de sua indefinição semântica como uma característica estratégica desse princípio para os fins desta tese; discutir-se-á **se** a ausência de significado pode controlar a influência pragmática e **como** o princípio se apresenta apto a justificar posições jurídicas diametralmente opostas. Depois, pretende-se demonstrar que não possuindo um significado, o princípio terá um alcance construído a cada decisão. Essa abordagem poderia ser feita sob vários ângulos, das mais variadas formas e maneiras. Esquivou-se do modelo tradicional, no qual a discussão é travada exclusivamente sob o enfoque histórico. Para aprofundar o debate, é importada a noção linguística de referenciação, e, nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é o objeto de discurso retoricamente analisado no capítulo quinto.

Colocar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no lugar de signo jurídico com a intenção de conhecer a sua gênese e descrever como ocorre o processo de sua criação pressupõe que essa expressão possua significante e significado. Para linguistas influenciados desde Ferdinand de Saussure, signo é algo dotado dessas duas subunidades ($S = Se + So$). Esta tese colocou esse problema no primeiro capítulo, lá se buscou argumentar que signo designa também a associação de significante e **sentido**.

Explica-se, resumidamente: o significante é o aspecto formal do signo. Constitui-se da junção de gramemas e de lexemas que representam a palavra, no caso a expressão “|-d-i-g-n-i-d-a-d-e-|” “|-d-a-|” “|-p-e-s-s-o-a-|” “|-h-u-m-a-n-a-|”, mesmo grafada das mais variadas formas ou escrita nos mais diversos idiomas. Já o significado representa o alcance dessa expressão, seu conceito e suas sinônimas. No caso do PDPH, o significado não existe pronto e acabado, pois essa expressão é utilizada pragmaticamente, em certo sentido. Sempre que mencionado nos julgados, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana consegue transmitir ideias, valores e ideologias. Ele possui significativa relevância para a comunicação dos valores constitucionais. Esteja o signo constituído pela subunidade estrutural **sentido**, ou pela subunidade estrutural **significado**, alguma coisa será qualificada como um signo simplesmente se tiver a capacidade de transmitir ideias durante a relação comunicacional. No caso, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é colocado nesta tese na posição de signo por se encontrar composto por um significante (|-d-i-g-n-i-d-a-d-e|) e pelos sentidos que são construídos dentro de contextos históricos e sociais.

A escolha pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como signo-objeto de investigação não foi puramente arbitrária. O PDPH possui algumas **qualidades linguísticas** e outras **qualidades jurídico-sistêmicas** que juntas legitimam o seu estudo.

As **qualidades linguísticas** consistem em: a) o PDPH é uma expressão imprecisa e b) por ser uma expressão imprecisa e com baixa densidade normativa, o PDPH exerce pouca influência sob o sujeito-utente. As **qualidades jurídico-sistêmicas** são: c) a posição de princípio absoluto reconhecida por parte da doutrina constitucional, e d) o reconhecimento por parte de juristas de que o PDPH é um paradigma para os demais direitos fundamentais. Dessa feita, explicar o processo de construção casuística do Princípio da Dignidade contribui significadamente para se compreender o processo de construção de todo ordenamento jurídico (sistema linguístico especial).

Colocam-se cada uma dessas características separadamente.

A capacidade do PDPH em justificar opiniões opostas está ligada à sua imprecisão expressiva. Não se está dizendo que a característica da imprecisão é boa ou ruim para esse importante adágio do ordenamento nacional. Apenas se procura entender como opiniões diferentes possam ser defendidas a partir de um mesmo ponto de partida. A imprecisão do princípio da dignidade possui três causas separáveis apenas analiticamente, a saber: a) **razões semânticas**, b) **razões religiosas** e c) **razões históricas**.

As **razões semânticas** decorrem do uso de significantes dissociadas de um significado, mas associadas a sentidos (conceitos contextualizados). A indeterminação do princípio constitucional não advém das palavras “pessoa” ou “humana”, mas do termo “dignidade”. *Dignitas*, assim alguns “traduziram a palavra *axioma*”³⁴⁹. Contemporaneamente essa palavra se encontra associada a respeito, prestígio, consideração, estima ou nobreza³⁵⁰. A associação desses termos não ajuda muito se a intenção é calibrar-lhe a referência semântica. O PDPH possui um emprego muito vasto na linguagem; tanto serve de parâmetro para a descrição de ações, quanto desempenha papel de prescrever condutas. Afinal, os atos públicos têm como limite a dignidade humana. A profusão de definições que contornam esse princípio comprova que em si mesma a expressão “dignidade” carece de um significado, embora “os enunciados nas quais aparece não são formulados casualmente”, mas “em conformidade com os costumes linguísticos predominantes, por estados de coisas perfeitamente definidos”³⁵¹. De acordo com certa ideologia ou crença estabelecida sob algum critério de poder, o PDPH assemelha-se à expressão *tû-tû* da comunidade Aisat-naf.

Razões religiosas também contribuem para a imprecisão conceitual da dignidade da pessoa humana. A expressão “dignidade humana” possui origem na religião, representando valores éticos e morais superiores a qualquer ordem interna. A utilização dessa expressão no direito representa uma volta ao jusnaturalismo, consubstanciada na tentativa de se escalonar valores metajurídicos e, assim, justificar a aplicação de leis e de

³⁴⁹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 5ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 326.

³⁵⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 105.

³⁵¹ ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução de Edson L.M. Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004, p. 19.

decisões judiciais. O resgate de expressões cristãs como “fraternidade”, “respeito ao próximo”, “igualdade” – todas resumidas na palavra dignidade – enquanto valores inatos ao homem foram respostas aos excessos promovidos pelo fundamentalismo positivista representado pelos eventos históricos que se iniciaram na Revolução Francesa, e que tiveram seu ápice no Holocausto culminando com a Segunda Guerra Mundial. Alguns doutrinários têm preferido identificar o processo que consagra a expressão “dignidade da pessoa humana” a uma etapa da humanização do direito. O escalonamento de metarregras (axiomas religiosos) sobre regras jurídicas causa a imprecisão do Princípio da Dignidade à medida que a tarefa de definir o alcance desse princípio não pertence ao direito, mas a uma ordem extrajurídica.

A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno³⁵².

Por outro lado, colocar a dignidade da pessoa humana no topo da ordem jurídica traz uma curiosa consequência estrutural. É que nesta posição, o princípio funciona como porta de entrada para o restante do ordenamento. A partir dele, valores subjetivos religiosos se encampam no direito, enraízam-se no ordenamento jurídico e dominam o Direito. A mais específica regra jurídica para ter validade jurídica se ressentirá de uma interpretação conformadora com o princípio da dignidade. Essa interpretação conformadora custa caro às regras jurídicas de modo geral, pois elas terão seu conteúdo definido a partir do que venha a ser definido como “humanamente digno” para aquele caso.

Se o direito em si mesmo possui características de indefinições e de descontrole semântico-pragmáticos, isso aumenta ainda mais no neoconstitucionalismo, graças à posição ocupada pelo PDPH. Isso explica porque as ordens jurídicas contemporâneas têm apostado em princípios, fatores políticos e valores extradogmáticos. A incorporação de dogmas eclesiásticos no direito não é nenhuma novidade, os princípios da igualdade, da boa-fé, da justiça e da equidade são encontrados em diversos sistemas jurídicos. Por exemplo, a regra que anunciava a rígida vinculação ao contrato (*pacta sunt servanda*) foi relativizada a partir de jurisprudência eclesiástica que argumentou que “não se deveria permitir a ruína do devedor nem a riqueza do credor provocada por acontecimentos que

³⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 250.

não teriam sido previstos no momento em que as partes firmaram o contrato”³⁵³ – ou simplesmente *rebus sic stantibus*.

Razões históricas contribuem para a indefinição do princípio da dignidade. Para Hugo Mari, o sentido é construído sob forte influência dos acontecimentos históricos e de se suas manifestações (ideologia, economia e política). As linhas que separam ideologia, economia e política nunca são muito claras quando se trata de análise social, e a linguagem “diz aquilo que pode ser dito”³⁵⁴, ou seja, conforme limitam as razões históricas.

Para verificar a influência da histórica nos discursos, basta perceber que os discursos que comportam o sentido nunca são individuais, posto que “haverá, em qualquer prática de linguagem, marcas que provêm de representações disseminadas pelo coletivo-social”. Não que os discursos sejam universais – no sentido de “globais” ou “totais” –, uma vez que “haverá nele traços que o caracterizam como produto de condições específicas e localizadas”³⁵⁵. Isso explica porque o princípio da dignidade se encontrava presente nos discursos do *Reich* alemão que fundamentaram a imposição do Holocausto, ou no discurso dos seguidores de grupos extremistas que usam bombas para se suicidar e matar civis inocentes. Sem grandes esforços retóricos, esses atos são justificados a partir do PDPH. Aliás, aqui mesmo no Brasil se retiram exemplos de como o princípio da dignidade serviu para justificar aquilo que a atual ordem constitucional tanto repudia. O Ato Institucional nº 5/68, baixado na vigência da ordem constitucional de 67 e símbolo da “era de chumbo” do governo militar, foi imposto para assegurar a dignidade da pessoa humana:

Considerando que a Revolução brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana

Além da imprecisão, outra qualidade linguística do princípio da dignidade que justifica sua escolha como objeto da análise retórica consiste na sua pequena densidade normativa e, conseqüentemente, **a sua baixa influência sobre o utente**. A falta de um significado exige que o alcance linguístico do PDPH seja construído pragmaticamente. Essa

³⁵³ SILVA, Zélio Furtado da. **Retórica & decisão judicial**. Recife: Pirapama, 2009, p. 17.

³⁵⁴ MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das Letras, 2008, p. 26.

³⁵⁵ *Idem, ibidem*.

construção pragmática é maleável e atende apenas determinada circunstância contextual. Dessa forma, a influência do signo construído nessas condições sobre o utente é pequeno quando comparados a signos estruturados com significantes e significados. A questão não é simples, mas pode ser representada da seguinte forma: sujeitos-utentes e signos se relacionam reciprocamente, da mesma forma que os utentes constroem os signos, os signos construídos influenciam os utentes:

$$U \leftrightarrow S$$

As relações estabelecidas entre sujeito e signo são permanentes, e apenas analiticamente são separáveis. A influência do sujeito-utente sobre o signo é objeto de investigação da pitanêutica; a influência do signo sobre o sujeito-utente é objeto da pragmática. Com efeito, pitanêutica e pragmática propõem análises retóricas com os mesmos elementos (utente e signo), mas sob enfoques invertidos. Para que uma análise retórica da relação utente e signo seja mais perfeita, precisa considerar tanto a influência do sujeito no signo (pitanêutica) como a interferência do signo no utente (pragmática) como duas situações de uma mesma “realidade”. Ocorre que se optando pelo signo “PDPH”, verifica-se que ele exerce pouca influência sobre o sujeito-utente, considerando sua ausência de significado e consequente baixa densidade normativa. Assim, uma análise retórico-pitanêutica a partir do princípio da dignidade pode desconsiderar o efeito pragmático do princípio da dignidade sobre o Supremo Tribunal Federal, i.e, sem que isso cause prejuízos às conclusões apresentadas nesta tese.

Se esta tese tivesse escolhido como objeto de pesquisa, ao invés de princípio da dignidade humana, o crime de homicídio, tipo previsto no artigo 121 do Código Penal brasileiro. A análise pitanêutica não poderia ignorar a influência do signo “homicídio” sobre o sujeito-utente. A análise pitanêutica somente seria completa se considerasse o efeito pragmático desse signo sobre o sujeito-utente. Um signo jurídico com densidade normativa maior, como ocorre com o “homicídio”, faz com que o jurista tenha menos trabalho se precisar invocá-lo para confirmar sua tese. Bastará que esse jurista apresente um raciocínio silogístico ao corpo de jurados: “João deferiu golpes em Pedro”, “essa ação retirou a vida de Pedro”, “essa ação é crime tipificado no artigo 121 do CP”, logo “João deve ser punido”. Todavia, se esse jurista não deseja a aplicação do tipo penal (CP, art. 121) precisará argumentar contra o signo “homicídio”, destruindo-o e reconstruindo-o. Nesse processo de destruição e reconstrução do signo, o advogado argumentará com base na legítima defesa,

na menoridade do criminoso, sobre as circunstâncias em que o fato ocorreu para que consiga dar um sentido diferente àquele tipo previsto na legislação penal.

O signo com alta densidade normativa provoca o utente, constringendo-o a aceitá-lo ou forçando-o a resistir. O exame dessas questões é objeto da semiótica, especificamente pela pragmática, trazida para cá apenas como exemplo. Não é necessária uma análise pragmática da influência do PDPH sobre o STF. Como dito antes, a baixa densidade normativa do princípio da dignidade, faz com que ele exerça pouca influência sobre o Supremo. A densidade normativa desse princípio é tão pequena que o STF sequer precisa argumentar contra ele, PDPH. Não é estratégico argumentar contrariamente à dignidade da pessoa humana exatamente porque de tão vaga e oca, essa expressão terá seu alcance definido em cada situação³⁵⁶.

4.3.2 – A *dignitas humanas* se torna o centro das ordens jurídicas nacionais e internacionais.

Apesar da indefinição, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ocupa o centro do sistema jurídico-constitucional. Por mais paradoxal que pareça, exatamente porque o positivismo pressupõe regras objetivas, o ser humano digno fundamenta os Estados Constitucionais. Os compromissos políticos assumidos pela comunidade internacional, representados por vários atos e tratados internacionais, são incorporados às diversas Constituições³⁵⁷. Da mesma forma que houve uma canalização de direitos humanos criados no plano internacional para a ordem jurídica interna, é possível se destacar o movimento contrário: documentos nacionais de alguns países são elevados à categoria internacional, coletiva e universal, exatamente por exaltar a dignidade humana, como ocorreu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Esses movimentos internacionais estão ligados à categorização da dignidade da pessoa humana como princípio matriz de vários ordenamentos jurídicos. Algumas das descrições presentes nesta tese provavelmente poderiam ser aplicadas a outros princípios, como o “da igualdade”, “da boa fé” ou “da função social da propriedade”, de modo que é

³⁵⁶ ADEODATO, João Mauricio. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 57.

³⁵⁷ HÄRBELE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. Tradução de Claudio Mols, Luiz Moreira e Cláudia Toledo. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito & legitimidade**. São Paulo: Landy, p. 53-66, 2003, p. 65.

necessário destacar as características do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Enquanto que a imprecisão expressiva e a não influência do signo sobre o utente exaltam a qualidade linguística para esta pesquisa, as suas características de princípio central e de paradigma para os direitos fundamentais representam a importância jurídica desse princípio, ou seja, essas características atestam a **qualidade jurídico-sistêmica** do PDPH para esta tese.

Historicamente se aponta a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789) como um dos documentos jurídicos que espelham a preocupação com direitos da humanidade, caracterizados pela preocupação com a universalidade e com o mínimo ético social. Os documentos jurídicos não passam de “marcos da história”, notadamente essa Declaração que serviu de fundamento para a Revolução Francesa. Bem verdade que “já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas”³⁵⁸.

Durante a Idade Média, o cristianismo também exaltou o homem, sua importância posto que feito à imagem de Deus e conforme sua semelhança. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento várias passagens ratificam virtudes inatas do homem: liberdade, fé, igualdade e respeito ao próximo são conceitos historicamente vinculados à dignidade humana³⁵⁹. Uma das críticas à Igreja é que “essa igualdade universal dos filhos de Deus só valia, efetivamente, no plano sobrenatural”³⁶⁰.

Na Idade Média, o cristianismo legitimou desigualdades como a escravidão, a inferioridade da mulher em relação ao homem e dos povos americanos em relação ao europeu. Talvez o mesmo não se possa dizer da Idade Moderna, impressionada com o sucesso das ciências exatas. A lei instrumento, como fonte de explicação analítica do mundo, ao lado da supervalorização da coisa enquanto objeto do discurso lógico-matemático, conduziu o direito a um esvaziamento de conteúdo. A separação de direito,

³⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30-31.

³⁵⁹ BÍBLIA SAGRADA. **Bíblia de estudo Almeida**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999, p. 19 (Gen. 1:26).

³⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

moral e religião foi à tônica dos discursos positivistas; a reclamação pelo *status* de ciência tornou-se fundamental para a afirmação do discurso jurídico.

A ignorância, o esquecimento ou o desprezo pelos direitos do homem são apontadas como “as causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos” – explicita a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Essas razões justificaram a reafirmação de igualdade, fraternidade e liberdade como valores supremos dos homens. Aliás, as reflexões de Immanuel Kant coincidem com a luta burguesa que conduziu os caminhos da Revolução de 1789-1799. É possível encontrar pautas reivindicativas por tratamentos diferentes para o homem, já que não poderiam ser considerados *res* ou instrumento: “O homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”³⁶¹, em alusão à vontade (ou ao arbítrio) do Estado.

Dessa forma, assenta-se o imperativo categórico kantiano: a) as pessoas devem se comportar de modo que sua conduta possa se transformar numa lei universal, b) o homem deve ser tratado como fim em si mesmo e não como meio para atingir metas e, finalmente, c) as máximas devem concordar sobre a ideia de reino possível como reino natural. Kant diferencia coisas e homens; estas têm preço, os homens dignidade:

Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade³⁶².

O Princípio da Dignidade Humana é encontrado em documentos internacionais posteriores, a exemplo da Carta das Nações Unidas (1945), da Declaração dos Direitos Humanos (1948), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). O princípio da dignidade da pessoa humana aparece em alguns ordenamentos jurídicos internos, como na Lei Fundamental de Bohn (1949), na Constituição da Itália (1947), na Constituição de Portugal (1976) e na Constituição espanhola (1978). Peter Häberle lembra que alguns países preferiram incorporar “princípios jurídicos gerais no seu sistema nacional de fontes do

³⁶¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintelha. Coimbra: Atlântida, 1960, p. 66.

³⁶² *Idem*, p. 76.

Direito”, citando muitos exemplos, com destaque para a Constituição da Estônia (1992) e da Rússia (1995)³⁶³.

Após a Segunda Guerra Mundial, cuja consequência foram atos de genocídios e de crimes contra a humanidade, todos legitimados pela obediência a comandos legais, ressuscitaram-se as crenças em “valores humanos”, entre os quais a vida, a igualdade, a liberdade e o respeito ao outro, condições mínimas de convivência social. Dessa forma, o Princípio da Dignidade Humana se tornou o “epicentro axiológico da ordem constitucional” e seus efeitos irradiam sob a ordem constitucional. Ele impõe limites ao poder estatal, fundamenta exigências por atuações ativas do Estado e invade as relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)³⁶⁴.

O Princípio da Dignidade marca o início de um novo tempo, a virada de página na história. Ele simboliza a superação da lei instrumento e da coisificação do homem, marcando a preocupação com as minorias étnicas, com o respeito ao direito de liberdade, a não discriminação em razão de sexo, cor, idade ou crença religiosa, e se fundamenta principalmente na consideração do outro. Ao se reconhecer a invulnerabilidade da pessoa, todo ordenamento jurídico assume do dever de protegê-la, “ainda que se opte em determinada situação, pelo valor coletivo, por exemplo, esta opção não pode nunca sacrificar, ferir o valor da pessoa”³⁶⁵.

A crença na dignidade, como princípio absoluto, têm um sem-número de razões para se justificar, conforme demonstrado antes. Aliás, mesmo aqueles que defendem a inexistência de princípios absolutos no ordenamento jurídico, não negam “a impressão de absoluto” que é causada pela dignidade da pessoa humana. Robert Alexy, por exemplo, defende a inexistência de princípios absolutos. Segundo ele, a ideia de que o PDPH é absoluto não passa de uma impressão, resultado da inobservância de que a dignidade ora funciona como regra, ora como princípio. Além do que, “existe uma série de condições

³⁶³ HÄRBELE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. Tradução de Claudio Mols, Luiz Moreira e Cláudia Toledo. In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito & legitimidade**. São Paulo: Landy, p. 53-66, 2003, p. 55.

³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.59-60.

³⁶⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 1999, p. 94.

abaixo das quais o princípio da dignidade da pessoa, com alto grau de certeza, precede a todos os outros princípios contrários.”³⁶⁶

Aqueles que negam a condição de princípio absoluto à dignidade da pessoa humana argumentam com base nos direitos fundamentais. Entendem que se o princípio da dignidade for absoluto e tutelar apenas interesses centrados na coletividade, os direitos fundamentais individuais não poderão ser invocados juridicamente. Por outro lado, se o princípio da dignidade for considerando absoluto e tutelar direitos individuais, os direitos fundamentais coletivos deixam de ter utilidade. Essa doutrina acredita que pela natureza abstrata, os princípios devem colidir naturalmente, não vendo nenhuma funcionalidade em se admitir uma hierarquia principiológica.

Como diria Robert Alexy, um dos defensores dessa ideia, “tudo depende da constatação sob quais circunstâncias a dignidade humana pode ser violada”³⁶⁷. Essa tarefa pertenceria aos tribunais, a partir de casos reais. Apenas com base em casos reais poderiam os tribunais decidir sobre situações limites de violação do princípio da dignidade, lançando mão da técnica interpretativa da ponderação.

Apesar de todo esforço, os argumentos que procuram relativizar esse princípio atuam circularmente, não negam a condição de absoluta à dignidade humana. Eles buscam, através da distinção teórica entre regras e princípios, estabelecer o axioma de que o PDPH, devido à sua natureza, pode sofrer colisão com outros princípios, de sorte que apenas no caso real se definiriam as condições de sua violação.

Para retóricos, o argumento da natureza absoluta do PDPH não passa de uma estratégia. É estratégico acreditar que há um princípio acima dos outros e que esse, por se encontrar acima, limitam todos os demais, orienta-os. Seria disfuncional argumentar contrariamente à dignidade do homem, seria mesmo desnecessário. Isso porque o que é e o que não é digno é estabelecido a partir de um juízo de valor feito em cada caso a

³⁶⁶ “...existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de la dignidad de la persona, con um alto grado de certeza, precede a todos los demás principios.” (ALEXY, Robert. **Las teorías dos derechos fundamentalis**. Tradução de Ernesto Gárzon Váldes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 109).

³⁶⁷ “... todo depende de la constatación de bajo cuáles circunstancias puede ver violada la dignidad humana.” (ALEXY, Robert. **Las teorías dos derechos fundamentalis**. Tradução de Ernesto Gárzon Váldes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 107).

depende das circunstâncias, da ideologia e de um sem-fim de outras questões. Então, quando se diz aqui que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, quer-se dizer que essa crença é persuasiva, que para isso ou aquilo ser qualificado como digno, vai “depende da vontade do intérprete e de uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada”³⁶⁸.

E não adianta enxergar um conteúdo para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Enquanto princípio, ele possui apenas forma. Isso explica o porquê de encontrá-lo pulverizado nos demais direitos fundamentais. Quando se protege a vida, a liberdade, a propriedade, os direitos do trabalho, enfim... em todos eles, cada um na sua medida, tem-se presente a dignidade humana. Daí a impressão de que a dignidade humana “precede a todos os demais princípios.”³⁶⁹

Partindo da metáfora da pirâmide, o princípio da dignidade ocuparia certamente o topo dela, simbolizando a dimensão axiológica dos direitos fundamentais. Essa é a crença herdada do jusnaturalismo axiológico que, apesar de criticado severamente, ainda fez brotar muitas de suas sementes. A ideia positivista de que o direito é um sistema organizado e estruturado, soma-se à dimensão axiologia dos direitos fundamentais, adotando-se instâncias valorativas e graus hierárquicos no momento da concretização dos direitos fundamentais, “provocando o surgimento de um claro subjetivismo e decisionismo jurisprudencial.”³⁷⁰

A questão que se coloca é: os direitos fundamentais estariam hierarquizados sob o princípio da dignidade da pessoa humana? Para boa parte da doutrina a resposta é irremediavelmente positiva, isto porque “os direitos econômicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*”³⁷¹. Constata-se uma

³⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 131.

³⁶⁹ “... *precede a todos los demás principios*.” (ALEXY, Robert. **Las teorías dos derechos fundamentalis**. Tradução de Ernesto Gárron Váldes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 109).

³⁷⁰ LOPES, Ana Maria D’Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? In: **Revista de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 09, nº 34, janeiro-março (2001), p. 168-183, 2001, p. 169.

³⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, (t.4), 1988, p.167, grifos no original.

pulverização desse adágio, já que “em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma proteção da dignidade da pessoa”³⁷².

Apesar dessa dependência, conceitos ou definições do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não são comuns, mesmo na doutrina. É natural que esse princípio assumira função significativa no ordenamento jurídico brasileiro, de sorte que para não se ressentir da indefinição semântica e da instabilidade pragmática, ele é construído a partir do caso real, na “arena” processual.

O pressuposto central desta tese é este: o Supremo (re)constrói o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana por meio de decisões, as quais influenciam inevitavelmente em todo ordenamento jurídico. A criação, destruição e recriação do princípio da dignidade ocorrem no processo jurisdicional, mas não decorrem dele, processo. O mecanismo reconstrutivo envolve sofisticados recursos linguísticos, como a escolha dos dêiticos, das anáforas, no uso de metonímias, de sinédoques e de metáforas.

4.3.3 – A desconstrução do alcance do princípio da dignidade precisa compreender o contexto, envolvendo as qualidades linguísticas e jurídico-históricas tratadas anteriormente.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não é uma “coisa do mundo sensível”, funciona como objeto de discurso, construído casuisticamente. Os objetos do discurso decorrem de uma atividade que envolve cognição e interação entre os utentes-sujeitos da comunicação³⁷³. Os sujeitos discursam estrategicamente a partir de escolhas entre as múltiplas opções oferecidas pela linguagem. Com isso, eles criam, destroem e recriam os objetos de discurso.

A retórica analítica permite entender o mecanismo de construção do princípio constitucional da dignidade. Os linguistas reconhecem a **referenciação** como processo de construção do princípio da dignidade no discurso judicial. Aqui cabe uma diferenciação estratégica: referenciação não é a mesma coisa que significação. Ambos são processos de

³⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 87, grifos no original.

³⁷³ Cf: KOCH, Ingeborg G. Villaga. Linguagem e cognição – a construção e reconstrução de objetos-de-discurso. In: **Veredas, revista de estudos linguísticos**. Nº 1, vol. 06, 2002, p. 29-42.

construção do signo, mas a referencição é um processo de construção do signo que leva em consideração o contexto em que o signo é construído.

Explica-se:

O termo **significação** enquanto processo de criação de qualquer signo (Se + So) tem origem nos estudos de Ferdinand de Saussure. Para ele, o processo de criação das subunidades estruturais (significante e significado) e do signo, conseqüentemente, prescinde do contexto em que o signo é inserido³⁷⁴.

A toda evidência, partindo dos ensinamentos de Gottlob Frege, o princípio da dignidade expressa um sentido, e, por sua vez, a uma referência determinada. Ocorre que essa correspondência entre referência e sentido não é linear, imediata e frequente. Na verdade, "as linguagens naturais não satisfazem a esta exigência", de modo que "deve-se ficar satisfeito se a mesma palavra tiver sempre o mesmo sentido". A correspondência linear entre sentido e referente inexistente, exatamente porque essa correspondência se recente do elemento contextual. Sentido e referente somente correspondem dentro de certo contexto, admite Frege. Para ele, "entender um sentido, nunca assegura sua referência"³⁷⁵.

Os referentes correspondem a objetos reais, mas não são uma única e a mesma coisa. Na verdade, os referentes se relacionam com algo fora da linguagem (objeto), que embora seja real, não necessariamente existe. Por exemplo, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, que embora real não exista enquanto objeto concreto.

As linguagens têm o defeito de originar expressões que, por sua forma gramatical, parecem destinadas a designar um objeto, mas que em casos especiais não o realizam, pois para isto se requer a verdade de uma sentença.³⁷⁶

³⁷⁴ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27ed. São Paulo: Cultrix, 2006, P. 19, 88, *passim*.

³⁷⁵ FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. *In*: FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. Tradução de Paulo Alcoforado (Org.). São Paulo: Cultrix, p. 61-86, 1978, p. 63.

³⁷⁶ *Idem*, p. 75.

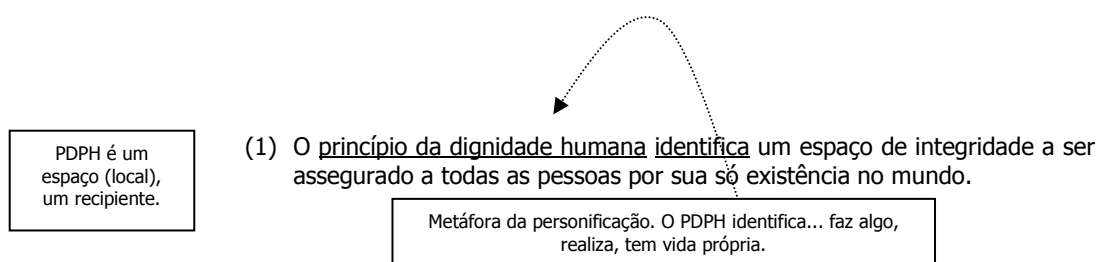
Para Gottlob Frege, caso o objeto real inexistia, a sentença linguística referente tem que ser necessariamente verdadeira.

Somos, assim, levados a reconhecer o *valor de verdade* de uma sentença como sendo sua referência.³⁷⁷

O processo de criação do referente é a **referenciação**. Através da referenciação o referente (princípio da dignidade) é construído dentro do discurso e a partir do contexto linguístico. O uso da expressão “referenciação” para designar ações de construção, reconstrução e destruição opõe-se à significação, já que nesta, ao não se admitir o contexto, é associada à criação do significado saussuriano. A referenciação “constitui, assim, uma atividade discursiva”, operando-se através de “escolhas do sujeito em função de um querer dizer”³⁷⁸.

É possível visualizar algumas estratégias utilizadas na referenciação, tais como o movimento de retroação e progressão textual, o uso pronominal (dêiticos memoriais), as anáforas diretas e indiretas, o uso de paráfrases didáticas, a metonímia e mesmo a metáfora.

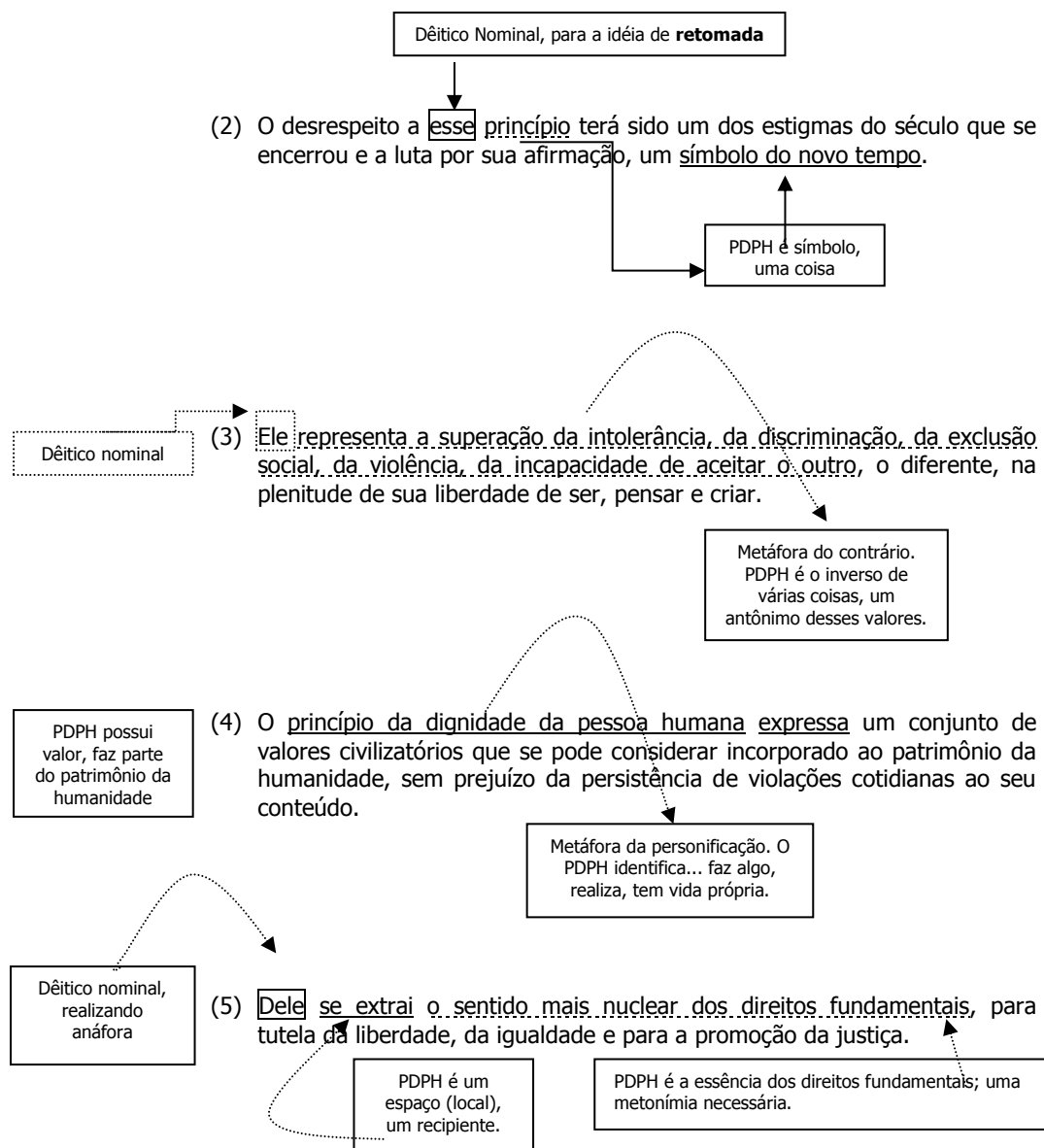
Veja-se uma pequena passagem retirada da doutrina constitucional³⁷⁹:



³⁷⁷ FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. In: FREGE, Gottlob. **Lógica e filosofia da linguagem**. Tradução de Paulo Alcoforado (Org.). São Paulo: Cultrix, p. 61-86, 1978, *Idem*, p. 69, it. no original.

³⁷⁸ KOCH, Ingeborg G. Villça. Linguagem e cognição: a construção e reconstrução de objetos-de-discurso. In: **Veredas - Revista de Estudos Linguísticos**. Nº 1, vol. 06, p. 29-42, 2002, p. 31.

³⁷⁹ A escolha foi meramente arbitrária, apenas como exemplo. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252-253.



Por esse pequeno exemplo doutrinário, evidencia-se uma tentativa de definir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, demarcar seus limites semânticos. É significativo o uso de dêiticos, os quais ajudam "a lidar com a individualidade"³⁸⁰. Expressões como "de agora em diante", "aqui" ou "este trabalho" procuram delimitar linguisticamente situações, ou seja, destacar eventos específicos.

Os dêiticos normalmente aparecem na forma adverbial (agora, hoje, ali, lá, aqui, dentro, fora, esse, este) ou nominal (pronomes pessoais) e contribuem para dar movimento ao texto.

³⁸⁰ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria da retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 138.

Nessa ideia de contribuir para o movimento do texto e buscar minimizar o problema que a linguagem enfrenta ao tentar ininterruptamente se relacionar com a “realidade”, os dêiticos atuam lembrando ou retomando “fatos” (anáforas) ou anunciando-os (catáforas). Esses termos demonstram o constrangimento da linguagem na tentativa de generalização. Metáforas são exemplos de sucesso, pois conseguem transcender o significado semântico dentro do contexto pragmático, atingindo o objetivo da definição. A referenciação comprova que os objetos de discurso são construídos dentro do discurso, constituem a realidade da qual é tributária³⁸¹.

As experiências de George Lakoff e Mark Johnson³⁸² garantem que a realidade é percebida metaforicamente. Esta tese buscará encontrar aquelas metáforas que agem ativamente na construção da percepção (atividade cognitiva) e na expressão (atividade expressivo-linguística) da “realidade jurídica”, aqui representada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

No próximo capítulo, a análise pitanêutica propriamente dita.

³⁸¹ KOCH, Ingeborg G. Villça. A referenciação como atividade cognitivo-discursiva e interacional. *In: Caderno e Estudos da Linguagem*. Vol 41. Julho-Dezembro (2001). Campinas: Ed UNICAMP, p. 75-89, 2001.

³⁸² LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009.

Capítulo Quinto

A construção do *corpus* de pesquisa e a pitanêutica da construção metafórica do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

5.1 – O *corpus* da pesquisa analisado: como os discursos objetos são selecionados a partir do universo pesquisado.

5.1.1 – A análise retórico-pitanêutica precisa que os *corpora* pesquisados estejam escolhidos e preparados: *corpora* são artefatos produzidos antes da investigação.

A análise retórico-pitanêutica se encontra neste quinto capítulo. O método da análise consistiu em desconstruir decisões do Supremo Tribunal Federal que julgaram pleitos com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Para detalhar o método utilizado, apresentam-se quatro subcapítulos, cada um correspondente a uma etapa da análise. Neste subcapítulo se delimita o ***corpus básico da pesquisa***, definem-se ***corpus de apoio*** e ***corpus de contraste***, e, no final, explica-se a técnica utilizada para identificação das metáforas. Nos próximos subcapítulos, a análise é realizada com base nas delimitações realizadas neste e nos subcapítulos 4.2 e 4.3, principalmente. Para que todas as etapas da pitanêutica ficassem discriminadas, cada uma recebeu um título apropriado.

Antes de delimitá-lo, define-se *corpus* como “um artefato produzido para a pesquisa”³⁸³. O termo possui um sentido histórico (*corpus* = corpo) e designava, na

³⁸³ SARDINHA, Tony Berber. **Linguística de corpus**. Barueri: São Paulo, 2004, p. 17.

antiguidade, um conjunto de documentos reunidos cuja finalidade era servir de base para uma pesquisa. Na Grécia Antiga, Alexandre, o Grande, definiu o *Corpus* Helenístico; na Idade Média, “produziram-se *corpora* de citações da Bíblia”³⁸⁴, com a finalidade de estudá-la melhor. De lá para cá, muitos pesquisadores se dedicaram ao estudo da linguagem através de *corpus* de pesquisa, mas duas diferenças devem ser destacadas entre esses estudos. A primeira é quanto ao objetivo da pesquisa, já que antes era predominantemente pedagógica, estudavam-se as línguas para ensiná-las. Hoje em dia, o objetivo consiste em descrever fenômenos da linguagem, analisando o funcionamento das diversas linguagens enquanto instrumentos de comunicação. A segunda diferença é que os *corpora* não eram eletrônicos. Antes, os dados eram selecionados, coletados e analisados manualmente, sem nenhum auxílio da informática. Atualmente o termo *corpus* se encontra fortemente associado às pesquisas na área de linguística realizadas com auxílio do computador. As pesquisas em linguística de *corpus* normalmente têm o objetivo de coletar e explorar o conjunto de dados linguísticos textuais, “com o propósito de servirem para a pesquisa de uma língua ou variedade linguística”³⁸⁵.

Os primeiros trabalhos envolvendo esse novo conceito de *corpus* são apresentados em 1966 por Sinclair e Leech, a partir dos quais a linguística traça os parâmetros para se reconhecer algo como corpo de pesquisa válido:

A origem: os dados devem ser autênticos.

O propósito: o corpus deve ter a finalidade de ser um objeto de estudo lingüístico.

A composição: o conteúdo do corpus deve ser criteriosamente escolhido.

A formatação: os dados do corpus devem ser legíveis por computador.

A representatividade: o corpus deve ser representativo de uma língua ou variedade.

A extensão: o corpus deve ser vasto para ser representativo³⁸⁶.

Esses parâmetros podem ser resumidos em quatro exigências mínimas para o reconhecimento de um *corpus*: 1) “O *corpus* deve ser composto de textos autênticos” – ou seja, os textos pesquisados não podem ter sido produzidos para ser objeto da pesquisa linguística (=textos artificiais); 2) O *corpus* deve ter sido produzido por falantes nativos, 3)

³⁸⁴ SARDINHA, Tony Berber. **Linguística de corpus**. Barueri: São Paulo, 2004, p. 3.

³⁸⁵ *Idem*, p. 3.

³⁸⁶ *Idem*, p. 18-19.

"O conteúdo do *corpus* deve ser escolhido criteriosamente", e 4) O *corpus* deve ser representativo de uma variedade linguística³⁸⁷.

Depois de obedecer a todos esses parâmetros, o *corpus* assume uma natureza artificial, no sentido de que é uma construção útil para determinada pesquisa. Contudo, essa construção não é, em nenhuma hipótese, arbitrária. Assim, o *corpus* pode ser um conjunto de textos representativos de fenômenos, de coisas ou de signos selecionados e reunidos sob alguma característica que interessa à pesquisa. Depois de selecionados, esse conjunto de dados deve ser organizado sobre parâmetros estrategicamente articulados, antes de se submeter à análise. A forma de seleção e de organização do *corpus* se constitui num método que personaliza a pesquisa. Essa etapa de construção do *corpus* é preliminar e fundamental, mas não se confunde com a análise propriamente dita. Ou seja, não é porque esta tese construiu um *corpus* jurídico específico que a pitanêutica sirva apenas para análise retórica de decisões judiciais, a retórica analítica possui a finalidade de verificar qualquer signo, jurídico ou não.

Voltando às escolhas realizadas por esta tese, verifica-se que os textos selecionados (=decisões do Supremo Tribunal Federal) atendem ao requisito da autenticidade e da natividade. As decisões judiciais não foram produzidas a partir de uma pesquisa linguística, além de terem sido redigidas por falantes nativos³⁸⁸. As decisões pesquisadas observam critérios de seleção bastante articulados, basta verificar os fundamentos da escolha pelo signo "dignidade da pessoa humana", expostos no subcapítulo 4.3, conjugados com a escolha do utente "Supremo Tribunal Federal" (subcapítulo 4.2) e os critérios de redução temática. Os argumentos dispostos nos subcapítulos referenciados resumem-se ao seguinte: **primeiro**, a tese optou por analisar textos jurídicos ao invés de outros textos; **segundo**, ela preferiu jurisprudências ao invés de textos doutrinários; **terceiro**, mirou na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em detrimento das jurisprudências de outros tribunais³⁸⁹; **quarto**, limitou-se a decisões do Supremo Tribunal Federal em detrimento àquelas decisões tomadas dentro do processo de

³⁸⁷ SARDINHA, Tony Berber. **Linguística de corpus**. Barueri: São Paulo, 2004, p. 19.

³⁸⁸ Um dos critérios para ocupar assento no Supremo Tribunal Federal é ser brasileiro nato, segundo o artigo 12, §3º, IV da Constituição Federal de 1988.

³⁸⁹ SARDINHA, Tony Berber. **Linguística de corpus**. Barueri: Manole, 2004, p. 17.

controle abstrato de constitucionalidade, e, **quinto**, interessou-se apenas pelas decisões cujos argumentos explicitaram o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como mencionado, a escolha seguiu as justificativas apresentadas no capítulo quarto, seja quanto ao utente selecionado, seja quanto aos signos por ele criados. Por isso, cada uma das justificativas antes mencionadas fundamenta a construção do *corpus* de pesquisa, elas legitimam as escolhas e neutralizam a acusação de arbitrariedade metodológica. Esses parâmetros de pesquisa reunidos estrategicamente representam na prática decisões judiciais tomadas em processos distintos e sobre assuntos diferentes. Houve a necessidade de descrever cada decisão individualmente (aqui no capítulo quinto), analisá-las ainda individualmente (capítulo sexto), para depois associá-las para os fins desta pesquisa (capítulo sétimo). Sobre o critério da representatividade dessas decisões, mais adiante se detalhará.

Esta tese utilizou a informática, mas não *softwares* atualmente disponíveis para a análise descritiva. É que os programas atualmente disponíveis são bastante complexos e apesar da utilidade e da rapidez com que funcionam, exigem um domínio muito avançado sobre a linguagem de informática, tanto para programar os parâmetros da pesquisa como para preparar o *corpus*. Observando o funcionamento do Atlas-TI, um dos softwares mais completos da atualidade, ver-se que em alguns minutos ele consegue selecionar categorias de palavras (sujeito, verbos e advérbios), medir a frequência com que cada categoria aparece no texto e ainda fazer as associações morfossintáticas necessárias para descrever os mais diversos fenômenos da linguagem, como a polissemia e o neologismo, por exemplo. Outros programas, como o CEPRIL, atuam descrevendo o funcionamento de figuras de linguagem, como mais adiante será detalhado. Esta tese utilizou recursos de informática sem, entretanto, preocupar-se em empregar ferramentas específicas oriundas de sistemas.

A preparação do *corpus* é uma etapa fundamental e anterior ao funcionamento desses *softwares*. Para alguns programas, os textos analisados não podem ter letras maiúsculas, símbolos ou qualquer sinalização. Isso foi mais um obstáculo ao uso desses *softwares* de linguística descritiva, considerando que, para um texto jurídico, a simbologia é bastante útil: existem caracteres com significados específicos (art., CPC, §, I, II, III, a, b, c). Simplesmente excluí-los interferiria no contexto, alterá-los no texto exigiria que essa modificação fosse programada no sistema. Ainda sobre a preparação, o uso dos programas

exige também que o *corpus* esteja previamente rotulado, ou seja, que cada palavra mencionada no texto (=na decisão) deva estar associada à outra(s) dentro do próprio texto, numa relação de sinonímia. Embora, existam “rotuladores treinados”, alguns até *on line*, o tempo necessário para conhecer a gramática da programação com vistas à realização das associações tornou inviável o uso desse recurso. Registre-se que dos programas existentes, o CEPRIL – Concordanciador *on line* pareceu o mais efetivo, exatamente porque auxilia na busca por metáforas. Ele se compromete na “Identificação dos sentidos metafóricos mais típicos ou menos típicos” e também na “Explicitação das formas de realização de uma forma, por meio da observação de padrões de uso”, como garante Tony Berber Sardinha³⁹⁰. Todavia, esse sistema encontra-se indisponível (“fora do ar”) e sem previsão para volta.

Assim, o uso da informática ficou reduzido, mas nem por isso pouco importante. É que o acesso ao *link* de busca no site do Supremo e a outras ferramentas mais simples tiveram relevância significativa no auxílio à pesquisa. A utilização de ferramentas para conversão do *corpus* básico, obtido no formato *Portable Document Format (PDF)*, para o formato mais simples (*.doc), bem como as ferramentas para inserir linhas, contagem de palavras e anotações disponíveis no Microsoft Word⁷ foram fundamentais para a realização da pesquisa. Mesmo não se tendo utilizado *softwares* específicos na análise, as ferramentas utilizadas auxiliaram a construção do *corpus*, de acordo com “a natureza proposital da seleção³⁹¹” e também a análise propriamente dita.

Seguem-se as etapas concretas da análise pitanêutica, cada uma num subcapítulo apropriado, razoavelmente detalhado.

5.1.2 – Depois de definidos os parâmetros da pesquisa, o *corpus* básico precisa ser coletado no “mundo dos eventos”: o local para realização da captura dos *corpora* e o tamanho da amostra dentro de critérios científicos.

Uma vez definidos os parâmetros da pesquisa (seleção e organização), importa colocar a identificação do *corpus* básico. O *corpus* básico compreende decisões do STF sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, todas exaradas dentro de um procedimento especial (processo de controle concentrado). A etapa de identificação real do

³⁹⁰ SARDINHA, Tony Berber. **Metáfora**. São Paulo: Parábola Editorial, 2007, p. 154.

³⁹¹ BAUER, Martin W. e AARTS, Bas. A construção do corpus: um princípio para a coleta de dados qualitativos. In: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, p. 39-63, 2008, p. 45.

corpus básico se desdobrou em três procedimentos sucessivos: a definição do local de onde as decisões são capturadas, o modelo de seleção, o tamanho da amostra (critério de representatividade do *corpus*) e a divisão do *corpus* básico em *subcorpus* ementa e *subcorpus* voto dos Ministros.

Em relação ao local de captura do *corpus* básico, todas as decisões foram capturadas a partir do sítio oficial do Supremo Tribunal Federal³⁹² e comparados aos textos do repositório oficial de jurisprudência disponibilizado no Diário da Justiça, tanto na sua forma impressa, como na mídia eletrônica (DJe). O sítio oficial do Supremo é atualizado periodicamente, praticamente em tempo real, de modo que a captura das decisões a partir dele atinge aos critérios de confiança e de atualidade imprescindíveis à pesquisa. O *site* da corte possibilita o acesso a partes importantes do processo, sempre na forma digitalizada. Acessou-se a **decisão completa**, assim considerada a versão composta pelo extrato de ata de julgamento, pela ementa e pelos votos de cada ministro, e as peças processuais necessárias para se entender o contexto da demanda. Além de mais prático que os levantamentos históricos realizados com base em consultas manuais, o acesso às informações por meio do sítio do Supremo Tribunal Federal encontra-se respaldado pelo artigo 99 do Regimento Interno do tribunal (RISTF): “são repositórios oficiais da jurisprudência do Tribunal”:

I – o Diário da Justiça, a Revista Trimestral de Jurisprudência, a Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, e outras publicações por ele editadas, bem como as de outras entidades, que venham a ser autorizadas mediante convênio;

II – para períodos anteriores, as seguintes publicações: Supremo Tribunal Federal – Jurisprudência (1892-1898); Revista do Supremo Tribunal Federal; Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a primeira e a última editadas pela Imprensa Nacional.

O Diário da Justiça também foi utilizado como local para captura do *corpus* básico, uma vez que disponibiliza a ementa e as conclusões de todos os acórdãos, além de se encontrar disponível integralmente através do sítio do tribunal (Diário de Justiça Eletrônico). A Revista Trimestral de Jurisprudência foi consultada através do sítio do Supremo (RI STF, artigo 100), pois, por força regimental, também traz a íntegra dos debates entre os Ministros e os votos proferidos em cada seção de julgamento.

Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas

³⁹² Vide: [www.stf.jus.br], último acesso para a pesquisa em 08.03.2012, às 22h30m.

respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada (RISTF, artigo 96).

Os repositórios tradicionais de jurisprudência poderiam ser utilizados, uma vez que as informações constantes em revistas e arquivos se encontram legitimadas por força da Resolução STF nº 330, de 27 de novembro de 2006. Porém, como trazem informes antigos ou em repetição em relação a aqueles fornecidos pelos outros locais consultados, a consulta se revelou desnecessária.

Em relação ao modo de seleção dos *corpora* básicos, o sítio oficial do Supremo Tribunal Federal disponibiliza *link* próprio para pesquisa de ações distribuídas segundo o procedimento abstrato de constitucionalidade. Através desse *link* (<processos>), acessaram-se as petições iniciais de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, de Ações Declaratórias de Constitucionalidade e de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental protocoladas em tempo real. Com esse canal de busca, a pesquisa foi refinada usando-se exatamente a expressão contida no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 (“dignidade e pessoa e humana”), extraindo-se apenas aquelas petições iniciais do controle concentrado em que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi cadastrado como um dos fundamentos da causa de pedir. Até o momento da finalização desta pesquisa³⁹³, o quadro de petições que foram ajuizadas no Supremo e que guardam relação com o PDPH é o seguinte:

Ações	Números
ADI	10
ADO	-
ADPF	07
ADC	-
Total	17

Tabela 5.1 – Levantamento dos processos relacionados com a pesquisa. Fonte: Supremo Tribunal Federal [www.stf.jus.br]. Dados sistematizados pelo autor.

Coube ainda analisar quais dessas ações foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. O número do processo foi conseguido ainda nessa etapa da pesquisa, o que facilitou a consulta do respectivo andamento processual em outro *link*, no mesmo site. Como era de se esperar, petições protocoladas não significam ações julgadas. Das 10 (dez)

³⁹³ Considerar até 08 de março de 2012, às 22h30m. Após essa data, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 54. Esse julgamento envolveu a utilização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Todavia, até 11 de Novembro de 2012, a decisão completa não foi disponibilizada na Revista Trimestral de Jurisprudência, motivo que impossibilitou a utilização desse referencial.

Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas foram julgadas 02 (duas), ou seja, 20% das ADIs envolvendo o PDPH, até aquele momento, foram julgadas.

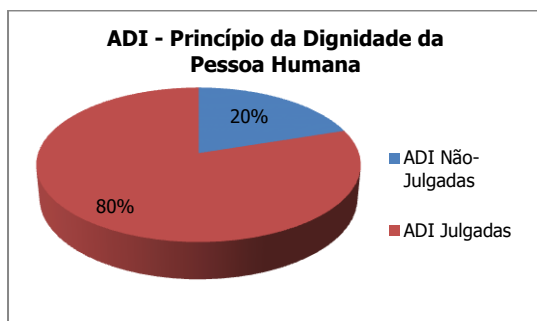


Gráfico 5.1 – Para demonstrar o percentual de Ações Diretas Julgadas e Não-Julgadas no Supremo Tribunal Federal. Dados sistematizados pelo autor

Das sete Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, 04 foram julgadas, sendo que duas não atingiram o mérito. Essas petições foram indeferidas por ausência de legitimidade com consequente extinção do feito (CPC, artigo 267), e as outras duas foram “recebidas” e julgadas “no mérito”. Em termos percentuais, isso significa que 57,14% das ADPFs protocoladas e vinculadas ao PDPH foram julgadas, sendo que metade desse percentual atingiu o mérito e a outra metade não.

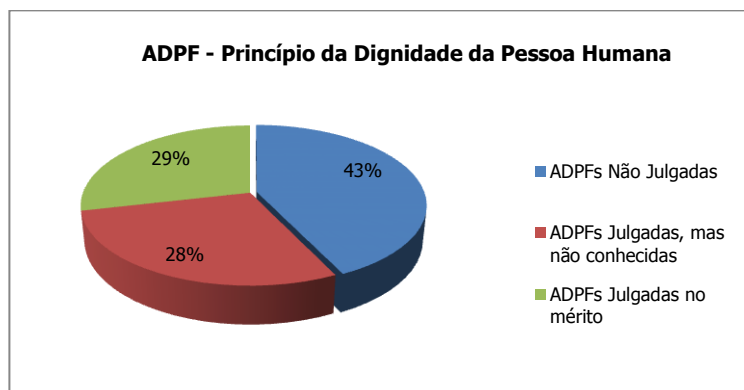


Gráfico 5.2 – Para demonstrar o percentual de Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental Julgadas no mérito, Julgadas sem mérito e Não-Julgadas no Supremo Tribunal Federal. Dados sistematizados pelo autor

Em relação ao tamanho da amostra (n): o problema do tamanho da amostra se encontra vinculado ao problema da representatividade do *corpus* de pesquisa, assunto que não foi tratado antes para ser analisado mais detidamente agora com base em números reais. Como ensina Tony Berber Sardinha, a “característica mais facilmente associada à representatividade é justamente a extensão do *corpus*, o que significa, em termos simples, que para ter representatividade o *corpus* deve ser o maior possível”³⁹⁴. O

³⁹⁴ SARDINHA, Tony Berber. **Linguística de corpus**. Barueri: Manole, 2004, p. 22.

problema seria saber qual deveria ser o tamanho da amostra (n) em relação ao *corpus* selecionado. O *corpus* selecionado compreende quatro decisões em controle abstrato de constitucionalidade, todas julgadas com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Esta tese optou por analisar as quatro decisões, apesar de elas tratarem de assuntos diversificados. A natureza qualitativa da análise retórica prescinde questões numéricas, atém-se mais ao valor do conteúdo que sua expressão matemática. A toda evidência, “um estudo pode incluir abordagens qualitativas e quantitativas em diferentes fases do processo de pesquisa”³⁹⁵. Além do mais, analisar retoricamente as decisões selecionadas a partir de todos os parâmetros estabelecidos transmite confiança, faz com que a pesquisa atinja graus suficientes de representatividade e diminui as margens de erros da verificação.

Como dito, esta tese analisou retoricamente **todas** as decisões do Supremo Tribunal Federal dentro dos parâmetros anteriormente definidos. Em termos estatísticos, o tamanho da amostra coincidiu com o tamanho da população pesquisada ($n = N$). Considerando que foram propostas 17 ações dentro dos parâmetros comentados, das quais apenas seis tiveram julgamento (04 de mérito e 02 foram indeferidas³⁹⁶), a proporção de processos julgados em relação ao número de ações propostas representa aproximadamente 24%, percentual bastante representativo. Isso significa que:

a) das dezessete petições iniciais envolvendo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em controle abstrato até o momento da pesquisa, 35,29% das reclamações obtiveram julgamento final;

b) das seis demandas julgadas, 33,33% foram indeferidas e 66,67% foram julgadas no mérito;

³⁹⁵ FLICK, Uwe. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. Tradução de Sandra Netz. 2ed. Porto Alegre: Bookman, 2004, p. 273.

³⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 172. Partido Progressista contra Juiz Federal da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. In: **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: DJe 21.08.2009, 2009, p.22; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 93. Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) contra Decreto Presidencial. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. In: **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: DJe 07.08.2009, 2009, p.41.

c) frente ao número de petições que ainda aguardam julgamento (nove), para um grau de confiança aceitável³⁹⁷, a **margem de acerto** desta pesquisa oscila entre 68 e 69%, descartando outras variáveis.

$$n = \frac{N \cdot p \cdot q \cdot (Z\alpha/2)^2}{p \cdot q \cdot (Z\alpha/2)^2 + (N-1) \cdot E^2}$$

A amostra pesquisada abrangeu cem por cento das decisões existentes em controle concentrado. Indubitavelmente, atingiu-se o pressuposto da representatividade do *corpus* de pesquisa antes comentado. Essas **quatro** decisões objeto da pitânêutica compreende um *corpus* constituído por 227.334 (duzentos e vinte sete mil, trezentos e trinta e quatro) palavras. Todo *corpus* foi submetido às técnicas pitânêuticas adiante explanadas. Apenas para ilustrar os processos sobre os quais se está tratando, apresenta-se um quadro demonstrativo:

Ações	Relator	Autor(es)	<i>Amicus curie</i>	Assunto³⁹⁸
ADPF 132	Min. Ayres de Britto	Governador de Estado (RJ)	Sim	União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico
ADPF 130	Min. Ayres de Britto	Partido Democrático Trabalhista – PDT	Sim	A “plena” liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer forma de censura prévia
ADI 3510	Min. Ayres de Britto	Procurador Geral da República – PGR.	Sim	Impugnação em bloco do artigo 5 da Lei nº 11.105/2005 (lei de Biossegurança). Pesquisas com células tronco embrionárias.
ADI 2649	Min. Carmen Lúcia	ABRATI – Associação Brasileira de Empresas de Transportes Interestaduais.	Não	Constitucionalidade da Lei nº 8.899/94 que concede passe livre às pessoas deficientes físicas. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, isonomia, livre iniciativa e outros.

Tabela 5.2 – Levantamento dos processos relacionados com a pesquisa. Fonte: Supremo Tribunal Federal [www.stf.jus.br]. Dados sistematizados pelo autor.

³⁹⁷ Utilizada a fórmula acima, para o que: N = tamanho da população total; N = 17. *p* = proporção da população pesquisada; *p* = 0,2352. *q* = proporção da população não pesquisada: *q* = (1 - *p*): *q* = 0,7648. *Zα/2* = valor crítico a depender do grau de confiança: para noventa por cento, 1,645. *E* = Erro máximo da estimativa. No caso, 0,31 < *E* < 0,32.

³⁹⁸ Conforme ementa do julgado.

Quando se diz que o *corpus* básico desta pesquisa são decisões do Supremo, os objetos centrais de pesquisa são então as ementas dos julgamentos e os votos dos Ministros componentes da corte. A identificação da ementa e dos votos como partes do *corpus* de pesquisa culminou com a sua divisão em duas partes: *subcorpus* ementa e *subcorpus* voto, mais adiante justificada.

5.1.3 – As estratégias utilizadas para que a análise retórico-pitanêutica, que objetiva o *corpus* básico, obtenha um *corpus* de apoio para testar a ocorrência das metáforas pesquisadas.

A seleção de um *corpus* de apoio pareceu uma opção estratégica para a análise pitanêutica empregada nesta tese. O *corpus* de apoio se constitui de textos que se encontram diretamente ligados ao *corpus* básico. A consulta a eles auxilia na investigação. Como a pesquisa apresenta como objetivo o estudo das metáforas que são associadas ao uso do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana dentro do *corpus* básico, o contexto narrativo em que esse fenômeno ocorre não poderia ser ignorado. Esse contexto narrativo encontra-se representado pelo *corpus* de apoio, constituído pelas **petições iniciais** e pelo **relatório do processo** apresentado pelo Ministro relator.

Apesar do juiz não se encontrar vinculado à narração dos fatos feita pelas partes e nem aos fundamentos apresentados nas peças processuais, sabe-se que a petição inicial margeia a discussão dentro do processo. Um dos princípios consagrados no direito processual brasileiro (*ne eat iudex ultra petita partium*) impõe limites às decisões que não podem estabelecer julgamentos fora ou a mais do que foi requerido pelo autor.

É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado³⁹⁹.

As **petições iniciais** formam *corpus* de apoio. Elas foram capturadas da mesma maneira que o *corpus* básico, ou seja, através do sítio oficial do Supremo Tribunal Federal. As petições se encontram digitalizadas e acessíveis ao público em geral. Ao contrário do *corpus* básico, não foi possível formatá-las com linhas específicas ou demarcar o uso metafórico do princípio da dignidade, pois os arquivos não permitiram o manuseio daquelas ferramentas aplicadas ao *corpus* básico. Mas, devido à natureza de *corpora* de apoio, essa limitação não prejudicou a análise. As petições iniciais correspondem a 442 páginas, entre

³⁹⁹ Código de Processo Civil brasileiro, artigo 460, *caput*.

fundamentos jurídicos (peça processual propriamente dita) e documentos acostados pelos autores-legitimados.

Os **relatórios dos Ministros** também foram utilizados como *corpus* de apoio. Eles consistiram em 16 páginas depois de devidamente formatadas, um *corpus* com 6.783 palavras as quais juntamente com as petições, serviram para descrição do contexto das demandas (5.2).

5.1.4 – O *corpus* de contraste para servir de paradigma para comparação e para etiquetamento das metáforas: os estudos cognitivos sobre a metáfora.

Nesta tese, o *corpus* de contraste é um texto doutrinário específico: *Metáforas de la vida cotidiana*, autoria conjunta de George Lakoff e Mark Johnson. Como discutido no capítulo terceiro, essa obra representa um grande intento desses autores. Nela, os autores procuram selecionar metáforas que constituiriam o cotidiano humano. Para eles, as metáforas não seriam um recurso expressivo da linguagem, mas um fenômeno que se encontra na percepção do mundo. Como esse assunto já foi suficientemente explorado no capítulo terceiro, não vale rediscuti-lo aqui.

Interessa colocar que a obra de Lakoff & Johnson funcionou como *corpus* de contraste, pois a partir dela as metáforas extraídas nas decisões (*corpus* básico) foram classificadas⁴⁰⁰. Não é demais salientar que o *corpus* de contraste possui natureza diversa do texto representado pelas decisões judiciais (*corpus* básico): enquanto o *corpus* básico são decisões judiciais, o *corpus* de contraste é uma doutrina. A toda evidência, esses textos se assemelham no objetivo que possuem, tanto o *corpus* básico como o *corpus* de contraste desejam prescrever normas. As decisões tomadas em controle abstrato procuram prescrever condutas jurídicas, a doutrina de Lakoff & Johnson prescreve como as metáforas devem funcionar. Nesse sentido, ambos os textos representam a metalinguagem falando da linguagem metafórica de primeiro nível, constituem-se em retórica estratégica que procura se impor sobre a retórica prática, assuntos tratados no capítulo quarto.

Também compõe o *corpus* de contraste a doutrina constitucional, especificamente aquela que pretende conceituar, definir e explicar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Neste último caso, foram selecionados textos aleatórios, de vários juristas

⁴⁰⁰ LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmem González Marín. 8ed. Madrid: Anaya, 2009.

brasileiros que procuram enfrentar o problema da indeterminação linguística do princípio da dignidade. Entre eles não existe nenhuma hierarquia ou critério lógico que demonstre como foram selecionados e utilizados nesta tese.

5.1.5 - Da técnica de identificação das metáforas e sua qualificação.

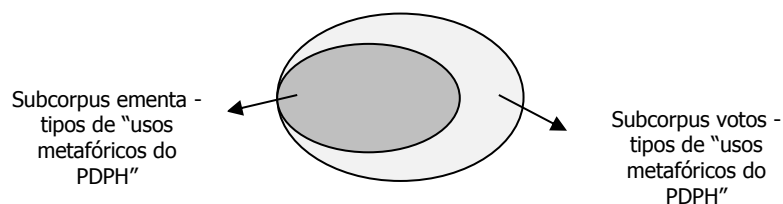
A técnica para identificação das metáforas se dividiu em seis etapas.

1 - Diante do *corpus* de pesquisa, separaram-se os trechos dentro das petições iniciais em que os autores argumentam com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa ação pretendeu encontrar as metáforas de apoio (metáforas argumentativas) utilizadas no argumento dos legitimados para interposição das ações diretas ou para interposição das arguições de descumprimento.

2 - Destacaram-se os trechos das decisões em que o Supremo Tribunal Federal, através dos diversos votos dos ministros, procurou realizar a tarefa semelhante, ou seja, destacaram-se passagem em que os Ministros procuram definir o princípio da dignidade como fundamento de seus votos.

3 - Após leituras e releituras das decisões destacando-se as metáforas, passou-se à **terceira etapa**. Essa etapa se consistiu na classificação das metáforas segundo o *corpus* de contraste.

4 - Foram selecionadas aquelas classificações de metáforas que foram comuns ao *subcorpus* ementa e ao *subcorpus* voto, quais sejam: princípio da dignidade é (i) um recipiente, (ii) uma pessoa, (iii) um ente, (iv) uma meta ou (v) um edifício; e, ainda, o princípio da dignidade (vi) qualifica, (vii) quantifica, (viii) representa o ordenamento jurídico (sinédoque da parte pelo todo). Na verdade, todos os tipos de “usos metafóricos do PDPH” no *subcorpus* ementa são encontrados no *subcorpus* voto, mas o inverso não pode ser afirmado. Há mais tipos de metáforas no *subcorpus* voto que no *subcorpus* ementa:



5 - Foram apresentados os relatórios quantitativos, como, por exemplo, a medição da frequência de metáforas encontradas tanto no *subcorpus* ementa quanto no *subcorpus* voto. E, finalmente,

6 - Foram redigidos os relatórios posteriormente comparados, conforme se verifica nos subcapítulos 5.3 e 5.4.

5.2 - A verificação analítico-pitanêutica precisa ser descritiva da linguagem judicial: o contexto em que se inserem os objetos desta pesquisa é construído pelas petições iniciais e pelos relatórios das ações.

Durante a realização da análise, observou-se que o contexto em que se inserem acórdãos, debates e mais precisamente os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal precisou ser descrito. Neste subcapítulo será apresentado o contexto das quatro decisões objeto da análise, através de um breve resumo descritivo dos objetivos de cada demanda. A descrição é realizada com base no *corpus* de apóio antes comentado. Em todas as demandas estudadas, o Relator venceu o debate, que não necessariamente foi decidido à unanimidade. Aliás, apenas a ADPF 132 foi decidida pela unanimidade dos Ministros, enquanto que a ADI 3510, a ADI 2649 e a ADPF 130 foram decididas pela maioria, conforme prevê a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99, embora sempre de acordo com o voto do relator.

Observando uma ordem apenas histórica em relação à data de julgamento de cada ação, os processos podem ser resumidos da seguinte forma:

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2649** foi ajuizada pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI) em face da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994 que concede “passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual” (artigo 1º). A ação foi distribuída em 13 de maio de

2002 para relatoria da Ministra Ellen Gracie, posteriormente redistribuída para a Ministra Carmen Lúcia em razão de aposentadorias e da assunção da relatora original à função de Presidente da Corte. Na petição inicial, sustenta-se a inconstitucionalidade da Lei pelos seguintes argumentos:

- a) a Lei nº 8.899/94 “criou um serviço de assistência social sem prévia indicação de sua fonte de custeio, em descompasso com a norma inscrita no §5º do artigo 195 da Constituição Federal”;
- b) A Lei nº 8.899/94 “promoveu a investida confiscatória do Estado no domínio privado”; e
- c) a lei objeto da ação “menosprezou o princípio da livre iniciativa, corolário do sistema econômico capitalista reduzido ao texto constitucional, desde o inciso IV do artigo 1º, passando por diversas paragens, até se consolidar no *caput* do artigo 170”. Requereu-se medida cautelar⁴⁰¹.

O Congresso Nacional se manifestou apresentando preliminar de ilegalidade ativa *ad causam*. No mérito, rebateu os argumentos da Associação asseverando que não houve criação de sistema assistencialista, de modo que o artigo 195, §5º é aplicável apenas para benefícios com ônus direto “a ser suportado pelos cofres públicos”. Aduz ainda que “passe livre é um comprometimento de todos, Governo e empresas com o respeito à dignidade das pessoas portadoras de deficiência”, e acredita que essa medida “seria um instrumento de realização da justiça social”. Por fim, o Congresso defende que o texto regulamentador que a lei faz referência possui natureza secundária, não sendo, sequer, passivo de ação direta⁴⁰². A Presidência da República também compareceu ao processo, negando os argumentos autorais. O Advogado Geral da União “afirma a inviabilidade da medida cautelar pleiteada que, em razão do lapso temporal entre a publicação da Lei 8.899/94 e a

⁴⁰¹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL e INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS (ABRATI). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2649). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2002, p. 5.

⁴⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2649. Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros contra a Lei 8.899, de 29 de Julho de 1994. Relatora Ministra Carmen Lúcia. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Editora Brasília Jurídica (Jan/Mar 2009), Vol. 207, nº 2, p. 583-604, 2009, p. 585.

propositura da ação, não revela *periculum in mora*⁴⁰³. O Procurador Geral da República se posicionou pela ilegitimidade da Associação, e, no mérito, pela improcedência da ação.

Em 08 de maio de 2008, o julgamento foi encerrado. O Tribunal pronunciou-se pelo conhecimento da ação, segundo a unanimidade dos ministros, e, no mérito, a ação foi julgada improcedente, vencido o Ministro Marco Aurélio de Melo.

A **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510** foi proposta em 30 de maio de 2005, subscrita pelo Procurador Geral da República e distribuída para relatoria do Ministro Carlos Ayres de Britto. Nessa ação, o então PGR Cláudio Fonteles requereu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 que permitia “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos e produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas nos respectivos procedimentos, atendidas às seguintes condições [...]”. Segundo os argumentos trazidos na ADI 3510, estariam violados o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal, além do artigo 1º, III que garante a dignidade humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Instado a se manifestar, o então Presidente da República defende a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005. Com parecer a favor da ADI 3510, o Procurador Geral da República Antônio Fernando de Souza pediu a procedência da ação. Foram admitidos 05 (cinco) *amicus curiae* na condição de intervenientes no processo, entre os quais a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Houve a instauração de audiência pública, na qual “foi lavrada extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos Senhores Ministros desta nossa **Corte Constitucional** e Suprema Instância Judiciária”⁴⁰⁴, como descreveu o Ministro Carlos Ayres de Britto.

⁴⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2649. Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros contra a Lei 8.899, de 29 de Julho de 1994. Relatora Ministra Carmen Lúcia. *In: Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília: Editora Brasília Jurídica (Jan/Mar 2009), Vol. 207, nº 2, p. 583-604, 2009, p. 586.

⁴⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Procurador Geral da República contra o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. *In: Revista Trimestral de Jurisprudência*. Brasília: Editora Brasília Jurídica (Out/Dez 2010), Vol. 214, nº 1, p. 43-310, 2010, p. 49 (g.n).

Em 29 de maio de 2008, na sessão plenária daquela tarde, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente da ADI 3510, declarando a constitucionalidade do artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança. Na ocasião, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes ficaram vencidos em diferentes extensões.

Aos 19 de fevereiro de 2008, através da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130**, o Partido Democrático Trabalhista ingressou no Supremo Tribunal Federal requerendo a declaração de não recepção da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967) pela ordem constitucional de 88. Segundo se depreende da leitura da inicial, o PDT arguiu a desobediência aos preceitos fundamentais estatuídos nos incisos IV, V, IX, XIII e XIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 garantindo que a Lei de Imprensa os viola por possuir “autoritarismo congênito”, além de promover a “colisão de direitos fundamentais”, quando considerados os artigos 1º, §2º *usque* artigo 6º, artigos 14, 16, I e 17, também os artigos 20, 21, 22 §3º, 23, 51, 52, 56, §§3º e 6º do artigo 57, §§1º e 2º do artigo 60, 61 *usque* 65.

Na arguição, requereu-se a declaração de revogação “em sua totalidade, porque incompatível com os tempos democráticos, erigida sobre a ementa ‘Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação’”, ou, em tese alternativa, que os dispositivos expostos fossem declarados “não recepcionados”, além de outros pedidos de interpretação conforme da Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967⁴⁰⁵. O PDT pediu cautelar suspensiva, que foi deferida (21.02.2008) *ad referendum* do pleno, para que os juízes se abstivessem de julgar ações que tenham relação com a Lei impugnada. A cautelar foi deferida apenas parcialmente, embora tenha sido prorrogada por três vezes antes do julgamento final.

Instado a se manifestar, o Advogado Geral da União se posicionou pedindo o não conhecimento do pleito. O Presidente do Congresso Nacional preferiu informar a existência de projetos de lei tendo como objeto a “liberdade de manifestação”. O Procurador Geral da

⁴⁰⁵ PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008, p. 48-49.

República posicionou-se em diferentes extensões quanto à colisão constitucional e aos respectivos preceitos indicados na arguição⁴⁰⁶.

Em 30 de abril de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedente a ação, ficando vencidos em parte os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie. Também ficou parcialmente vencido, sob argumento diverso, o Ministro Gilmar Mendes, e totalmente vencido o Ministro Marco Aurélio que julgou a ação improcedente.

Finalmente, a **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132** ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal em 27 de fevereiro de 2008 pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Nessa ação, o autor almejava a retirada do artigo 19, II e V e o artigo 33, incisos I e X e parágrafo único, todos do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro) do ordenamento jurídico, além do “conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis”⁴⁰⁷.

Segundo se depreende dos argumentos iniciais, os textos legislativos, regulamentos e todo “entendimento jurisprudencial viola[m] direitos fundamentais das pessoas envolvidas”, ao não emprestar a mesma natureza da união estável aos casais homoafetivos. Os princípios (i) da igualdade, (ii) da liberdade e da autonomia privada, (iii) da segurança jurídica e (iv) da dignidade da pessoa humana estariam sendo desrespeitados, a ponto de ser necessária a interposição de medida judicial, a ADPF 132. Para sugerir a ideia da quantidade de demandas judiciais propostas perante os tribunais brasileiros sobre o assunto, nas mais variadas extensões (questões de direito de família, de sucessões e até previdenciárias), o autor utiliza a seguinte metáfora:

⁴⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130. Partido Democrático Trabalhista contra a Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. In: **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Editora Brasília Jurídica (Jul/Set 2010), Vol. 213, nº 1, p. 20-183, 2010, p. 30.

⁴⁰⁷ GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008, p. 2.

Note-se que as demandas relacionadas com a matéria aqui discutida **deságuam** perante o Poder Judiciário do Estado, que tem produzido decisões divergentes⁴⁰⁸.

A metáfora da quantificação é verificada no uso do verbo “desaguar”, que serve para (i) legitimar o pleito, diante da quantidade de ações existentes no Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e supostamente de outros Estados também e para (ii) suprir a exigência contida no artigo 1º, parágrafo único c/c artigo 3º, IV da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Outra importante metáfora se encontra na passagem mais abaixo transcrita, na qual o arguente apresenta a controvérsia como uma “guerra”, carente de “pacificação” pelo “Supremo Tribunal Federal”:

A pacificação do tema pelo Supremo Tribunal Federal, portanto, terá impacto positivo sobre pessoas domiciliadas no Estado e sobre as instituições estaduais⁴⁰⁹.

Ainda sobre o PDPH, percebem-se metáforas igualmente importantes, como a metáfora da orientação – em que a dignidade humana é colocada no centro do ordenamento jurídico (“a não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas **dimensões nucleares da dignidade humana**”) –, a metáfora da personificação, em que a dignidade da pessoa humana é colocada como pessoa prejudicada (“Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana”) e, finalmente, a metáfora da moda, em que o princípio serve para tutelar “estilos de vida”:

A descriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais⁴¹⁰.

Esses são apenas alguns exemplos das multiposições que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assume. O uso metafórico contribui decisivamente no uso do princípio de uma forma ou de outra, a depender da construção da expressão linguística. O julgamento dessa medida (ADPF 132) nem sempre teve a natureza exclusivamente de

⁴⁰⁸ GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008, p. 8 (g.n).

⁴⁰⁹ *Idem, ibidem.*

⁴¹⁰ *Idem*, p. 26.

arguição. Isto porque a discussão envolvendo o reconhecimento da união estável entre homoafetivos também passou pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 178 ajuizada em 02 de Julho de 2009, posteriormente convertida na Ação Direta da Inconstitucionalidade nº 4277 através de decisão do Ministro Gilmar Mendes⁴¹¹.

A ADI nº 4277, antes ADPF 178, foi originalmente distribuída para a Ministra Ellen Gracie que, por despacho, arguiu a prevenção do Ministro Carlos Ayres Britto em razão da discussão ser alvo da ADPF 132. Reconhecida a prevenção, o tribunal julgou ambas as ações conjuntamente (ADI 4277 e a ADPF 132) em função do disposto nos artigos 126 e 127 do Regimento Interno. A sessão plenária ocorreu em 05 de maio de 2011⁴¹², a decisão colegiada reconheceu a procedência de ambas às ações, garantindo efeitos *erga omnes* e vinculante.

Feitas as considerações contextuais a partir das informações contidas nos relatórios das ações como também nas petições iniciais de cada processo respectivo, coloca-se a análise do *corpus* básico.

5.3 - A ementa representa a decisão final do Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de votos contrários: análise pitanêutica das ementas dos quatro julgados objetos da pesquisa.

O *corpus* básico desta pesquisa foi dividido em duas partes e, conseqüentemente, a análise também. Aqui, no subcapítulo 5.3 são analisadas as ementas dos quatro processos objeto da pesquisa e em 5.4 será analisado o *subcorpus* voto além de se colocarem algumas relações comparativas em relação *subcorpus* ementa. A justificativa para a subdivisão do *corpus* básico em dois *subcorpora* (*subcorpus* ementa e *subcorpus* voto) decorre da natureza processualmente distinta existente entre os textos que compõem cada *subcorpus* respectivo. É que, enquanto as ementas apresentam as ideias e as concepções vencedoras, já que os fundamentos vencidos não constam no acórdão do julgado, nos votos se conformam todas as divergências de opiniões, argumentos e contra-argumentos

⁴¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 178. Procurador Geral da República contra Artigo 1.372 do Código Civil brasileiro. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. In: **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: DJe 05.08.2009, 2009, p. 25-26.

⁴¹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277. Procurador Geral da República contra Artigo 1.372 do Código Civil brasileiro. Relatora Ministra Ellen Gracie. In: **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília: DJe 16.03.2011, 2011, p. 14.

de cada Ministro. Não pareceu metodologicamente coerente fazer uma análise simplesmente ignorando esse detalhe, de modo que a divisão do *corpus* foi necessária.

Na realidade, o acórdão é o produto final de um longo procedimento iniciado com o protocolo da petição inicial, passando pela apresentação da defesa, pela participação da Advocacia Geral da União e da Procuradoria Geral da República, pela intervenção dos *amicus curiae* até, finalmente, a sessão de julgamento.

A sessão de julgamento de processos que envolvem controle abstrato de constitucionalidade segue um ritual previsto no Regimento Interno do Supremo, especificamente no artigo 122 e seguintes. Segundo as regras internas, depois de lido o relatório de todo processo pelo Ministro Relator (RI, arts. 126 e 127), é concedido prazo para as sustentações orais (RI, art. 131) com consequente instauração dos debates (RI, arts. 133 e 135). Após, “o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa da antiguidade”⁴¹³. Nenhum Ministro está obrigado a concordar com o voto do relator, sendo possível a instauração de divergências (“princípio do livre convencimento do magistrado”). Concluídos os votos, o Presidente proclama a decisão.

O veredicto da corte é apresentado na forma de acórdão, acompanhado pelos fundamentos vencedores resumidos na ementa. O acórdão e a ementa que o acompanha são redigidos pelo relator, salvo se ele for vencido – situação em que o revisor redige o acórdão – ou, não tendo revisor, pelo primeiro Ministro cujo voto for prevalecente (RI, art. 135, §4º). Com efeito, o acórdão representa a decisão prevalecente do Tribunal, ignorados todos os argumentos esboçados e apresentados nos votos vencidos, sendo essa a única parte do julgamento que transita em julgado (CPC, artigos 468 e 469).

O processo brasileiro de controle concentrado é diferente do francês, por exemplo. Lá, o Conselho Constitucional “elabora-se a decisão em conjunto”, de modo que “[c]onhece-se apenas uma motivação: aquela que fundamenta a decisão adotada pelo colegiado”, sem possibilidade de se conhecer razões ou votos contrários. Segundo a Lei de Organização do Conselho Constitucional, os “membros do colegiado são submetidos a um dever de reserva que lhes impõe a obrigação de não divulgar suas opiniões pessoais a

⁴¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno**: atualizado até fevereiro de 2012. Brasília: STF, 2012, p. 97 [art. 135].

respeito das decisões”⁴¹⁴. Aqui, é possível saber se a decisão foi tomada pela maioria ou pela unanimidade de Ministros, bem como conhecer as posições individuais de cada Ministro e como elas influenciam na maneira dele ver o direito. Em respeito a essa característica do processo brasileiro e para preservar a uniformidade da análise, houve a necessidade de divisão do *corpus* básico.

Contudo, apesar dos *subcorpora* serem analisados separadamente, isso não significou que as análises não foram comparadas. Importante frisar: a divisão ocorreu em respeito às características específicas das ementas e dos votos, as comparações **quantitativas** e **qualitativas** foram inevitáveis.

Antes de prosseguir, três observações: uma primeira de natureza formal, uma segunda de natureza quantitativa e uma terceira observação de natureza qualitativa. Todas elas possuem íntima relação com a maneira de execução da retórica analítica.

A observação de natureza formal é que as referências aos *subcorpora* precisam ser exatas. Para que a análise retórico-pitaneútica seja precisa, é necessário que cada fenômeno observado no texto pesquisado seja indicado com o máximo de precisão para que o leitor tenha acesso à informação e confira os dados avaliados. Nesta tese, as decisões pesquisadas foram obtidas no formato *Portable Document Format*, no qual o arquivo não é “editável”. O grande problema consistiu em como fazer as referências com a precisão necessária, considerando o tamanho do *corpus* básico. Utilizar os sistemas oficiais de referência (notas de rodapé) não traria a mesma precisão que indicar exatamente a linha a que a análise se refere. Por meio de programas de informática específicos foi possível quebrar a segurança daqueles arquivos e importar o texto para o Microsoft Word7, um simples editor de textos cujas ferramentas operacionais facilitaram a análise e a apresentação dessas decisões dentro de padrões analíticos.

Uma vez transferidos os *subcorpora* para dentro desse editor, agora como arquivos “editáveis”, foi necessário limpar as informações (já que os arquivos transferidos sofrem algumas modificações simbólicas e estéticas) e inserir linhas que são utilizadas durante a análise para indicar exatamente a passagem que a retórica analítica se refere, com o máximo de precisão possível. Essa ação também auxiliou na análise do princípio da

⁴¹⁴ COSTA, Thales Morais da. Justiça Constitucional. In: COSTA, Thales Morais da. **Introdução ao direito francês** (coord.). Curitiba: Juruá, Vol. I, p. 139-193, 2009, p. 176.

dignidade e das metáforas correspondentes, pois o programa da Empresa Microsoft & Co disponibiliza ferramenta com a qual se comenta o texto pesquisado paralelamente, pode-se criar meta-linguagem e meta-metalinguagem facilmente identificáveis.

Desta feita, quando esta tese precisar se referir a passagens dos *subcorpora*, ela o fará indicando o *subcorpus* específico, a decisão correspondente e a linha exata em que a passagem foi retirada. Por exemplo, “Em ADI 2649, 16-19” se refere à passagem contida nas linhas 16 a 19 da ementa da Ação Direta nº 2649, ou seja:

16 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na
17 sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento
18 aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela
19 definição de meios para que eles sejam alcançados.)

Da mesma forma, V ADI 2649, 200-201 se refere às linhas 200 a 201 dos votos exarados na Ação Direta nº 2649, ou seja, refere-se a seguinte passagem:

200 No caso brasileiro, aqueles como estas têm o seu fundamento na busca incessante da
201 dignificação do ser humano, na igualação jurídica de todas as pessoas pela oferta igual de
202 oportunidades na participação da vida social.

Outra medida usada para facilitar a análise foi utilizar percentuais nos quadros comparativos (subcapítulo 5.4). É que os *subcorpora* possuem extensões mensuradas em grandezas numéricas muito diferentes, inviabilizando assim comparações entre os dados obtidos a partir desses *subcorpora*. O *subcorpus* ementa é constituído por 6.247 palavras, enquanto que o *subcorpus* voto é constituído por 221.004. Na verdade, as ementas tendem a ser menos extensas que os votos dos Ministros, os quais são repletos de argumentos e são bem mais detalhados. Não faz sentido comparações quantitativas senão guardadas as proporções.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, a tese utilizou percentuais para medir a ocorrência do uso de metáforas relacionadas com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em cada *subcorpus* específico. Por exemplo, na ementa da ADI 2649 foram detectadas quatro metáforas relacionadas ao PDPH num universo de vinte duas (considerando todo *subcorpus* ementa), o percentual de uso metafórico do PDPH (Ementa

ADI 2649) foi de 18,18%. No *subcorpus* voto dessa mesma ação direta, foram detectados seis usos metafóricos num universo de trezentos e dezesseis, o percentual de uso metafórico no *subcorpus* voto foi de 1,90%.

$$\% \text{ uso metafórico do PPDH} = \frac{\text{Nº Metáforas detectadas na decisão}}{\Sigma \text{ todas as metáforas do } \textit{Subcorpus}}$$

Se os percentuais não fossem utilizados, a comparação com base em números absolutos não revelaria com tanta clareza os desníveis, pois praticamente não há diferença entre quatro ou seis ocorrências metafóricas, diferença mais clara quando se compara em termos percentuais: 1,90% no *subcorpus* voto contra 18,18% no *subcorpus* ementa.

E, finalmente, a observação qualitativa. O exame das metáforas foi realizado através de uma classificação, a partir de um quadro desenvolvido com base na Teoria da Metáfora Conceitual proposta por Lakoff & Johnson. Como tratado no capítulo terceiro, esse quadro é **meramente exemplificativo** e, embora tome por base aquela teoria, foi devidamente adaptado para os fins desta tese. A classificação sugerida na análise retórica em que o princípio da dignidade é associado às metáforas sugeridas por Lakoff & Johnson não inviabiliza outro julgamento posterior. Quer dizer, a tese não se encontra prejudicada caso um determinado uso linguístico do PDPH é associado aqui à metáfora de recipiente, mas oportunamente outra pessoa reclassificasse-a como metáfora da personificação, por exemplo. Nunca é demais insistir, o teste ao qual a hipótese desta pesquisa está submetida é: o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é (re)construído pelo Supremo Tribunal Federal nas suas variadas decisões, graças ao uso metafórico desse princípio. Se o princípio num dado momento se encontra personificado e noutro entificado, a hipótese testada se encontra comprovada da mesma forma.

A toda evidência, e apenas por uma questão de **unidade** qualitativa, as metáforas encontradas a partir da varredura no *subcorpus* ementa limitaram a comparação. Quer dizer, como no *subcorpus* ementa foram encontrados oito usos metafóricos diferentes (PDPH é recipiente, PDPH é pessoa, PDPH é um ente, PDPH é uma meta, i.e.) e tantos outros tipos no *subcorpus* voto, incluídos aqueles do *subcorpus* ementa, manteve-se o quadro comparativo a partir daquele utilizado no *subcorpus* ementa.

Como antes mencionado, o *subcorpus* ementa possui uma extensão menor que o *subcorpus* voto, compreende 6.247 (seis mil duzentas e quarenta e sete) palavras, distribuídas da seguinte forma:

Ações:	ADI 2649	ADI 3510	ADPF 130	ADPF 132
Tamanho do <i>Subcorpus</i> (ementas):	238	1973	2985	1051

Tabela 5.3 – Para demonstrar a extensão do *subcorpus* ementa. Dados sistematizados pelo autor.

Em termos gráficos, o tamanho desse *subcorpus* pode ser representado assim:

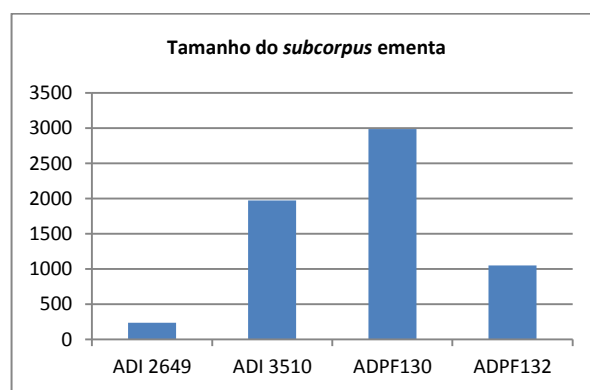


Gráfico 5.3 – Extensão do *subcorpus* ementa: distribuição proporcional para comparação quantitativa. Dados sistematizados pelo autor

Entre os *subcorpora* ementas, aquele mais extenso pertence à ADPF 130 em que se discutiu a recepção da Lei de Imprensa, seguindo-se ao *subcorpus* Em ADI 3510, na qual se debateu a compatibilidade da Lei de Biossegurança com a Constituição Federal, acompanhada pelo *subcorpus* Em. ADPF 132 em que se discutiu a união estável entre pessoas do mesmo sexo e o menor, o *subcorpus* ementa da ADI 2649, no qual se requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei do “passe livre para os deficientes e necessitados”.

Em todas as ementas se detectam variadas metáforas relacionadas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Todavia, não parece que a ocorrência das metáforas tenha a ver com a extensão ou com o tamanho do *subcorpus*. A ementa da ADPF 130 possui 2.985 palavras e apenas cinco ocorrências metafóricas relacionadas ao PDPH, o *subcorpus* Em. ADI 3510 é menor que ele, mas possui **mais** usos metafóricos relacionados ao

princípio da dignidade. O quadro de ocorrência de usos metafóricos foi desenvolvido da seguinte forma:

Ações	ADI 2649	ADI 3510	ADPF 132	ADPF 130
Ocorrência do PDPH	4	12	1	5
	18,18%	54,55%	4,55%	22,73%

Tabela 5.4 – Para demonstrar o percentual (%) de ocorrência de metáforas relacionadas com o PDPH no *subcorpus*, em relação ao número total dessas metáforas. Dados sistematizados pelo autor.

Em gráfico:

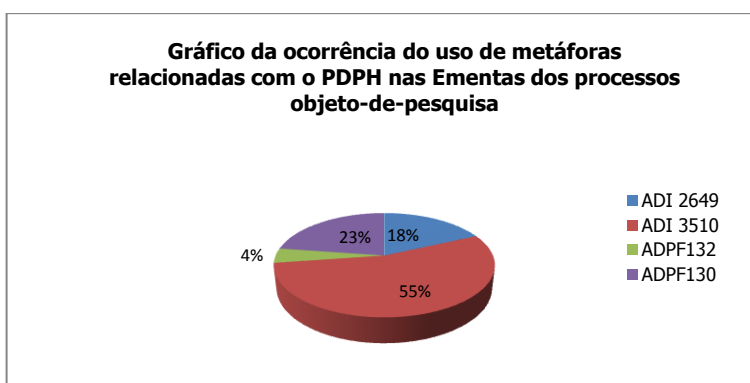
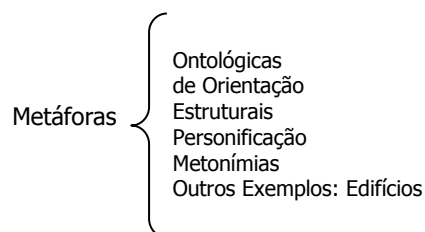


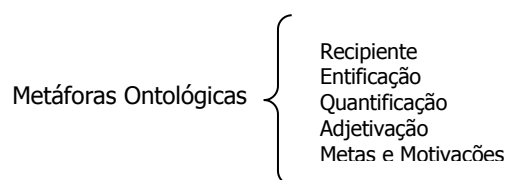
Gráfico 5.4 – Para demonstrar o percentual (%) de ocorrência de metáforas relacionadas com o PDPH no *subcorpus*, em relação ao número total dessas metáforas. Dados sistematizados pelo autor.

Em termos puramente quantitativos, é sintomático afirmar que o tamanho do *subcorpus* não interfere na ocorrência de metáforas. Embora todos os julgados estejam ligados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e que esse princípio possui aplicações metafóricas qualitativamente diferentes, a ocorrência dessas metáforas não se associam a maior ou menor extensão do *subcorpus* ementa. O exemplo mais significativo é a ementa da ADI 2649, a mais resumida de todas, com apenas 238 palavras e **quatro** ocorrências metafóricas. Já a ementa da ADPF 132, na qual se discute a união estável entre homoafetivos, a ocorrência de metáforas em relação ao mesmo princípio é de apenas **uma** ocorrência. O maior percentual de ocorrências de metáforas relacionadas com o princípio da dignidade pertence a ADI 3510, que contam doze ocorrências, logo, 52% do total de todas as metáforas encontradas nessas ementas, nada obstante possuir o segundo maior *corpus* de pesquisa. A ementa da ADPF 130 possui o *corpus* mais extenso, contém apenas cinco ocorrências metafóricas.

As análises quantitativas sobre as quatro ementas pertencentes aos processos associados ao princípio da dignidade não sugeriram nenhuma relação. Frustrada a possibilidade de se relacionar a extensão do *subcorpus* à ocorrência metafórica do PDPH, a análise precisou ser **qualitativa**. As metáforas foram classificadas observando-se a teoria de George Lakoff e Mark Johnson, qual as agrupou seis tipos, assim divididas:



As metáforas ontológicas ainda se subdividem outros subtipos:



Em termos qualitativos, depois de analisadas as ementas e classificadas as metáforas, o quadro de ocorrência é o seguinte:

Ação/Metáfora	Recipiente	Personificação	Entificação	Quantificação	Adjetivação	Metas e Motivações	Sinédoque	Edifícios
ADI 2649	0	1	1	0	0	1	0	1
ADI 3510	1	3	1	0	3	0	1	3
ADPF 130	2	1	1	1	0	0	0	0
ADPF 132	1	0	0	0	0	0	0	0
Total	4	5	3	1	3	1	1	4

Tabela 5.4 – Para demonstrar os tipos (qualidade) das ocorrências metafóricas catalogadas em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Por meio da simbologia matemática, exatamente por ela possuir “características gerais de objetividade, de precisão, de rigor, de neutralidade do ponto de vista ideológico”, verificou-se ser possível a construção de um gráfico a partir desses dados obtidos na

pesquisa⁴¹⁵. Não um gráfico representando uma função quantitativa $f(x) = x$, como tradicionalmente ocorre, mas um **gráfico qualitativo**, pois como diria Albert Biderman:

É importante fazer a distinção entre o uso do gráfico para demonstrar a aplicação da matemática às informações e o uso da matemática para facilitar o gráfico, isto é, a apresentação visual das informações⁴¹⁶.

Ou seja, no gráfico qualitativo, abandona-se a ideia tradicional segundo a qual o gráfico é um recurso formal da matemática concebido como instrumento de apresentação de informações. Neste sentido, colocadas as **ocorrências de metáforas** no eixo das ordenadas e os tipos de metáforas verificadas no eixo das abscissas, a representação é:

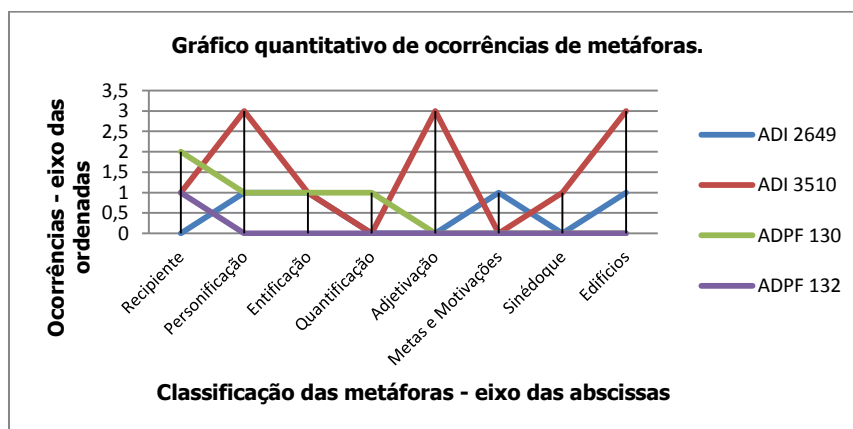


Gráfico 5.5 –Gráfico Qualitativo - Para demonstrar os tipos (qualidade) das ocorrências metafóricas catalogadas em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dados sistematizados pelo autor

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é mencionado nas ementas dos julgados em oito situações diferentes. Em todas, ele assume uma forma metafórica: ora associado a um recipiente, ora é personificado, i.e, como pode ser vistos nos exemplos abaixo. Em alguns trechos o PDPH é um recipiente a partir do qual se “emana” alguma coisa. . .

Reconhecimento do direito à preferência sexual **como direta emanção** do princípio da “dignidade da pessoa humana (Em. ADPF 132, Linhas 177-178).

⁴¹⁵ MACHADO, Nilson José. **Matemática e realidade**. 3ed. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1991, p. 9.

⁴¹⁶ “It is important to distinguish the use of the chart to show the application of mathematics and use the information to facilitate the mathematical graph, that is, the visual presentation of information” (BIDERMANN, Albert. **The Playfair Enigma**: Toward understanding the development of the schematic representation of statistics from origins to the present day. Institut für Didaktik der Mathematik: Universität Bielefeld, p. 3-25, 1989, p. 21).

. . . noutros trechos, o PDPH é personificado: age como pessoa, ganha vida; ele “opera” (age de uma maneira) ou simplesmente caminha, “anda”, “passa” como pode ser verificado nas passagens abaixo transcritas:

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana **opera** por modo binário (Em. ADI 3510, 34-35, g.n).

Normas constitucionais conformadas do direito fundamental a uma vida digna, que **passa** pelo direito à saúde e ao planejamento familiar (Em. ADI 3510, 26-28, g.n).

Também é possível verificar o PDPH entificado, funcionando como objeto, “coisificado”; por exemplo, na passagem extraída da Em. ADI 3510, 140-141: “Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana”. Por vezes, a dignidade humana adjetiva/qualifica a vida (“normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma **vida digna**” – Em ADI 3510, 25-26), ou é quantificada – algo que pode ser aumentado, “densificado”: “Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana”, como ocorre na Em. ADPF 130, 324-325.

Em quatro oportunidades, pôde-se observar o PDPH sustentando o ordenamento jurídico ou os direitos fundamentais. Diferente das outras situações, aqui o PDPH é o alicerce do ordenamento, sua base de sustentação é uma pilastra sobre a qual demais princípios ou direitos são erigidos:

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana (Em. ADI 3510, 97-99).

Ainda, observou-se que **o PDPH é uma meta a ser alcançada** (“em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados” – Em ADI 2649, 17-19), **ou expressa** (simboliza, representa) todo ordenamento jurídico (parte pelo todo): “Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam)” – Em. ADI 3510, 57-59.

5.4 - Os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal carregam opiniões, crenças e visões-de-mundo de cada membro da corte: o uso metafórico do princípio da dignidade nas decisões deixa marcas da construção, da destruição e da reconstrução desse preceito fundamental.

Obedecendo as mesmas etapas da análise do *subcorpus* ementa, para o *subcorpus* voto nos processos objeto de pesquisa, registra-se o seguinte: o tamanho desse *subcorpus* é maior que o anteriormente analisado. Agora são 221.004 palavras, distribuídas da seguinte forma:

Ações:	ADI 2649	ADI 3510	ADPF 130	ADPF 132
Tamanho do <i>Subcorpus</i> voto	7.598	120.394	71.822	21.190

Tabela 5.5 – para demonstrar a extensão do *subcorpus* votos.

Na linguagem gráfica:

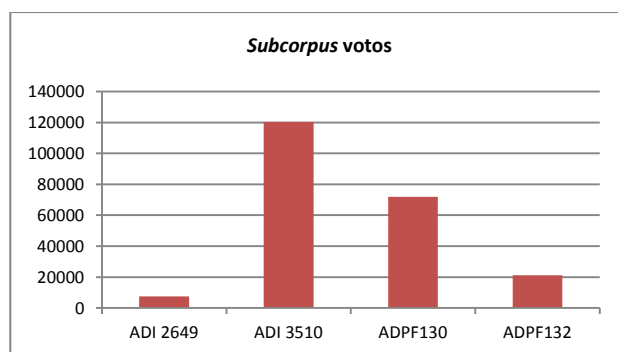


Gráfico 5.5 – Demonstrar a extensão do *subcorpus* votos, para comparação entre cada decisão pesquisada. Dados sistematizados pelo autor

Diferentemente do que ocorreu na observação quantitativa do *subcorpus* ementa, aqui no *subcorpus* voto, aquele de maior extensão foi o da ADI 3510 com 120.394 palavras, seguido o da ADPF 130 (contra a Lei de Imprensa brasileira) com 71.822 palavras, em terceiro o da ADPF 132 (união estável entre homoafetivos) com 21.190, e em quarto lugar, o da ADI 2649 (contra a Lei do “passe livre para deficientes carentes”), com 7.598 termos.

Não há relação entre a extensão dos *subcorpora* (ementa e votos); ementas extensas não significam *subcorpus* voto proporcionalmente extensos; ementas menores não significam *subcorpus* voto mais restringidos. Por exemplo, o *subcorpus* mais extenso

entre as ementas foi aquele da ADPF 130, já entre os votos, foi o da ADI 3510. A ADPF 132 ocupou o terceiro lugar de extensão no *subcorpus* ementa, mantendo-se nessa posição no *subcorpus* voto. Também se manteve na mesma condição o *subcorpus* voto da ADI 2649 em relação ao seu *subcorpus* ementa. Percentualmente, o gráfico abaixo demonstra que, em alguns casos, o *subcorpus* ementa é maior que o *subcorpus* voto (ADI 2649, ADPF 132 e ADPF 130), e, em outros casos, o *subcorpus* ementa **é menor** que o *subcorpus* voto (ADI 3510), sem a identificação de qualquer relação lógico-instrumental.

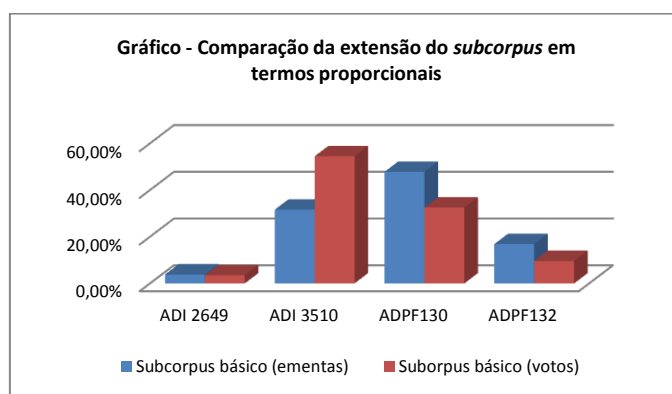


Gráfico 5.6 – Comparação da extensão do *subcorpus* ementa em relação ao *subcorpus* votos. Comparação proporcional (%) e em termos gráficos. Dados sistematizados pelo autor

Em relação à ocorrência do PDPH nesses votos, detectam-se empregos metafóricos de várias formas e maneiras. Medindo-se a ocorrência desse princípio nos votos e relacionando-os com o quantitativo total, chega-se ao **percentual de ocorrência metafórica do PDPH** nos votos, qual seja:

Ações	ADI 2649	ADI 3510	ADPF 130	ADPF 132
Ocorrência do PDPH	06	290	62	37
%	1,55%	73,39%	16,02%	9,04%

Tabela 5.6 – Percentual de ocorrência de metáforas relacionadas com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Diferentemente do que ocorreu no *subcorpus* ementa (5.3), em que a extensão do *subcorpus* não interferiu na ocorrência das metáforas, no *subcorpus* voto se detectou uma relação direta: quanto mais extensos os votos dos Ministros, mais ocorrências metafóricas do PDPH.

O comportamento do percentual de ocorrência metafórica do PDPH **nas ementas** e **nos votos**. Na ADI 3510 e na ADPF 132, esse percentual manteve-se maior nos votos

que nas ementas. Seguindo o mesmo raciocínio, verifica-se que o percentual de ocorrência metafórica do PDPH nas ementas da ADI 2649 e na ADPF 130 é proporcionalmente maior que nos votos. Em outras palavras, foram detectadas mais ocorrências metafóricas do PDPH nas ementas da ADI 2649 e na ADPF 130 que nos votos:

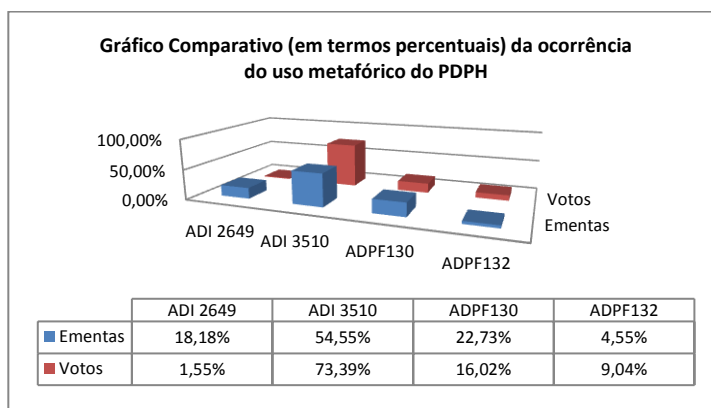


Gráfico 5.7 – Ocorrência de metáforas catalogadas em relação ao PDPH. Gráfico para comparação entre as ocorrências no *subcorpus* ementa e no *subcorpus* votos. Dados sistematizados pelo autor

Realizada a varredura nas metáforas relacionadas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em cada voto proferido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos processos em comento, percebeu-se a ocorrência de metáforas além daqueles oito tipos a partir dos quais o *subcorpus* ementa foi classificado. Contudo, utilizado o mesmo quadro classificatório do *subcorpus* ementa, a ocorrência metafórica ficou assim distribuída:

Ação/Metáfora	Recipiente	Personificação	Entificação	Quantificação	Adjetivação	Metas e Motivações	Sinédoque	Edifícios
ADI 2649	0	0	0	0	1	4	0	1
ADI 3510	02	21	121	12	47	12	14	28
ADPF 130	03	20	14	01	04	04	01	05
ADPF 132	03	05	08	01	02	02	02	06
Total	08	46	143	14	54	21	17	40

Tabela 5.7 – Tipos (qualidade) das metáforas catalogadas em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como nas ementas, o uso do princípio da dignidade aqui no *subcorpus* voto foi diversificado. Na maioria das situações em que foi mencionado, o princípio da dignidade

assumiu a função de entidade que precisa de “cuidado” por parte do jurista que decida conflitos com base nele (“O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana” – V. ADPF 130, 1170-1171), **a dignidade é regra**, em algumas situações, (“O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica” – V. ADPF 132, 1246-1248), **é objeto tutelado** noutros casos: “As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana” – V. ADPF 132, 1350-1352 e, ainda, **princípio constitucional** que “admite transbordamento”:

Sucede que – este o fiat lux da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa.

Por outro lado, o PDPH **é pessoa**, qual não pode ser sofrer violação, ofensa e muito menos atentado: “Logo, a lei não pode, em nenhum caso, atentar contra a dignidade da pessoa humana” (V. ADI 3510, 3502).

O princípio da dignidade **é uma meta** a ser alcançada, como pode se extrair da seguinte passagem: “No caso brasileiro, aqueles, como estas, têm o seu fundamento na busca incessante da dignificação do ser humano” (ADI 2649, 200-201), ou um **edifício** capaz de sustentar a República Federativa do Brasil: “O Direito Civil é possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República” (ADPF 132, 1439-1441). Algumas passagens dos votos se referem à dignidade humana como **parte de um todo** (sinédoque), como na passagem abaixo transcrita a partir do voto na ADI 3510, 1641-1643:

Não se trata de uma dignidade do cadáver ou do nome do morto por si sós. A dignidade é a dignidade do corpo da pessoa que era viva e que morreu. A dignidade é a dignidade do nome da pessoa que era viva e que morreu

A dignidade qualifica:

A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida, **aí incluído a vida afetiva com o outro, constituindo uma**

instituição que tenha dignidade jurídica [...] (V. ADPF 132, 1202-1206, g.n).

E, quantifica também:

[...] aqui mesmo em nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a "orientação" sexual alheia. Que não tem nada a ver - repita-se à exaustão - com **a maior ou menor dignidade dos seres humanos**. (V. ADPF 132, 282-285, g.n).

A dignidade acomoda outros princípios, como a liberdade. É um recipiente no qual cabem direitos, regras e normas jurídicas: "A liberdade é dado complementar, senão integrante da dignidade humana" (V. ADPF 130, 5398-5399).

Descritas essas situações em que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é usado de variadas maneiras nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, importa colocar a última parte da análise retórico-pitanêutica: as comparações qualitativas entre o *subcorpus* ementa e voto.

Além dos oito usos metafóricos do princípio da dignidade acima mencionados, nos votos dos Ministros outros exemplos são identificados, tais como: a metáfora da orientação, a metáfora de que teorias, argumentos e ideias são plantas, recursos ou produtos de consumo, por exemplo. Essas outras ocorrências não foram mencionadas porque se fez uma análise do *subcorpus* voto a partir dos usos metafóricos identificados no *subcorpus* ementa, pelas razões metodológicas já antecipadas. A partir dos votos ainda é possível reconhecer:

1. **Metáforas de orientação**, nas quais a dignidade é uma metanorma, que se encontra acima de outras normas jurídicas. A ideia de dentro e fora do ordenamento jurídico, ao lado da concepção de hierarquia que a "ordem jurídica" está vinculada, baseia-se nessas metáforas orientacionais de grande poder retórico:

A nossa Constituição, como sabemos, em homenagem ao princípio ou, na verdade, à verdadeira **metanorma da dignidade humana**, foi extremamente pródiga no que diz respeito à proteção do deficiente físico [...] (V. ADI 2649, 475-477, g.n).

2. **Ideias, teorias e argumentos são plantas** que “enrolam-se”, “entroncam-se” e até “frutificam”. Essa é outra metáfora presente em alguns votos, segundo os quais o princípio da dignidade possui troncos capazes de enroscarem-se com outros direitos:

Assim também, e de novo como pauta de direitos **mais fortemente entroncados com a dignidade da pessoa humana**, a nossa Lei Maior estabelece nesse mesmo art. 5º que: a) “é livre a expressão da atividade (V. ADPF 130, 359-361, g.n).

3. **Ideias, teorias e argumentos são recursos** que precisam de preservação. O princípio da dignidade precisa ser preservado, não por causa de valores, mas por causa de sobre-valores ligados a esse adágio. Colocar o PDPH nessa condição o qualifica perante qualquer interesse econômico e financeiro:

Há que se cuidar de sempre e sempre respeitar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana (V. ADI 3510, 4048-4049).

O que é uma dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço. O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço (V. ADI 3510, 4189-4196).

A análise retórico-pitanêutica descobriu um uso metafórico diversificado do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nos processos objeto de pesquisa. Além dos oito tipos de empregos metafóricos detectados nas ementas e nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, a análise permitiu outros etiquetamentos, como nos exemplos acima mencionados. Esse uso diversificado no qual o PDPH ora é associado à metáfora do recipiente, ora é personificado, não permite descrever uma regra padrão, como era esperado. Por outro lado, evidencia que o adágio fundamental da República Federativa do Brasil apresenta seu sentido definido casuisticamente, graças à ação de metafórica diversificada analisada no capítulo sétimo. O PDPH possui um sentido construído num momento, mais adiante esse sentido é destruído para novamente ser reconstruído. Como defendido no capítulo terceiro, essa diversidade de uso e associações metafóricas interferem na “maneira de conceber” o direito e os fenômenos correlatos, contudo deixa-se a discussão para o capítulo sétimo, quando a problemática da neutralidade e da análise retórico-pitanêutica precisará ser reenfrentada.

Capítulo Sexto

Da agenda de trabalho para a retórica pitanêutica até à construção do Princípio da Dignidade Humana: a construção metafórica da retórica jurídica.

6.1 – Esta tese propõe uma agenda de trabalho para o desenvolvimento da retórica analítico-pitanêutica de metáforas: novamente sujeito, signo e o problema da construção.

No capítulo sexto serão respondidos dois problemas centrais deste trabalho, os quais, agora, encontram-se apresentados na forma de teses. Conforme dito lá na introdução, apesar do substantivo **tese** não se encontrar devidamente flexionado no plural, este texto lida com duas teses, ou seja, trabalha concorrentemente para a construção de duas ideias, as quais estão essencialmente associadas, e, aqui, separadas analiticamente.

Na primeira delas, encontram-se concepções relacionadas com o problema metodológico. O obstáculo que esta tese procurou superar foi construir um modelo eficiente acerca de **como** analisar metáforas no discurso judicial. Tomaram-se, como objetos, decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, todas exaradas com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Diante de tantos modelos de análise, defende-se uma espécie de metaforologia, assim entendida enquanto agenda de trabalho, como sendo a melhor forma de descrever as análises retórico-pitanêuticas de metáforas trazidas nos capítulos 4 e 5 anteriores.

Na segunda, encontram-se conclusões materiais realizadas depois da execução da análise retórico-pitaneútica propriamente dita. Após a fase de justificação pelo sujeito e pelo signo analisado, da preparação dos *corpora* objetos de pesquisa, da identificação e do etiquetamento, as metáforas foram classificadas utilizando-se como paradigma a teoria de George Lakoff e Mark Johnson. Verificou-se que dignidade humana é um princípio constitucional construído nas – e pelas – decisões judiciais, graças à ação de metáforas de personificação, ontológicas e de orientação, i.e, sendo possível descrever-lhes as diversas aplicações. Apesar de essa descrição ser totalmente exemplificativa, ela serve de base para a análise sobre a forma de construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (novamente, PDPH), corolário do Estado Brasileiro.

Destarte, este capítulo possui dois objetivos: um, é demonstrar os caminhos da retórica pitaneútica, discutindo-lhes os resultados. Nesse ponto, haverá sempre a necessidade de referência aos capítulos anteriores, sobretudo aos capítulos quarto e quinto nos quais se executou essa metódica. Aqui, cumpre apenas resgatar, de forma teórica, as etapas dessa construção, sem não antes problematizar-lhes o funcionamento. Problematizar o funcionamento dos métodos, da metodologia e da própria metódica é uma atitude retórica e, antes de tudo, um compromisso de uma tese filosófica. Outro objetivo é analisar a ocorrência de metáforas na construção, na destruição e na reconstrução do signo jurídico específico “PDPH”. O próximo subcapítulo explicará a utilização de tipos metafóricos diversificados na construção do PDPH, a fim de interpretar os porquês dos diversos usos, sem nunca esquecer o contexto em que foram utilizados.

Como neste subcapítulo (6.1) se discutirá a questão da construção de um caminho eficiente para a análise de metáforas no discurso judicial, volta-se ao problema formal.

É certo que os capítulos quarto e quinto foram conduzidos sob o pressuposto de que inexistente **uma única** técnica de análise de discursos, embora se possa conviver com várias delas. Por exemplo, Norman Fairclough pretendeu “desenvolver uma abordagem de análise linguística que possa contribuir para preencher essa lacuna”, sem pretensões de perfeição para tal modelo teórico⁴¹⁷.

⁴¹⁷ FAIRLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de Izabel Magalhães (Coord.). Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 19.

Para atingir esse objetivo, ele sentenciou:

[...] é necessário reunir métodos para analisar a linguagem desenvolvidos na linguística e nos estudos de linguagem com o pensamento social e político relevante, para desenvolver uma teoria social da linguagem adequada⁴¹⁸.

Apesar da técnica desenvolvida por Norman Fairclough, esta tese não se liga à proposta metodológica que ele traçou. A citação desse autor tem a ver com a consciência que ele difundiu, segunda qual, métodos e metodologias são construídos a partir da junção de esquemas teóricos arrojados. Para alcançar os objetivos desta tese, diz-se seguramente que não há necessidade de observar nenhuma técnica pré-existente ou necessariamente desmitificar qualquer uma já apresentada. Se são tantos caminhos, se tantas técnicas são possíveis, esta tese precisa defender apenas o trajeto que escolheu. Isso explica o motivo pelo qual todas as opções feitas até aqui foram tentativamente justificadas, e, embora se possa discordar dos argumentos apresentados em cada momento oportuno, provavelmente não se poderá qualificá-los de desprezíveis ou de desonestos.

A propósito, René Descartes já dizia:

A diversidade de nossas opiniões não provém do fato de uns serem mais racionais do que outros, mas tão-somente em razão de conduzirmos o nosso pensamento por diferentes caminhos e não considerarmos as mesmas coisas⁴¹⁹.

E, acrescentou:

[...] não é meu propósito ensinar aqui o método que cada indivíduo deveria seguir para bem conduzir sua razão, mas apenas mostrar de que maneira procurei guiar a minha. Os que propõem a oferecer preceitos devem julgar-se mais capazes do que os que recebem: e se falham na mínima coisa, tornam-se por isso censuráveis⁴²⁰.

Afasta-se, desde logo, a (falsa) impressão de que esta tese lança aqui um poderoso e infalível método de analisar decisões judiciais, a partir do qual qualquer texto criado dentro dos mecanismos de jurisdição constitucional abstrata possa ser desestruturado,

⁴¹⁸ FAIRLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de Izabel Magalhães (Coord.). Brasília: Universidade de Brasília, 2008, p. 19.

⁴¹⁹ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 21.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*.

tornando “visíveis” as marcas deixadas por metáforas. Ou que esta tese defende a melhor forma de verificar como metáforas ajudam na construção de determinado signo jurídico. Não é a pretensão desta tese receitar qualquer mecanismo infalível. O objetivo aqui é reunir vários princípios, alguns capturados estrategicamente de áreas próximas do conhecimento (linguística, estatística, estilística, i.e.), com vistas a formatar o que esta tese preferiu chamar de **agenda de trabalho** para análise de metáforas em decisões judiciais.

Este trabalho não acredita que as análises realizadas por essa agenda de trabalho sejam imutáveis, perfeitas, indiscutíveis, mas sim que se apresentam como ideias construídas. Aliás, o verbo conjugado no particípio (construída, concebida, feita) quase sempre sugere que algo atingiu seu estado último de acabamento. Sob o ponto de vista retórico, essa afirmação se revelaria paradoxal para os propósitos deste trabalho. Os debates trazidos aqui são parciais, imperfeitos, totalmente abertos e discutíveis, características assumidas aqui sem nenhum constrangimento. A tese acredita que uma retórica analítica não possa ser neutra, pois antes de se pretender analítica, é retórica, isso com todos os adjetivos, qualificadores e implicações que atrai.

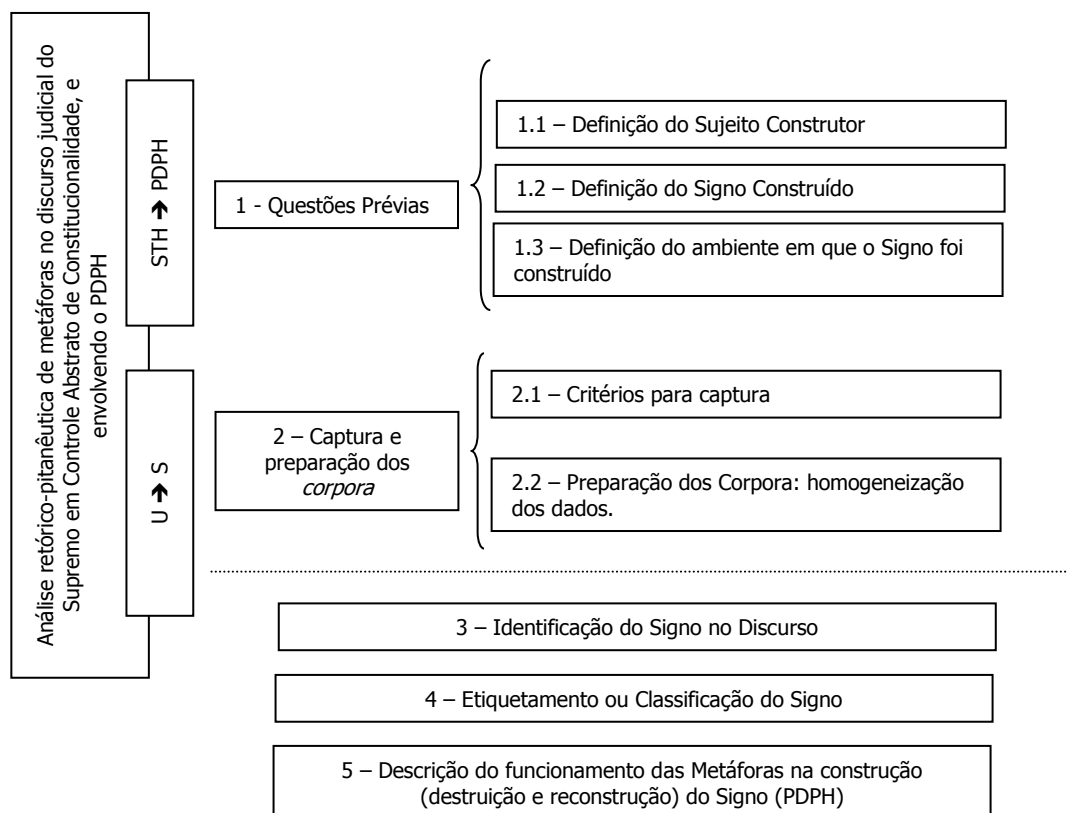
Se uma análise retórica pretende analisar os instrumentos da persuasão (metáforas, entimemas ou *topoi*), não seria, ela mesma, persuasiva? Essa reflexão é compartilhada com Joan Leach:

A que altura a “análise” da persuasão não se torna, ela mesma, persuasiva? Um exemplo imediato é o texto que você está lendo agora. Até que ponto não estarei eu apresentando algumas regras básicas para análise retórica, e até que ponto não estarei tentando persuadir você de que a análise retórica é um instrumento valioso de análise social? Esta questão da reflexividade surge em muitos métodos de pesquisa em ciência social, mas pode-se argumentar que ela é mais transparente aqui, no reino da retórica⁴²¹.

Assim, para a realização da metódica pitagórica de metáforas em decisões judiciais que versam sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, deve ser lembrado que as decisões escolhidas foram exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da competência originária de controlar abstratamente a constitucionalidade de leis e atos normativos impugnados em face da Constituição Federal de 1988. Este texto seguiu um esquema teórico em que, antes da identificação, do etiquetamento e da descrição sobre o funcionamento das metáforas, precisou legitimar as escolhas pelo utente, pelo signo, pelo

⁴²¹ LEACH, Joan. Análise retórica. In: BAUER, Martin W; GASKELL, George (orgs.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008, p. 294.

contexto judicial em que as decisões foram analisadas, ao mesmo tempo em que careceu justificar os métodos de captura e de preparação dos *corpora* objetos da pesquisa (decisões judiciais). Para tanto, o trabalho seguiu o seguinte esquema teórico:



Necessário frisar que esta tese se coloca no terceiro nível da retórica. Significa dizer que o trabalho possui pretensões analíticas (metódicas). Além do mais, ela escolheu uma abordagem pitanêutica, com a qual se pretende verificar como o sujeito constrói, destrói e reconstrói signos do sistema linguístico especial representando pelo Direito. Nessa perspectiva, essas noções são reunidas como questões prévias. **As questões prévias** adotadas neste modelo teórico-analítico devem ser entendidas como as escolhas subjetivas e particulares sobre “qual o Utente”, “qual Signo a analisar” e “em que Contexto se situa a pesquisa”. Embora seja um momento de subjetividade do pesquisador, essa liberdade se encontra cercada de limitações. O analista não pode perder de mira que o objetivo principal da análise pitanêutica é (d)escrever o funcionamento das metáforas na construção de signos jurídicos (utente – signo), e, essas escolhas não podem parecer arbitrárias. Na verdade, apesar das escolhas sobre qual signo, qual sujeito e sobre qual contexto serem, cada uma delas, escolhas intersubjetivas, elas precisarão se apresentar

“racionais”. Por meio de argumentos estrategicamente escolhidos, é possível legitimar preferências, tal como ocorreu no capítulo quarto.

Apesar de não oferecer ainda a análise retórico-pitanêutica propriamente dita, a fase das questões prévias é importante para o trabalho, pois justifica preferências e legitima a pesquisa. Como dito, foram feitas três escolhas: 1.1 - definição do sujeito construtor; 1.2 - definição pelo signo construído, e, finalmente, 1.3 - a definição do ambiente em que o signo foi construído.

Sobre a definição do sujeito da análise retórica pitanêutica, o Supremo Tribunal Federal foi escolhido como utente responsável pela construção de relevantes signos jurídicos constituintes do ordenamento jurídico brasileiro (U →). Para tanto, listaram-se justificativas com base na função enunciativa desempenhada pelo STF (subcapítulo 4.2.1), a importância constitucional do Supremo foi destacada, bem como foram colocados argumentos que lhe ressaltam características sistêmicas e históricas (subcapítulo 4.2.2).

Em relação à escolha pelo signo construído, a pesquisa foi realizada mirando o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana (PDPH). A tese escolheu o princípio da dignidade porque tal adágio passa a expressar os valores constitucionais, sobre tudo a partir do neoconstitucionalismo⁴²². No subcapítulo 4.3, foram perfilados tanto argumentos de natureza essencialmente jurídica (subcapítulo 4.3.1), segundo os quais, a *dignitas humanas* é colocada no centro de ordenamentos jurídicos nacionais e estrangeiros, como foram perfilados argumentos de natureza linguística. Como a retórica analítica pitanêutica não deixa de ser uma análise sobre aspectos da linguagem (a persuasão, i.e.), argumentos retirados da Ciência da Linguagem fortalecem as escolhas. A propósito, João Maurício Adeodato lembra que “[...] as expressões genéricas das leis ordinárias e constituições precisam ser concretizadas, num processo sobre o qual o legislativo que as criou não tem qualquer controle”⁴²³.

⁴²² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*. Instituto Brasileiro de Direito Público: Salvador, nº 09, Mar/Mai, 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br], acesso em 20.08.2012, às 17:05.

⁴²³ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 57.

No caso, a baixa densidade semântica do princípio da dignidade permite a verificação da maneira como os conceitos e as definições são manuseados por um “judiciário agressivo”, diante de um “legislador inoperante”⁴²⁴.

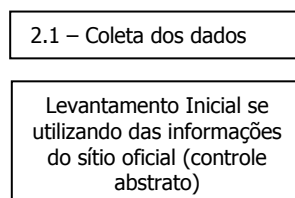
Finalmente, a retórica analítica pitagórica levou em consideração o ambiente em que o discurso do Supremo (decisões sobre PDPH) foi construído. O contexto em que as decisões foram tomadas, o ambiente no qual os assuntos foram debatidos, o grau de discussão e de polêmica sobre cada matéria decidida pelo Tribunal e que foram alvo de análise precisaram ser razoavelmente descritas (subcapítulo 5.2). Além do contexto em que os discursos dos Ministros do Supremo foram construídos, também foram considerados os contextos da escolha pelo utente e pelo signo. No subcapítulo 4.2.3, a tese apresentou motivos contextuais gerais que justificam a escolha pelo controle abstrato de constitucionalidade em detrimento aos demais procedimentos realizados pelo Supremo. Já no subcapítulo 4.3.3, atentou-se para a necessidade da desconstrução pretendida na análise retórica pitagórica considerar o contexto, bem como as qualidades históricas e sistêmicas que envolvem o signo “Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”. Ao considerar os contextos em três acepções (na escolha do sujeito, na escolha do signo e o contexto das decisões judiciais pesquisadas), a tese os utiliza como elo de amarração de todos os elementos das questões prévias encontrados na retórica pitagórica descrita no capítulo quinto.

A segunda etapa da retórica analítica se dedicou à **captura** e à **preparação dos corpora**. Nessa fase, a tese se socorreu aos princípios oriundos da estatística, das análises quantitativa e qualitativa, procurando uma sintonia a fim de justificar escolhas sobre “de onde capturar os corpora” e “como fazer a análise”. Para atingir esses objetivos, a segunda etapa foi subdividida em duas partes: 2.1 – a captura dos corpora, e 2.2 – os procedimentos de homogeneização.

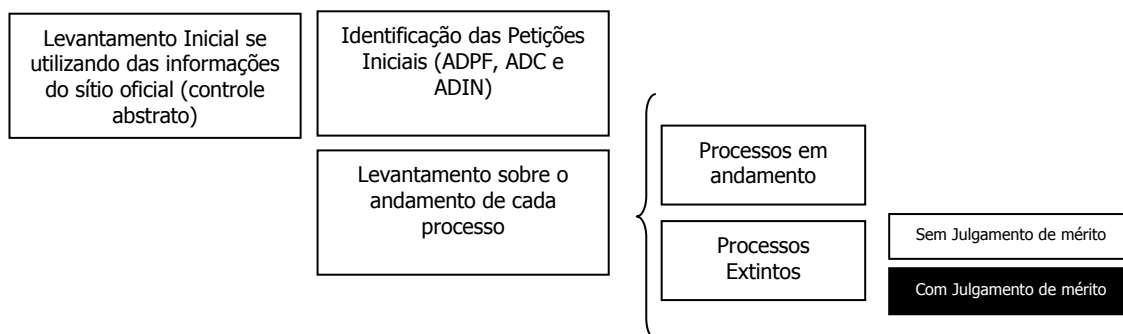
Nos subcapítulos 5.1.1 e 5.1.2 desta tese, encontra-se a trajetória utilizada para que discursos se tornem objeto de pesquisa. A hipótese que orientou o percurso parte da ideia de que os discursos judiciais são *corpus* de pesquisa, os quais, nessa condição, são artefatos produzidos previamente à análise. A partir dessa concepção, foram definidos parâmetros sobre a maneira de coletar os textos, bem como sobre a quantidade de textos

⁴²⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 57.

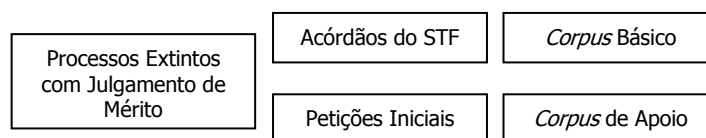
que seriam necessárias para se obter representatividade. A decisão sobre pesquisar essas informações a partir do sítio do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) encontra-se legitimada pela oficialidade e pela rapidez de obtenção dos resultados pretendidos por meio de consultas refinadas.



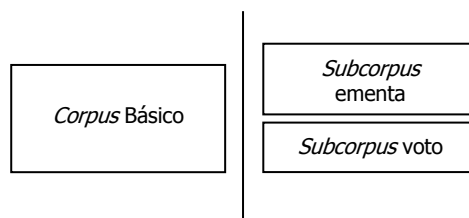
Foi levantado o quantitativo de petições iniciais em controle abstrato registradas no Supremo Tribunal Federal. Depois, foram verificadas quantas dessas ações chegaram ao final (=foram extintas, tecnicamente). Entre as ações extintas, a pesquisa percebeu que algumas foram extintas sem julgamento de mérito, e outras foram extintas com julgamento de mérito. As demandas judiciais que terminaram sem discussão de mérito não contribuíram para os propósitos desta tese, e por isso foram descartadas. Também foram ignorados os processos em que o Supremo Tribunal Federal não se manifestou oficialmente.



Uma vez capturados os dados (petições e acórdãos), houve a necessidade de homogeneizá-los. A tese objetiva analisar o poder criativo do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio da dignidade, de modo que o procedimento mais correto foi classificar os acórdãos em *corpus* central (*corpus* básico) e as petições iniciais que geraram as discussões em *corpus* de apoio. O processo de homogeneização consistiu em diferenciar os textos pesquisados segundo esse critério funcional (petições ≠ acórdãos). No subcapítulo 5.1.3, foram feitas as primeiras diferenciações.



Ainda dentro do processo de homogeneização, percebeu-se que o *corpus* básico (acórdãos) se encontrava representado pela **ementa do julgado** mais os **votos dos Ministros**, textos com naturezas distintas. Enquanto a ementa traduz os argumentos vencedores, os votos permitem que se percorram os esquemas mentais dos julgadores. Daí a necessidade de desvinculação, e a constituição de *subcorpus* ementa e *subcorpus* voto.



A fase seguinte consistiu na **identificação do signo no discurso-objeto**. Com auxílio de ferramentas específicas da computação, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (signo) foi identificado dentro dos votos dos Ministros, bem como dentro das ementas de cada julgado. A identificação permitiu levantamentos quantitativos, além da detecção de ocorrência (frequência) sobre o uso da expressão simbólica “dignidade humana”. A tese se utilizou de gráficos individuais, categorizados e comparativos, permitindo deduções parciais sobre os dados levantados.

Continuando as etapas da retórica analítica pitagórica, a quarta fase consistiu no **etiquetamento do signo**. A tese precisou classificar o princípio constitucional da dignidade humana, individualizando cada ocorrência. A classificação se iniciou primeiramente a partir do *subcorpus* ementa, seguindo-se ao *subcorpus* voto. O parâmetro para o etiquetamento seguiu uma classificação especial de metáforas⁴²⁵, chamada aqui na tese de *corpus* de contraste. Nesse sentido, as ocorrências metafóricas do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foram, uma a uma, classificadas conforme o modelo

⁴²⁵ LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009.

defendido por George Lakoff e Mark Johnson. Todo etiquetamento pode ser consultado nos anexos desta tese, publicado no volume II.

Nos subcapítulos 5.3 e 5.4, descrições sobre o funcionamento de criação do princípio da dignidade. Como a ocorrência metafórica é individual, isso implica em eterna destruição do significado, e consequente reconstrução. Essa atividade parece, a esta tese, uma atividade cíclica e retornável, sem pretensões de término. O movimento contínuo e cíclico representado pela construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impossibilita a fixação de um significado tornando a expressão “dignidade humana” uma expressão vazia, oca, sem conteúdo prévio, equivalendo a dizer nada.

Depois de apresentar como foi construída a agenda de trabalho para a retórica-pitanêutica, de argumentar que ela é eficaz para a análise de metáforas em discursos judiciais sobre o princípio da dignidade – o que consiste na tese formal deste trabalho –, e antes mesmo de se discutir os aspectos materiais e conclusivos da pesquisa, é necessário problematizar se a retórica analítico-pitanêutica, ao se pretender **descritiva**, teria que se desenvolver **neutra**. Melhor dizendo, a retórica de terceiro nível estaria impedindo interpretações e explicações sobre o fenômeno ao se dizer descritiva? Até que ponto não seria essa a tarefa da retórica de segundo nível? Essas questões precisam ser respondidas.

O objetivo da retórica analítica é investigar as relações entre as retóricas prática e estratégica. Para tanto, assume-se descritiva, em contraponto à perspectiva prescritiva da retórica de segundo nível. A retórica de segundo nível busca conduzir ações, estabelecer normas, como fazem diversas teorias da argumentação jurídica. Robert Alexy acredita que sua teoria da justificação jurídica estará:

[...] tão firmemente implantada e tão amplamente desenvolvida que não só esclarecerá o caráter da ciência jurídica como uma disciplina normativa, mas também providenciará as diretrizes práticas para a atividade do advogado⁴²⁶.

Tomando a teoria de Robert Alexy como paradigma, verifica-se que o autor pretendeu construir uma conexão entre discurso jurídico e discurso prático geral,

⁴²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ed. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 36.

estabelecendo normas e estabelecendo regras especiais. Essas regras teriam o objetivo de conduzir a prática de advogados, por se assumirem estratégicas.

Apesar de a retórica analítica possuir um objetivo descritivo que é distinto daquele da retórica estratégica (prescritivo), ambas se constituem a partir de interpretações. A retórica analítica não prescinde da interpretação sobre as retóricas estratégicas, e sobre a relação delas com a retórica prática. Da mesma forma, a retórica estratégica precisa interpretar o funcionamento das retóricas práticas para nomeá-las e organizá-las. Provavelmente por utilizarem do mesmo instrumento (a interpretação), é que as retóricas de segundo e de terceiro nível estejam tão próximas e atuem interpenetrando-se, pois, “[...] uma estratégia utiliza análises e uma retórica analítica pode se tornar o foco de estudo de outra análise”⁴²⁷.

A descrição – produto final da retórica analítica – não é possível sem exercícios interpretativos. No uso desses recursos, a retórica analítica valoriza ações, descrevendo-as de uma, e não de outra maneira. A conduta valorativa denota opções axiológicas, em que não há mal nenhum, pois a analítica produzida também possui natureza retórica. Não há porque se falar em neutralidade da retórica analítica, pois a análise retórica só é possível a partir de interpretações, e essa somente se executa a partir de escolhas valorativas. Dizer que metáforas estruturais preponderam quantitativamente sobre metáforas ontológicas nas decisões judiciais pesquisadas não quer dizer nada. Embora não deva desprezar as análises quantitativas, não é somente a quantidade de metáforas de um determinado tipo que conduz a construção do sentido da dignidade humana. Na realidade, esta tese se interessa com a importância que tem cada tipo metafórico na decisão.

Assim, a retórica analítico-pitanêutica defendida aqui, bem como as etapas antes demonstradas, não desprezam a interpretação dos dados obtidos. Ela entende que qualquer análise precisa interpretar dados obtidos, e, nesse sentido, o ideal de neutralidade escapa por entre os dedos do pesquisador. Se esta tese se posicionasse agora por uma suposta neutralidade, certamente estaria sendo contraditória com o primeiro ponto de partida estabelecido para este trabalho na introdução: a limitação antropológica humana na percepção do mundo e das coisas-do-mundo, e essa mesma limitação na expressão do mundo e dessas coisas-do-mundo.

⁴²⁷ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

Para que a retórica analítica atinja seu objetivo de descrever as relações entre retórica estratégica e prática, é essencial reconhecer que nela convivem aspectos de **interpretação** e de **explicação**. Desta feita, nem interpretação, nem explicação, possuem compromissos com a neutralidade.

No próximo subcapítulo, esta tese colocará a explicação sobre as ocorrências das metáforas nas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle abstrato de constitucionalidade, sem se esquivar das interpretações necessárias.

6.2 – As metáforas na construção do sentido da expressão simbólica: a dignidade humana e as ações de controle abstrato julgadas pelo STF.

6.2.1 – A dignidade humana na afirmação assistencialista: o PDPH é uma meta programática, contrário à igualdade absoluta.

Este subcapítulo precisa problematizar a tese material deste trabalho. A análise retórica de metáforas precisa descrever-lhes o funcionamento com vistas à demonstrar **como** o Supremo Tribunal Federal **cria** e **recria** o princípio da dignidade, e, entre essas ações criativas, como o Tribunal discursivamente **destrói** o sentido dessa expressão simbólica.

A proposta de classificação das metáforas de George Lakoff e Mark Johnson é sugestiva, jamais exaustiva. Nos discursos pesquisados foram encontradas metáforas de orientação, ontológicas, de personificação, metonímias e metáforas de edifício (as ideias são edifícios) já comentados no subcapítulo 5.4. O uso diversificado de metáforas para se referir ao princípio da dignidade possui como objetivo a formação de metáforas mais complexas – **estruturais** –, diriam George Lakoff e Mark Johnson. As metáforas estruturais não decorrem de eventual relação física (acima, abaixo, dentro ou fora, dignidade como pessoa) como ocorre nas outras metáforas. Com elas, o princípio da dignidade é associado aos conceitos abstratos, por meio de influências culturais⁴²⁸. A cultura é um ingrediente fundamental para se descrever (interpretar e explicar) a ação das metáforas no funcionamento criativo de qualquer signo.

⁴²⁸ CARVALHO, João Cláudio de. Metáforas estruturais e discurso judicial: o problema da construção do sentido de "Direitos Fundamentais". In: AMARAL, Eriberto Cordeiro (coord.). **Reflexões e perspectivas dos direitos e garantias constitucionais**. Recife: Nossa Livraria, p. 23-47, 2012, p. 36.

As metáforas estruturais nos permitem muito mais que orientar conceitos, referirmo-nos a eles, quantificá-los, etc., como ocorre com as metáforas simplesmente de orientação e as ontológicas; permitem-nos ademais utilizar um conceito mais estruturado e claramente delineado para estruturar outro⁴²⁹.

Para uma análise mais detalhada, precisou-se repartir a análise pitanêutica, tomando por base as ações constitucionais pesquisadas. Individualmente, o trabalho descreverá, neste e nos próximos subcapítulos, o funcionamento do princípio da dignidade humana, considerando os argumentos contidos na petição inicial até as razões de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Para cada análise, um subcapítulo diferente. Ao final, no capítulo sétimo deste trabalho, abrir-se-á espaço para as impressões gerais.

Percebe-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não se encontra associado a um único tipo de metáfora. Em cada decisão pesquisada houve uma manifestação especial sobre o sentido construído de “dignidade humana”. E, mesmo dentro do contexto de uma dada decisão, a expressão “dignidade humana” foi associada a diferentes tipos de metáforas, motivo pelo qual a tese de que **o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é construído, destruído e reconstruído cíclica e ininterruptamente está evidenciado.**

Conforme verificado no subcapítulo 5.4, a expressão “dignidade humana” se comporta de várias maneiras. Como metáfora de recipiente, de personificação, de entidade, de quantidade, como um adjetivo qualificador, outrora como meta e motivação (objetivos), também como sinédoques e mesmo como “edifícios”. Também se comentou no subcapítulo 5.4 que foram identificados outros tipos metafóricos. Contudo, foram quantificados somente esses simplesmente porque se levou em consideração as ocorrências de metáforas nas ementas dos julgados (*subcorpus* ementa).

Significa dizer que os gráficos e quadros construídos levaram em consideração os dados existentes nas ementas dos julgados, os quais serviram de base (“filtro”) para a classificação das metáforas nos votos dos Ministros. Isso foi justificado e devidamente problematizado. É importante repetir: este estudo não é exaustivo, a tese se utiliza de

⁴²⁹ “*Las metáforas estructurales nos permiten mucho más que orientar conceptos, referirnos a ellos, cuantificarlos, etc., como ocurre con las metáforas simplemente orientacionales y ontológicas; nos permiten además utilizar un concepto muy estructurado y claramente delineado para estructurar otro*” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed.Madrid: Cátedra, 2009, p. 101.

exemplos, tais como devem ser entendidos todos os tipos de metáforas identificados, sem qualquer pretensão de exaurir as possibilidades descritivas. Se essa fosse à pretensão, seguramente revelaria um sério paradoxo para este trabalho.

A interpretação sobre o uso diversificado das metáforas na construção, na destruição e na reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana precisa partir do contexto específico das demandas judiciais.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2649, a discussão envolveu o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 8.899/94 que concede “passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual” (artigo 1º). Naquela ocasião, o Supremo julgou a ação improcedente, reconhecendo a constitucionalidade da referida lei. O argumento mais forte utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal foi que a Lei objeto da ação seria “parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade”, como se pode verificar no seguinte trecho da ementa (E. ADI 2649, 13-20):

- 13 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os
 14 Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a
 15 implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado.
 16 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na
 17 sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento
 18 aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela
 19 definição de meios para que eles sejam alcançados.
 20 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Na sessão plenária de 08.05.2008, o Supremo lembrou que a República Federativa do Brasil assinou a Convenção de Nova Iorque em 30.03.2007, e, que, desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, o Brasil admite que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, uma vez ratificados em dois turnos de cada Casa do Congresso, por 3/5 de votos dos respectivos membros, equivalem à Lei Constitucional. Tanto a Convenção como o Protocolo Facultativo foram posteriormente ratificados, atendendo ao procedimento qualificado contido no §3º, art. 5º da Constituição Federal de 88, assumindo *status* de lei constitucional.

Na verdade, a República Federativa do Brasil somente se posicionou sobre o *status* constitucional da Convenção Internacional em 09 de Julho de 2008, por meio do Decreto-

Legislativo nº 186, o qual foi promulgado somente em 2009, pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto. Antes mesmo da ratificação brasileira, o Supremo Tribunal Federal já utilizou a Convenção como parâmetro para declarar a constitucionalidade da Lei nº 8.899/94. Nesse ponto, não se pode dizer que o STF entendia o compromisso assumido internacionalmente como obrigação imediata, como prevê atualmente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969), já que essa convenção também foi ratificada e promulgada pelo Brasil posteriormente ao Decreto Presidencial⁴³⁰.

O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da Lei 8.899/94 utilizando como parâmetro material uma suposta lei constitucional, eis que a Convenção de Nova Iorque ainda não havia sido ratificada com as qualificações exigidas pelo §3º, artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Não há dúvidas quanto à possibilidade de se realizar controle de constitucionalidade com base em Tratados Internacionais, pois como admite Valério Mazzuoli:

Os tratados de direitos humanos, paradigma do controle concentrado, autorizam que os legitimados para a propositura das ações do controle abstrato (ADI, ADECON, ADPF etc.) previstos no art. 103 da Constituição, proponham tais medidas no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país⁴³¹.

A decisão do Supremo não encontrou nenhuma dificuldade para se afirmar diante dessa política pública resultado de um compromisso internacional ainda não consolidado, uma vez que foi proferida com base no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, embora ele ainda não estivesse concretizado legislativamente. Isso explica porque o Supremo colocou a dignidade humana como meta (objetivo) a ser perseguida pelo Estado Brasileiro.

Na tabela 5.7, verifica-se que das 06 (seis) ocorrências metafóricas, a dignidade humana aparece em 04 (quatro) delas associado ao princípio-objetivo, uma norma programática. Ou seja, o PDPH encontra-se associado a algo que deve ser alcançado, perseguido, buscado. Quando associada à “metanorma” (V. ADI 2649, 475-476), a dignidade não assume apenas uma postura hierarquizada (metáfora de orientação), mas também uma meta, uma motivação perseguida (metáfora ontológica).

⁴³⁰ Decreto-Legislativo ratificando a Convenção de Viena de Direito dos Tratados (1969), Decreto-Legislativo nº 496, de 17 de Julho de 2009. Promulgação pelo Decreto nº 7.030, de 14 de Dezembro de 2009.

⁴³¹ MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 136.

Nada obstante ter sido editada no ano de 94, muito antes da Convenção de Nova Iorque e de sua promulgação como lei constitucional aqui no Brasil, a Lei nº 8.899 anteviu as políticas públicas de acessibilidade que o Estado Brasileiro assumiria. Pelo artigo 4º da Convenção Internacional, os países signatários “se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência”. Para tanto, assumem as obrigações de adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na convenção, bem assim, modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência (Convenção de Nova Iorque, artigo 4º, Cláusula 1, alíneas “a” e “b”).

No contexto do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2649, a dignidade humana é uma meta, uma motivação que deve ser perseguida legislativamente. O princípio constitucional se encontra vinculado à ideia de política pública assistencialista, com vistas à tutela de direitos humanos assegurados internacionalmente. A dignidade humana é uma expressão cujo sentido foi construído tomando por base os objetivos de um Estado que considera a preponderância dos direitos humanos e as alianças internacionais assumidas contratualmente. Equivale dizer que possuir dignidade denota um sentido de justiça que relativiza o princípio da isonomia absoluta. Isso permite dizer que todos devem ser tratados igualmente, considerando-se as desigualdades (físicas). Nesse sentido, **a dignidade humana é uma obrigação do Estado Brasileiro**, novamente, **uma motivação, um objetivo** a ser alcançado. Para a retórica analítica pitagórica executada nesta tese, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana encontra-se fortemente associado à metáfora ontológica.

A partir do momento que a expressão “dignidade da pessoa humana” foi associada à metáfora da meta e das motivações, no caso, representado por uma Convenção Internacional que representa ideias assistencialistas, pôde o Supremo Tribunal Federal realizar controle abstrato para declarar a constitucionalidade da Lei 8.899/94.

6.2.2 – A dignidade humana e o progresso tecnológico: o PDPH é um objeto concreto, contrário às ideias de não avanço das ciências.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, o Procurador Geral da República desejava ver declarado o artigo 5º e respectivos parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de

março de 2005. A ação discutiu a constitucionalidade da utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos e produzidas por fertilização *in vitro*, desde que não utilizadas nos procedimentos, conforme condições especificadas nessa legislação.

Nos seus argumentos, o Procurador Geral da República utilizou metáforas na tentativa de construção do sentido de “dignidade da pessoa humana”. Num primeiro momento, utilizou-se de um poderoso recurso linguístico-expressivo: a sinédoque, ao afirmar “o embrião humano é vida humana” (parte pelo todo). Em seguida, coloca a dignidade humana como fundamento que seria rompido pela Lei nº 11.105/2005, lançando mão da metáfora do edifício (“... e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”)⁴³².

19. Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.

O Procurador Geral da República também se utiliza de uma **metáfora de orientação** ao colocar a dignidade humana como “fundamento maior do Estado Democrático de Direito”. Utiliza-se, também, de uma metáfora ontológica bastante trivial: dignidade humana como meta, ao apresentá-la como algo a ser perseguido (“que radica na preservação da dignidade humana”⁴³³). O Procurador coleciona aos autos argumentos técnico-biológicos sobre o início da vida, fundamental para a discussão travada no plenário da corte.

O contexto do julgamento sobre o pedido de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança foi cercado de discussões diversificadas. O Supremo Tribunal Federal elencou um “constitucionalismo fraternal” como guia interpretativo para decisão. Na ementa do julgado, observa-se (E. ADI 3510, 48 - 52):

⁴³² PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2005, p. 11.

⁴³³ *Idem, ibidem.*

48 A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in
 49 vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do
 50 infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica
 51 "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores
 52 supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do

Já na ementa é possível encontrar a **metáfora da personificação**, por meio da qual a dignidade humana é protegida contra ofensas, **como se** ele pudesse sofrer ofensas, ao mesmo em que metonimicamente representa todo ordenamento jurídico

57 criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade
 58 da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os
 59 fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do
 60 exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de
 61 Mello).

(E. ADI 3510, 57-61)

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nessa ação foi associado metaforicamente a um edifício, que suporta e serve de base física para outras regras e princípios que sustenta:

96 V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À
 97 MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade
 98 individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este
 99 nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade
 100 responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade

(E. ADI 3510, 96-100)

Necessário destacar a importância da **metáfora ontológica do recipiente**, bastante utilizada nos julgados do Supremo Tribunal Federal. Como ensinam George Lakoff e Mark Johnson, "Somos seres físicos, limitados e separados do resto do mundo por nossa

pele; experimentamos o resto do mundo como algo fora de nós mesmos”⁴³⁴. O recipiente dá noção de que outras coisas são retiradas desse recipiente, numa ação de dentro para fora, do mundo interno para o mundo externo, da substância (essência) para o concreto. Todos esses conceitos se associam na metáfora do recipiente, por isso um recurso linguístico-expressivo que agrega qualidade.

129 VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE
130 BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo “ciência”, enquanto atividade
131 individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF).

(E. ADI 3510, 129-131)

Nesse contexto, a “ciência” faz parte de um “catálogo” dos direitos fundamentais da pessoa humana (recipiente). A frase também utiliza de uma metáfora de orientação significativamente usual e não menos qualificativa, exatamente por sugerir significados jurídicos difundidos na cultura jurídica. A pirâmide de Hans Kelsen, por exemplo, materializa a ideia de organização, hierarquia, posituação do constitucionalismo, ainda herança da modernidade. Ela, a pirâmide, é um símbolo jurídico persuasivo e muito forte, que é culturalmente aceito entre os juristas sem nenhum esforço. Ao se declarar uma inconstitucionalidade, estar-se dizendo que o ato normativo impugnado não observou a hierarquia sugerida na pirâmide, colocando a ordem em desordem, e a solução é retirá-lo do mundo jurídico.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 possui exemplos de todos os tipos de metáforas, como pode ser verificado no quadro 5.7. De todo universo pesquisado (100%), os votos dos Ministros trouxeram 73,39% das ocorrências metafóricas relacionadas com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Provavelmente tenha sido entre todas as demais demandas aquela em que os Ministros tiveram mais dificuldade de decidir, devido aos direitos constitucionais fundamentais postos em colisão: direito à vida digna das pessoas portadoras de doenças e o direito de células que seriam unidades básicas do homem.

⁴³⁴ “Somos seres físicos, limitados y separados del resto del mundo por la superficie de nuestra piel, y experimentamos el resto del mundo como algo fuera de nosotros” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen Gonzável Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009, p. 67).

A maioria das ocorrências metafóricas encontradas nos votos dos Ministros é aquela que associa a dignidade humana à metáfora ontológica da entificação. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi, na larga maioria das vezes, associado a um objeto concreto (vida, i.e), da mesma forma que foi vinculado a um produto típico do avanço das ciências.

140 propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada,
 141 sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da
 142 Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidez jurídica (Ministra Cármen
 143 Lúcia).

(E. ADI 3510, 140-143)

No trecho acima, a dignidade humana está assegurada de forma inequívoca e “sempre”. A partir dessa entificação, a dignidade conforma o artigo 5º da Lei de Biossegurança, não importando em nenhuma declaração de invalidez jurídica. A propósito, o Ministro Menezes Direito deixou gravado no seu voto (V. ADI 3510, 1559-1565):

1559 International Studies, 2006, p. 42 – tradução livre). O que há de se determinar é se a lei
 1560 que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à
 1561 geração da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção
 1562 dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais.
 1563 E tudo porque se alega, de um lado, que a simples manipulação de embriões humanos
 1564 para a pesquisa atentaria contra essa dignidade e, de outro, que, para serem obtidas, as
 1565 células-tronco embrionárias dependeriam da destruição do embrião. O que a Suprema

O raciocínio do Procurador Geral da República que vinculada dignidade humana às metáforas de meta e de orientação não prosperou. Verifica-se que a dignidade humana foi metaforicamente associada ao progresso das ciências, como produto dela, uma qualidade e virtude da tecnologia; numa palavra, o PDPH encontra-se ligado à visão progressista, contrária à ideia estaque de uma ciência que não se desenvolve. Aqui, diferentemente da ADI 2649 que o expressou numa versão assistencialista, o princípio da dignidade expressa ganhos da ciência em benefício da pessoa humana.

6.2.3 – A dignidade da pessoa humana é associada à metáfora da personificação. Como pessoa, esse princípio se posiciona contrariamente ao “autoritarismo congênito”.

O Partido Democrático Trabalhista ingressou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 130), e requereu a declaração de não recepção de parte da Lei nº 5.250/67 pela Constituição Federal de 1988. O sentimento autoral é que a Lei de Imprensa é “produto de um Estado Autoritário, que restringiu violentamente as liberdades civis em geral, e a liberdade de comunicação em particular”⁴³⁵. A referida ação utiliza-se de outros textos que foram citados para qualificar a Lei de Imprensa de “entulho autoritário”⁴³⁶ e “lixo na história”⁴³⁷. Embora não seja objetivo desta tese analisar os efeitos da citação nos discursos jurídicos, é imperioso observar que o uso desse recurso é frequente no cotidiano dos juristas. A citação inspira confiança, ela funciona como argumento de autoridade. Todavia, a citação não possui apenas a função de servir como argumento de autoridade. Segundo Mikhail Bakhtin, a referência ao discurso de outrem permite indicações,

[...] não sobre os processos subjetivo-psicológicos passageiros e fortuitos que se na passam na alma do receptor, mas sobre as tendências sociais estáveis características da apreensão ativa do discurso de outrem que se manifestam nas formas da língua⁴³⁸.

Isso porque,

A língua não é o reflexo das hesitações subjetivo-psicológicas, mas das relações sociais estáveis dos falantes. Conforme a língua, conforme a época ou os grupos sociais, conforme o contexto apresente tal ou qual objetivo específico, vê-se dominar ora uma forma ora outra, ora uma variante ora outra⁴³⁹.

O texto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130 relata um descompasso entre os dispositivos legais questionados e o texto da Constituição Federal de 1988; a ADPF 130 constrói um abismo entre a ideologia anterior a 1988, e a atual ordem constitucional, no qual o princípio da dignidade é, metonimicamente, a expressão

⁴³⁵ PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008, p. 13.

⁴³⁶ *Idem*, p. 15.

⁴³⁷ *Idem*, p. 16.

⁴³⁸ BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 13ed. São Paulo: Hucitec, 2012, p. 152.

⁴³⁹ *Idem*, p. 153.

simbólica. Segundo se depreende da análise da petição inicial, o princípio da dignidade é associado à liberdade (inclusive, liberdade de expressão), sempre vinculado ao ideário do “Estado Democrático de Direito”. A ação evidencia que **digno** é o Ser livre, inclusive para professar pensamentos, sem qualquer tipo de censura ou de restrição.

A Ementa do julgamento da ADPF nº 130 consigna que o “sistema das liberdades” é materializado nos bens da personalidade, preceitos maiores do Estado Brasileiro, vindo a ser a “mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana”.

242 CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA
 243 LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO
 244 DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E
 245 COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM
 246 COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
 247 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO

(E. ADPF 130, 242-247)

Na Ementa, cinco ocorrências da expressão “dignidade humana”, das quais, duas vezes remetem à metáfora ontológica de recipiente. O princípio da dignidade é colocado como recipiente de onde se emanam outros princípios e regras jurídicas cuja aplicação ocorre em todo ordenamento jurídico. Contudo, nos votos dos Ministros, a ocorrência é maior e mais diversificada. Foram catalogadas 162 ocorrências, das quais 52 delas se repetiram dentre os tipos metafóricos encontrados nas ementas dos julgados pesquisados. A maioria das ocorrências metafóricas expressa o princípio da dignidade como se fosse pessoa (metáfora da personificação).

Na metáfora da personificação, considera-se “algo que não é humano como humano”, lembram George Lakoff e Mark Johnson⁴⁴⁰. O exemplo paradigmático é a menção a inflação, associando-lhe determinadas ações. Dizer, por exemplo, que “A inflação atacou as bases de nossa economia”, ou que “A inflação nos coloca contra a parede”⁴⁴¹, sugere-se a ideia que a inflação realiza atitudes, personifica-se. No caso da dignidade humana, exige-se respeito diante desse adágio:

⁴⁴⁰ “... algo que no es humano como humano” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen Gonzável Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009, p. 71).

⁴⁴¹ “La inflación ha atacado las bases de nuestra economía”. “La inflación nos ha puesto contra la pared”. (Idem, *ibidem*.)

3835 composto por associações de editores e jornalistas da Alemanha. Estabeleceu-se, nesse
 3836 sistema, um conjunto de princípios que devem ser respeitados pela imprensa, denominado
 3837 *Pressekodex*. Entre os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão: liberdade e
 3838 independência da imprensa (preâmbulo); proteger e respeitar a dignidade humana (artigo
 3839 1o); respeitar a intimidade e a privacidade (artigo 8o); realizar pesquisa aprofundada e
 3840 justa (artigo 4o); separar claramente o editorial do texto dos anúncios comerciais (artigo 7
 3841 o); proteger a honra (artigo 9o); evitar retrato sensacionalista da violência e da brutalidade
 3842 (artigo 11); e presunção de inocência de pessoas que estejam sob investigação (artigo 13).

(V. ADPF 130, 3835-3842)

As metáforas de personificação permitem que coisas inanimadas ganhem emoção, ganhem vida, tenham desejos, realizem ações, finalmente, que funcionem como seres vivos capazes de expressar-se. Elas “permitem dar sentido a fenômenos do mundo em termos humanos – termos que podemos entender com base em nossas próprias motivações, objetivos, ações e características”⁴⁴². Vincular o princípio da dignidade a alguma pessoa, pessoa que realiza ação, é uma forma eficaz de garantir que as ações tenham como justificativa o respeito a essa pessoa. De certa forma, a personificação permite que a “coisa” personificada se responsabilize por ações e responsabilize-se. Não é fulano que quer assim, mas o princípio da dignidade que exige dessa forma, e não de outra.

Metáforas de personificação permitem que se expressem anseios, vontades e desejos. No presente caso, a dignidade da pessoa humana se posiciona contrariamente as regras legais impostas pela Lei de Imprensa. Não vislumbrar o autoritarismo da Lei de Imprensa, seria como “condenar” o princípio da dignidade.

1215 possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no
 1216 tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido,

(V. ADPF 130, 1215-1216)

Vincula-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a um objeto, uma entidade que precisa ser preservada. Ver a dignidade humana como uma entidade, permite que se

⁴⁴² “... *permiten dar sentido a fenômenos de mundo en términos humanos – términos que podemos entender sobre la base de nuestras propias motivaciones, objetivos, acciones y características*”. (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen Gonzável Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009, p. 72).

possa referir a ela, “quantificá-la, identificar um aspecto particular, vê-la como causa, atuar a respeito, bem como acreditar que a entendemos”⁴⁴³.

1172 de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem
1173 a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana. Não é uma questão nova.

(V. ADPF 130, 1172-1773)

E, ainda:

1937 reconheça direito absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem. Em relação
1938 a homem público ou privado, pouco importa, a dignidade há de ser mantida. E consigna

(V. ADPF 130, 1937-1938)

Aqui também se repete o uso das metáforas de edificação. “Ideias são edifícios” – como exemplificam George Lakoff e Mark Johnson; ideias são plantas, frutificam-se. A menção ao princípio da dignidade humana serve para colocá-lo como “fundamento” do Direito e do Estado brasileiro. A decisão da ADPF 130 apresenta situação em que dignidade humana é associada a uma árvore, da qual resultam frutos.

359 anonimato” (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos mais
360 fortemente entroncados com a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabelece
361 nesse mesmo art. 5º que: a) “é livre a expressão da atividade intelectual, artística,
362 científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX); b) “é

(V. ADPF 130, 359-362)

Na passagem mais adiante colada, verifica-se a utilização do verbo **construir**, associado à construção de coisas (de edifícios, de fundamentos, de sustentáculos), a partir das quais se erguem outras coisas mais.

976 norma de organização e procedimento. Não se pode simplesmente entregar a qualquer juiz
977 ou tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério,
978 grave. Porque o mundo não se faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da
979 pessoa humana, de respeito à imagem das pessoas. É fundamental, portanto, que levemos

(V. ADPF 130, 976-979)

⁴⁴³ “... cuantificarla, identificar un aspecto particular, verla como causa, actuar al respecto, y quizá incluso creer que la entendemos” (LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen Gonzável Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009, p. 64).

Já em outra passagem, a referência ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana serve para colocá-lo como princípio maior, acima. Esse é um tipo bastante utilizado nos discursos judiciais, como comentando alhures. Colocar algo topograficamente acima dos demais (acima-abaixo, dentro-fora), no ápice de uma escala, é estratégico:

354 econômica (títulos de números II e VII, notadamente). 37. Com efeito, e a título
355 outorga de um direito individual que o ritmo de civilização do Brasil impôs como conat
356 à espécie humana (pois sem ele o indivíduo como que se fragmenta em sua incompará
357 dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a subespécie
358 Constituição proclama que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedada
359 anonimato" (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos m

(V. ADPF 130, 354-359)

Ou ainda, coloca-se a dignidade da pessoa humana como eixo condutor do ordenamento jurídico, também fazendo referência a uma metáfora de orientação:

996 com a livre circulação das ideias. Destaquei que nossa realidade constitucional está
997 subordinada ao princípio da reserva qualificada, isto é, a preservação da dignidade da
998 pessoa humana como eixo condutor da vida social e política. E, ainda, lembrei Dworkin,

(V. ADPF 130, 996-998)

Finalmente, vislumbra-se a dignidade humana como meta e motivação para seguir. Objetivo a ser alcançado, um princípio perseguido, tal como em:

657 imperiosa valorização. Logo, direitos subjetivos que densificam, entre nós, o princípio
658 estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição, não por acaso nominado como
659 "dignidade da pessoa humana". Mais ainda, direitos subjetivos que, antes de falar bem de

(V. ADPF 130, 657-659)

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é mencionado em várias oportunidades, sob enfoques plurais. Há uma variação significativa no uso desse adágio constitucional. A dignidade ora é um objetivo a ser alcançado, outrora é um objeto a ser preservado; em outra oportunidade, ele é algo que pode sofrer condenação, ele orienta o sistema jurídico, sem falar que se comporta como um recipiente de onde se extraem outros princípios. Como

planta, o princípio da dignidade entronca-se, ramifica-se. E, apesar de todas essas variações, o princípio foi expresso personificadamente, assumindo atitudes e realizando ações. É exatamente nesse contexto das metáforas de personificação que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se coloca contrário ao autoritarismo congênito representando pela Lei de Imprensa. A Lei nº 5.250/67, editada no auge da ditadura militar, apresenta regras e censuras que o Supremo Tribunal Federal entendeu não fazer mais sentido diante da atual ordem constitucional.

O princípio da dignidade se assume contrário aos sentimentos de repressão e que ponham em risco à liberdade de manifestação de pensamento. Ele inadmite qualquer forma de cerceamento ao direito de se expressar, pois a Constituição Federal de 1988 declara-a livre, vedando apenas o anonimato.

6.2.4 – A dignidade da pessoa humana é contra estigmas, contra a moral social tradicional que não observa os interesses individuais das pessoas, a intimidade, e que conspira contra a felicidade do ser humano.

O debate sobre o reconhecimento da União Homoafetiva é iniciado no Supremo quando o Governador do Estado do Rio de Janeiro se insurge contra o Decreto-Lei nº 220/75 (Estatuto dos Servidores Cíveis Estaduais), o qual estabelece benefícios aos familiares dos servidores públicos. Segundo a alegação contida na Exordial, “Tornou-se pacífico que tais direitos devem ser estendidos aos servidores que mantêm uniões heterossexuais”. Contudo, argumenta que “existe incerteza se podem ser aplicados às uniões homoafetivas”⁴⁴⁴.

O Governador justifica a necessidade da demanda porque o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu decisões negando aos homoafetivos os mesmos direitos que são concedidos aos servidores que mantêm união heterossexual, entendendo violados os princípios constitucionais da igualdade, da liberdade de escolha, **da dignidade humana** e da segurança jurídica.

Ao tratar da violação da dignidade humana pelo desconhecimento de direitos aos servidores que mantêm relações homoafetivas, a petição inicial assevera que “ninguém

⁴⁴⁴ GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008, p. 25.

pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo⁴⁴⁵. Isso porque “As relações afetivas são vistas como meio para realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares”⁴⁴⁶.

A ação acrescenta ainda que “O indivíduo é tratado, então, como meio para realização de um projeto de sociedade”, destacando que esse projeto é arquitetado por um ideal de moral social, certo tipo de “autoritarismo moral” que ainda prevalece na Sociedade⁴⁴⁷.

Outro argumento utilizado na peça inicial é que “todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual reconhecimento”⁴⁴⁸. A Exordial lança mão de um argumento por dissociação, pois não reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo lhes causaria sofrimento e dor:

[...] ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos ao longo da história, caracterizando uma verdadeira política oficial de discriminação. Cuida-se, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana⁴⁴⁹.

Se é difícil conceituar ou definir **dignidade humana**, o discurso parte para dizer o que não seria dignidade: dor, sofrimento, opressão, discriminação. Nesse ponto, dignidade humana se assemelharia à felicidade, princípio infraconstitucional ainda em gestação no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁵⁰.

⁴⁴⁵ GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008, p. 25.

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 26.

⁴⁴⁷ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁴⁸ *Idem*, p.25.

⁴⁴⁹ *Idem*, *ibidem*.

⁴⁵⁰ Refere-se, aqui, ao Estatuto da Diversidade Sexual em discussão no Congresso Nacional, artigo 4º, VIII da proposta.

Concorrentemente ao julgamento da ADPF 132, a Procuradoria Geral da República ajuizou, em Julho (2007), uma demanda semelhante, procurando ver declarado o artigo 1.723 do Código Civil⁴⁵¹.

O objetivo da demanda era demonstrar que a união estável heterossexual, reconhecida no artigo 1.723 do Código Civil, deve ser estendida ao casal homoafetivo, seja porque isso concretiza o ideário de igualdade, seja porque o não reconhecimento simboliza um estigma, “que explicita a desvalorização pelo Estado do modo de ser homossexual, rebaixando à condição de cidadão de 2ª classe”⁴⁵².

[...] independente disto, o não reconhecimento em si da união entre pessoas do mesmo sexo encerra um significado muito claro: ele simboliza a posição do Estado de que a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social.

Trata-se de violação ao direito ao reconhecimento, que é uma dimensão essencial do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque, como ser social, que vive inserido numa cultura, em relação permanente com outros indivíduos, a pessoa humana necessita do reconhecimento do seu valor para que possa desenvolver livremente a sua personalidade. Sem este reconhecimento, ela perde a auto-estima, que já foi definida por John Rawls como “o mais importante bem primário” existente na sociedade⁴⁵³.

E, continua:

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização sócia das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tenta a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade⁴⁵⁴.

A ADPF 178 foi convertida em ADI 4277, vindo a ser julgada conjuntamente com a ADPF 132. Apesar de demandas distintas (ADPF 132 e ADPF 178, posteriormente ADI 4277), o pedido é um só: o reconhecimento estatal da união entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-se direitos iguais entre a união estável heterossexual e a união estável homossexual.

⁴⁵¹ **Código Civil, Artigo 1.723** - É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

⁴⁵² PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 178). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2009, p. 79.

⁴⁵³ *Idem*, p. 80.

⁴⁵⁴ *Idem, ibidem*.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADPF 132 e a ADI 4277, declarou válidas toda e qualquer união entre pessoas do mesmo sexo, garantindo-lhes estabilidade jurídica. O Tribunal reconheceu também a interpretação conforme do artigo 1.723 do Código Civil para que, ao invés de “homem e mulher”, compreenda-se, no conceito de “união estável”, a união entre pessoas do mesmo sexo.

O Tribunal fixou entendimento de que esse posicionamento deriva da proibição à discriminação, bem como derivaria das ideias de constitucionalismo fraternal encampado pela atual Constituição Federal de 1988.

166 da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA
167 DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL
168 DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL.

(E. ADPF 130, 166-168)

Segundo o precedente, a escolha da preferência sexual é uma emanção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que a escolha eleva a autoestima do indivíduo na busca por sua felicidade:

177 proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual
178 como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”; direito a auto-estima no mais
179 elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do
180 preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da
181 autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da
182 privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

(E. ADPF 130, 177-182)

Tal como na ADI 3510, a maior parte das metáforas utilizadas pelos Ministros do Supremo no julgamento da ADPF 132, associam o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a um objeto. A metáfora da entificação torna o princípio – algo essencialmente abstrato –, em “coisa concreta”. Dessa forma, fica mais sugestiva a relação com esse “objeto concreto e real” que se considerado apenas abstratamente.

1484 fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura
 1485 como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da
 1486 referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem,
 1487 respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram

(E. ADPF 132, 1484-1487)

Constata-se a referência do princípio da dignidade a metáfora do edifício ...

1358 dimensão do problema. A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto
 1359 decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da
 1360 pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988,
 1361 no que permitiu a reformulação do conceito de família. O reconhecimento de efeitos

(E. ADPF 132, 1358-1361)

... na metáfora da personificação, o princípio reclama por ostentamento, consagração, e não permite violações à sua integralidade. Novamente aqui, tornar o princípio uma pessoa é uma ação linguística estratégica, pois faz com que ele assuma atitudes, não causando constrangimento a ninguém.

1483 moralidade comum. O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de
 1484 fundamento maior da República. É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura

(E. ADPF 132, 1483-1484)

1502 nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. As concepções
 1503 organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser
 1504 encontradas aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade
 1505 da pessoa humana. Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao

(E. ADPF 132, 1502-1505)

1474 afeto entre elas é reprovável e não merece o respeito da sociedade, tampouco tutela do
 1475 Estado, o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas buscam o amor, a felicidade, a
 1476 realização. Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das sociedades de

(E. ADPF 132, 1474-1476)

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal faz alusões ao princípio da dignidade, construindo a ideia de que as relações afetivas dos homens não comportam o padrão

tradicional **homem e mulher**. As relações sociais, acompanhando as tendências advindas da autonomia da vontade coligada com a liberdade de escolha, podem ser mantidas entre pessoas do mesmo sexo. Sopesaram-se os valores morais tradicionais contra a felicidade da pessoa que deseja assumir um relacionamento homoafetivo, valendo-se o segundo contra o primeiro. Desta feita, a dignidade da pessoa humana é colocada como um princípio significativo do ordenamento jurídico, que se posiciona contrariamente aos estigmas de homossexuais nas suas mais diversas variações, posiciona-se a favor dos interesses privados, em respeito à intimidade, e na mesma direção da felicidade.

Depois de feitas essas considerações, e evidenciadas a construção, a destruição e a reconstrução cíclica e ininterrupta do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como a materialização do princípio por metáforas de variados tipos, a tese apresentará considerações finais no capítulo sétimo a seguir.

Capítulo Sétimo

Conclusão - A criação metafórica do princípio da dignidade para a ordem jurídica brasileira e o problema da influência do signo no Direito.

7.1 – As teses da ação metafórica diversificada e da transferência cognitiva revelam a impossibilidade de significado para o princípio da dignidade, o qual não abre possibilidades interpretativas, fecha a argumentação jurídica...

Esta tese se encontra dividida em sete capítulos. Em cada um deles, uma temática específica foi abordada e problematizada de modo a convergir para as conclusões apresentadas aqui. Para a fundamentação teórica, os três primeiros capítulos; nos três capítulos subsequentes, a pesquisa empírica e as fundações necessárias para realização da análise retórica.

Aqui, no capítulo sétimo, é momento adequado para reunir as informações, agrupá-las de maneira funcional sem se esquecer dos problemas centrais que guiam este trabalho. Um, **de natureza empírica**, representado pelo seguinte questionamento: como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é construído pelo Supremo Tribunal Federal nas ações de controle abstrato? Ou seja, como o Supremo fixa-lhes os diversos sentidos, fazendo uso de diversos tipos de metáforas? Outro questionamento possui **natureza teórica**, e encontra-se presente na dúvida sobre o papel das metáforas na construção de signos existentes no sistema comunicacional do Direito. Evidentemente que essas perguntas poderiam ser refeitas de diversas maneiras, bem como as explicações poderiam

ser respondidas de muitas formas. Por tudo isso, este trabalho foi fiel às etapas da análise retórica refletidas nos capítulos 4 e 5.

Para realização da pesquisa, a tese não se pretendeu apenas teórica, ou tão simplesmente empírica. Nada obstante possuir a natureza de tese, qual se encontra redigida dentro da linha de pesquisa de Filosofia do Direito, o trabalho precisou se colocar empiricamente, trazendo discussões do cotidiano jurídico, afinal, como diria Wilhelm Dilthey: “grande só é a filosofia prática, plena de vida”

455

Aqui, o Direito é objeto de investigação dele mesmo, embora ele, o Direito, não possua instrumentos de análise próprios para esse objetivo. Para tanto, foram necessárias incursões em outras áreas do conhecimento para importar, de lá para cá, ferramentas e técnicas que lhe permitissem análise.

A **análise retórica** forneceu bases sólidas para iniciar, ainda que o trabalho tivesse a consciência de que os caminhos a serem traçados não estavam prontos: seria imperioso desbravá-los, construí-los, destruí-los e reconstruí-los diversas vezes. Esta tese sabia o que problematizar, sabia aonde chegar, mas não tinha ideia de como chegar, e nem o que lhe aguardava no final. Ficou nítido que uma tese que se pretende analítica, como esta, ou escolhe uma trajetória de análise pré-existente, ou constrói seu próprio caminho. Este trabalho preferiu construir seu percurso, e, com isso, abriu novas “estradas” esperando colaborar para a análise retórica pitagórica de metáforas (metaforologia), por meio de sua agenda de trabalho (capítulo 6.1). Com ela, foi possível detectar metáforas, classificá-las em grupos, verificar-lhes o funcionamento, para depois descrever como signos jurídicos são construídos, destruídos e reconstruídos nos discursos judiciais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – expressão simbólica pesquisada – é construído em cada discurso jurídico devido à ação de metáforas, várias delas. A construção de toda essa trajetória é uma das teses deste trabalho, a tese formal (subcapítulo 6.1).

Este capítulo coloca a tese material, e, por isso, possui como objetivo principal encerrar a metódica depois que descrições e interpretações foram realizadas nos capítulos

⁴⁵⁵ DILTHEY, Wilhelm. **Sistema da ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1994, p. 14.

quinto e sexto, respectivamente. Embora o trabalho seja consciente de que os relatos são parciais, circunstanciais e precários, além de se encontram vigiados pelo princípio da causalidade, é preciso “pontuar” as discussões levantadas e responder os problemas apresentados. Para tanto, esta tese pontuará os argumentos enfrentados com **reticências** (...), ao invés de ponto final (.).

Explica-se.

Por um lado, este trabalho será qualificado de relativo, pois lida com ceticismos retóricos, e “a concepção da relatividade enfraquece a fundação científica”. Todavia, ele entende que “a retórica analítica é o mais próximo que se pode chegar daquilo que se denomina “verdade”, entendida como o controle público da linguagem”⁴⁵⁶. De outro lado, o trabalho caminhará para além da pitanêutica, buscando chamar atenção para outras possibilidades de análises retóricas. Em nenhuma dessas situações, o trabalho é conclusivo.

Destarte, este capítulo está seccionado em duas partes de igual importância.

Nesta primeira parte, serão tratados aqueles dados descritivos, produtos da análise retórica pitanêutica de metáforas: **a tese material**. Os argumentos apresentados não encerram a discussão levantada, que continua aberta e pode ser rediscutida. Daí a metáfora das reticências (...): elas são símbolos sintáticos que evidenciam que existem algo a mais, nada terminado.

No subcapítulo seguinte, novas reticências... Lá, serão abordados aspectos colaterais desta tese, o prognóstico ao invés do diagnóstico. Ao defender a tese de que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é uma expressão construída casuisticamente cujo sentido é adaptado diante de cada situação específica, é importante vislumbrar que o discurso sobre a dignidade da pessoa humana surtirá efeito no mundo jurídico. Demais órgãos colegiados, além do Supremo Tribunal Federal, e os magistrados de primeira instância, devem obediência ao discurso do STF. A decisão exarada em controle abstrato possui efeito *erga omnes*. Dando o devido tratamento linguístico a essa informação, significa dizer que o signo “dignidade humana” construído pelo utente “Supremo Tribunal

⁴⁵⁶ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 339.

Federal” repercutirá em outros utentes componentes do sistema jurídico-comunicacional, influenciando-os.

Nesse caso, a relação comunicacional deixa de ser aquela admitida nesta tese (utente construindo signo), passando a ser a imediatamente inversa (signo influenciando utentes). O subcapítulo 7.2 não trará nenhuma colocação futurística, como se estivesse antevendo algo, pois isso iria de encontro às bases descritivas de uma análise retórica. Também não se pretende normativo, como uma dogmática do direito. O próximo subcapítulo tão somente evidenciará que a construção de um signo gera para o sistema comunicacional a possibilidade de se analisar as influências desse signo construído no respectivo sistema comunicacional. Pitanêutica e pragmatismo são colocados lado a lado, e embora não se tenha intenção de debatê-los, atenta-se para uma relação cíclica, interrompida apenas para fins analíticos e estratégicos, como ocorreram nesta tese.

Voltando ao problema descritivo, a pesquisa empírica revelou não ser possível a fixação de **um** significado para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Essa afirmação será justificada com a justaposição de suas teses, **a tese da ação metafórica diversificada na construção do princípio** (signo) e **a tese da transferência cognitiva**. Essa última não é original, é uma revisão da Teoria da Metáfora Conceitual elaborada e desenvolvida por George Lakoff e Mark Johnson, várias vezes referidas neste trabalho. Depois, colocar-se-ão duas consequências dessas afirmações, também verificadas a partir da pitanêutica de metáforas, a saber: a) o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não abre possibilidades interpretativas, mas fecha círculos argumentativos, e b) não se argumenta apenas com base no princípio da dignidade.

As pesquisas realizadas neste trabalho permitem que se defenda a impossibilidade de fixação de significado para o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Apesar da “dignidade humana” se consistir numa expressão simbólica que possui relevante importância para o ordenamento jurídico brasileiro – ela assume a função de princípio central e de fundamento do Estado de Direito (CF, artigo 1º, III) – esse signo não possui um significado construído. Como dito logo no capítulo primeiro, signo aqui são as ideias representadas pela junção de significantes e significados, diria Ferdinand de Saussure. A expressão “dignidade da pessoa humana” certamente possui um significante: a disposição de cada lexema e de cada gramema permite o reconhecimento dessa importante expressão.

A toda evidência, essa expressão não carrega significado. Como dito também no capítulo primeiro, essa expressão carrega sentidos, muitos e variados. A ideia de se diferenciar sentido e significado não pertence a esta tese, Tatiana Slama-Cazacu já construiu essa distinção, qual foi incorporada neste trabalho:

O sentido é, pois, a realidade que aparece na prática da linguagem, como feito completo e variável – incluído também – e cujo significado constitui uma parte – sem dúvida necessária e muito importante – mas não única; distingue-se do significado primário, do qual sem embargo deriva⁴⁵⁷.

Não se pode imaginar que esta tese esteja defendendo que existam significados prontos e acabados para palavras. Não é isso. Esta tese sabe que tanto o significado, como também os sentidos das palavras, são construções linguísticas contextuais. A diferença entre elas é que o sentido é uma construção mais imediata, enquanto o significado acumula definições históricas da palavra, ou seja, ele pode ser colocado em dicionários. Ao se afirmar aqui que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não possui um significado, se quer dizer que o uso desse princípio, das mais variadas formas e maneiras, têm impossibilitado a fixação de um significado.

O uso da expressão “dignidade humana” é empregada em vários sentidos, alguns até paradoxalmente. Isso explica porque posições completamente contrárias procuram se legitimar socorrendo-se nesse signo jurídico. As discussões travadas no Supremo Tribunal Federal, representada pelos votos dos Ministros, mas também pelas pretensões de reconhecimento de inconstitucionalidades (petições iniciais) evidenciam isso. Contudo, não diga que é impossível a construção de um signo. Apesar da subestrutura significado não se encontrar nítida quando se fala em “dignidade humana”, foi defendido que seria possível um signo formado pelas subunidades significante e **sentido**, ao invés de significante e significado.

A permuta da subunidade “significado” por “sentido”, de certa forma contrária à Teoria Pura da Língua – formulada por Ferdinand de Saussure –, traz como consequência expressiva a ideia de contexto (cotexto). O sentido é algo construído dentro do contexto, enquanto o significado é uma subestrutura que parece querer desprender-se dele. No caso,

⁴⁵⁷ “El sentido es, pues, la realidad que aparece en la práctica del lenguaje, como hecho completo y variable – incluso inestable –, y cuyo significado constituye una parte – sin duda necesaria y muy importante, pero no única; se distingue del significado primario, del que sin embargo deriva”. (SLAMA-CAZACU, Tatiana. **Language y contexto**. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1970, p. 209).

esta tese percebeu que os multissusos do Princípio da Dignidade Humana, em vários contextos e nas mais diversas argumentações, não permitem que se fixe significado. Dignidade humana é uma expressão antiga, ampliada de sentidos desde a renascença italiana:

O **humanismo** não criou o conceito de dignidade humana, mas ampliou a concepção da Patrística e da Idade Média em geral, trazendo-a para o discurso político e retirando-a do ambiente privado para a esfera pública. Os humanistas platônicos da Renascença salientam também que a dignidade do ser humano mostra-se desde logo em sua capacidade para conhecer, na medida em que a criação divina não é apenas copiada e repetida, mas o ser humano lhe acrescenta algo, modifica o ambiente, posto que se autodetermina e escolhe suas atitudes⁴⁵⁸.

Atualmente, dentro do direito brasileiro, os discursos sobre dignidade humana lhe dão o mesmo uso que *tu-tû* da tribo Aisat-naf, estudada por Alf Ross. Para Alaôr Caffé Alves, Alf Ross demonstra “como procuramos operacionalizar, com certa maestria e economia de esforço, o discurso do direito, manipulando de forma técnica palavras sem significado, sem referência semântica alguma”⁴⁵⁹.

A “dignidade da pessoa humana” representa o princípio central dos direitos subjetivos, ideário de liberdade, representa o direito de ter direitos para o ser humano. Todavia, essa expressão é manuseada no cotidiano linguístico dos juristas justificando qualquer tomada de decisão. Seu objetivo é apresentar uma decisão anteriormente tomada. Como diria Alf Ross, a dignidade da pessoa humana...

[...] e outras palavras, quando são usadas na linguagem jurídica, têm a mesma função da palavra “tu-tû”; são palavras sem significado, sem referência semântica alguma, e só servem como uma técnica de apresentação⁴⁶⁰.

Para este trabalho, depois de realizadas as pesquisas com base nas petições iniciais, nas ementas e nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADI 2649 - em que se discutiu a inconstitucionalidade de uma lei que isentava o pagamento da passagem de pessoas portadoras de deficiência física-; na ADI 3510, - em que se discutia a inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança, qual permite a utilização de células tronco (material genético) para experiências científicas-; na ADPF 130, - em que se discutiu a não

⁴⁵⁸ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 333.

⁴⁵⁹ ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. In: ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, p. 7-9, 2004, p.8.

⁴⁶⁰ ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 42.

recepção da Lei de Imprensa pela atual Constituição Federal; e, finalmente, a ADPF 132 - cujo debate central se deu pelo reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo sexo - , são duas as razões para o multiuso do princípio da dignidade humana, a saber: a ação metafórica diversificada, e a transferência cognitiva por metáforas.

A **tese da ação metafórica diversificada** ensina que os signos são construídos metaforicamente. As metáforas desempenham relevante papel na construção de diversos signos pertencentes ao sistema comunicacional representado pelo direito. Não apenas “dignidade humana”, mas “interesse público”, “direito adquirido” e tantas outras expressões que são utilizadas no cotidiano dos juristas com empregos pragmáticos. Elas possuem sentidos construídos, destruídos e reconstruídos casuisticamente.

Sensível a esse aspecto do direito, Theodor Viehweg observada que o *ius civile* romano havia sido construído com base em opiniões. Os pontos de vista (*topoi*) retirados da própria sociedade teriam sido catalogados e serviram de referência no processo de decisão de problemas práticos. A antropologia, a sociologia e a filosofia de cada momento histórico-social formam uma dada cultura, expressa em termos de *topoi*. Para Theodor Viehweg, o catálogo de opiniões pode ser ampliado e complementado na sua função de orientar decisões.

Temos visto já como a tópica coleciona pontos de vista e os compreende depois em catálogos, que não estão dominados por nenhum nexos dedutivo., o que permite que possam ser ampliados e completados sem dificuldade⁴⁶¹

Aqui no Brasil, Paulo Roberto Soares de Mendonça, pesquisando sob a hipótese de uma influência da tópica nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, proferidos com base no princípio do interesse público, adverte que:

A atividade judicial nada mais representa do que um conjunto de práticas de natureza tópica aplicadas ao direito, pois os juízes examinam as características particulares de cada situação e atribuem soluções para a controvérsia, com base nas normas jurídicas em vigor. Para tanto, lançam mão de vários tipos de argumentos, fundados na realidade, no senso comum, em valores, etc., que no final irão funcionar como diretrizes para a resolução de casos semelhantes⁴⁶².

⁴⁶¹ “Hemos visto ya cómo la tópica colecciona puntos de vista y los comprende después en catálogos, que no están dominados por un nexo deductivo, lo que permite que puedan ser ampliados y completados sin dificultad” (VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudência**. Tradução de Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madrid: Taurus Ediciones, 1986, p. 83).

⁴⁶² MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 377.

Isso,

[p]rimeiramente, porque as próprias premissas de um sistema jurídico são imprecisas e genéricas, contidas em princípios ou cláusulas gerais, que demandam uma determinação *a posteriori* de seu significado, com base em eventos concretamente observados. Em segundo lugar, o direito integra o elenco dos saberes argumentativos e não demonstrativos porque lida não com verdades e sim com teses hegemônicas em certos locais, por determinado período de tempo⁴⁶³.

Numa linha mais crítica, Zélio Furtado da Silva procurou demonstrar como o “teoria da imprevisão” permite que se (re)discutam situações jurídicas aparentemente resolvidas. Nada, no Direito, está suficientemente concluído que não possa ser alvo de rediscussões, por meio de um processo de argumentação “capaz de desmistificar institutos jurídicos intocáveis e de poder transformar situações desfavoráveis em um estado pleno de equilíbrio e igualdade”⁴⁶⁴.

Essas teses podem ser agrupadas como análises tópico-retóricas de jurisprudências. É uma possibilidade de se fazer retórica analítica, atentas ao processo argumentativo (teoria da argumentação) ou entimemático das decisões. Este trabalho preferiu uma análise das figuras, a outra face da retórica. Mais do que detectar arquétipos argumentativos comumente utilizados em diversos precedentes, aqui se procurou mergulhar no poder criativo das metáforas.

O trabalho observou que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é construído metaforicamente. Dependendo do contexto, ele é associado à liberdade de expressão (ADPF 130), ao progresso tecnológico das ciências (ADI 3510), à felicidade nas relações homoafetivas (ADPF 132) ou até cuida de assegurar tratamento diferenciando entre pessoas (ADI 2649). Em cada uma dessas decisões, a menção ao princípio da dignidade é feito metaforicamente, associando-o às metáforas ontológicas, de recipiente, de personificação, de orientação, de edifício, como planta que possui frutos, dentre outras tantas. O multiuso metafórico do princípio não é diversificado apenas quando se comparam essas decisões; mesmo dentro de cada julgamento, e até dentro do voto do mesmo Ministro, a “dignidade da pessoa humana” não é uma expressão construída com

⁴⁶³ *Idem*, p. 385.

⁴⁶⁴ SILVA, Zélio Furtado da. **Retórica & decisão judicial**. Recife: Pirapama Edições Culturais, 2009, p. 203.

compromisso de convergência semântica. Ao contrário, seus sentidos são divergentes. Os usos são variados, plurais e isso contribui para o esvaziamento semântico desse princípio.

Provavelmente, se as mesmas metáforas fossem utilizadas para expressar o princípio, fosse possível detectar o que o Supremo Tribunal Federal entende exatamente por **dignidade da pessoa humana**. Pelas pesquisas feitas, não é possível uma significação mais precisa. Aliás, João Batista Vilella ironicamente, já dizia:

Dignidade da pessoa humana acabou por ganhar, assim, a propriedade de servir a tudo. De ser usado onde cabe com acerto pleno, onde convém com adequação discutível e onde definitivamente não é o seu lugar. Empobreceu-se. Esvaziou-se. Tornou-se um tropo oratório que tende à flacidez absoluta⁴⁶⁵.

Essa preocupação parece ter chegado ao Supremo Tribunal Federal. A Corte tem despertado, ainda que timidamente, para uma (re)construção constante desse princípio, passando por sua própria destruição. Um princípio não pode ser invocado para tudo, pois se esvaziará, e para nada servirá. O Ministro Dias Toffoli, relator do Recurso Extraordinário nº 363.889, ressaltou sua preocupação:

Tenho refletido bastante sobre essa questão, e considero haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia certa doutrina, especialmente de Direito Privado, transformando a **conspícua dignidade humana**, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em verdadeira panacéia de todos os males⁴⁶⁶.

E arremata:

[...] se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá⁴⁶⁷.

De forma empírica, esta tese comprova as ilações referidas. Além dessa constatação, a tese justifica esse “esvaziamento” do conteúdo do Princípio da Dignidade

⁴⁶⁵ VILELLA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Edição Comemorativa de 20 anos**: doutrina. Distrito Federal: STJ, p. 559-581, 2009, p. 562.

⁴⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 386.889 (DF). Relator Ministro Dias Toffoli. Recorrente Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Recorrida: Goiás Fonseca Rates. **Supremo Tribunal Federal**. Voto disponível em [www.stf.jus.br], acesso em 13 de Outubro de 2012, às 16:08, grifos no original.

⁴⁶⁷ *Idem, ibidem*.

pela associação metafórica de tantos e variados conceitos. A ação metafórica diversificada é a causa para a transformação do princípio em signo “oco”, mera expressão simbólica.

Ao lado da tese da ação metafórica diversificada na construção do sentido do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é necessário tratar da **tese da transferência cognitiva**. Esta teoria não pertence a esta tese, embora aqui se tenha procurado novos argumentos para testá-la, reafirmá-la e reescrevê-la. Dessa feita, argumentos jurídicos possibilitaram uma revisão da literatura a esse respeito.

A tese da transferência cognitiva realizada pelas metáforas é mais que um novo rótulo para a Teoria da Metáfora Conceitual desenvolvida por George Lakoff e Mark Johnson, tantas vezes referida nesta tese. No capítulo terceiro, demonstrou-se que as metáforas agem transferindo conceitos de um *aliquo* para um *aliquid*, e vice-versa. Este trabalho concorda com a redução que se faz, mesmo entre retóricos, que as figuras de linguagem – da qual a metáfora é um exemplo – atue apenas formalmente. Essa posição é antiga, tal como antiga é a noção de que figuras são apenas qualidades expressivas da linguagem. Atualmente, com o desenvolvimento da Psicologia Cognitiva, da Neurolinguística e da Sociolinguística, já ficou comprovado que as figuras atuam na cognição humana. A forma como se percebe o mundo, já, ela mesma, metafórica.

Esta tese combate a falsa ideia de que as metáforas – ou qualquer outra figura de linguagem – sirvam apenas para ornamentação do discurso. Certamente elas possuem essa função, mas não é a única. As figuras de linguagem auxiliam na percepção do mundo. Se há dificuldade na percepção do que significa o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é porque muitas metáforas lhe são associadas, e esse sentido somente pode ser conhecido no contexto, subserviente a causalidade.

A afirmação de que não é possível fixar um significado para o princípio da dignidade da pessoa humana, justificada tanto pela tese da ação metafórica diversificada como pela tese da transferência cognitiva por metáforas, corroboram outras duas observações verificadas após a análise retórica realizada nos capítulos quintos e sexto:

1. O princípio da dignidade não abre possibilidades interpretativas, mas fecha círculos argumentativos; e
2. Não se argumenta somente com base nesse adágio constitucional.

Essas observações estão intimamente associadas, intrincadas até.

Nenhuma das petições iniciais, nem os votos dos Ministros, enfrentaram o problema da interpretação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A vagueza, a porosidade e a ambiguidade são características marcantes desse princípio constitucional. Como se trata de uma expressão de conteúdo indefinido (ou, indeterminado), mesmo diante de casos reais, os atores dos processos pesquisados se abstiveram de enfrentar o problema exegético do Princípio da Dignidade. A referência ao princípio foi indireta, seletiva e tardia, sempre o associando a algum atributo social retirado da cultura brasileira. Daí a utilização de metáforas de orientação, para expressar que o princípio da dignidade está no topo do ordenamento jurídico, embora em outras passagens ele esteja na base, dando fundamento a toda ordem jurídica...

Foi observado que a utilização desse princípio sempre veio após a argumentação já se encontrar “pronta”. Somente após a exposição de determinada posição, essa justificada pela utilização de fontes do direito, é que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi lembrado. Ele não subsidia a construção de argumentos jurídicos, pois seu sentido é construído dentro do processo argumentativo. O emprego do Princípio da Dignidade é feito *a posteriori*, para legitimar determinada posição. A pesquisa sugere que o mapa mental envolvido no uso do princípio da dignidade é assim: toma-se determinada posição, argumenta-a com as fontes do direito, e, somente depois, se lida com o princípio da dignidade para legitimar a decisão tomada. Esse é o processo argumentativo das decisões pesquisadas. A circularidade com que esse processo se desenvolve lembra que o princípio da dignidade é o “véu da decisão”, ao mesmo tempo em que é a “cereja do bolo”.

Como “véu da decisão”, o princípio da dignidade protege a argumentação, envolvendo-se com ela, representando-a metonimicamente. Se existem motivos para se reconhecer juridicamente a união entre pessoas do mesmo sexo, esses motivos ficam ainda mais fortalecidos quando são associados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Se a Lei da Imprensa lembra um momento histórico ditatorial, não pode coexistir com a atual ordem constitucional. É a própria dignidade da pessoa humana que reclama a declaração de não recepção (ADPF 130). É nesse sentido que se defende: o princípio representa totalmente aquela argumentação, preenchendo-se dela, para robustecê-la. Não se trata apenas de uma associação para fins estilísticos, pois dizer isso seria o mesmo que

admitir futilidade e inutilidade do Princípio da Dignidade. A pesquisa não constatou futilidades e inutilidades associadas ao princípio, mas sim que ele foi mencionado para fechamento de uma argumentação jurídica, com propósitos de (auto-)legitimação.

Da mesma forma que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não abre possibilidades interpretativas, mas sim fecha círculos argumentativos: ele não é mencionado sozinho nas demandas judiciais. Foi verificado que nenhuma demanda foi proposta ou recebeu jurisdição somente sob o fundamento do princípio da dignidade. É verdade que o princípio da dignidade exerce também o papel da “cereja do bolo”. Como produto de uma construção metafórica, ele acumula a função estética, sem limitar-se a ela. Por vezes é essa função que mais aparece, por se encontrar mais nítida. Reduzir o Princípio da Dignidade a *tropos*, não é problema nenhum; equívoco é pensar que os *tropoi* possuem apenas função ornamental.

7.2 –... ao fechar círculos argumentativos, influencia todo sistema jurídico-comunicacional. As influências recíprocas entre pitanêutica e pragmatismo diante do problema das decisões do STF para os demais órgãos judiciários...

No terceiro nível da retórica, Ottmar Ballweg entende coexistirem nove formas de se realizar a retórica analítica⁴⁶⁸; seriam os caminhos para a execução de uma retórica analítica. A retórica analítica objetiva estudar as influências da retórica estratégica sobre a retórica material, ou seja, da teoria sobre a prática, constituindo-se em “metateoria”.

Esta tese optou por analisar o poder de criação do Supremo Tribunal Federal sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A relação retórico-analítica do Utente sobre o Signo Jurídico (U → S) é pitanêutica, e realizou-se através da desconstrução do signo. Assim se evidenciaram as marcas deixadas pelo Supremo sobre o Princípio da Dignidade. O signo foi construído em cada decisão pesquisada, e embora não se tenha um significado pronto e acabado para o Princípio da Dignidade, não é ousado admitir a transmissão signica. Ou seja, o signo construído será repassado para outros utentes, os influenciado (S → U). A análise retórica inversa da pitanêutica, com a qual se evidenciam influencias dos utentes na construção do signo, é a pragmática.

⁴⁶⁸ BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. In: **Revista brasileira de filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia. Fasc. 163, Vol. XXXIX, 1991, p. 182.

Isso não quer dizer que o signo construído pelo Supremo tenha sido uma construção solitária. Para esta tese, ninguém constitui a “realidade” isoladamente. A “realidade” é produto de um acordo linguístico negociado, que varias pessoas creem: é isso que dá força a “realidade”. Entre os relatos da “realidade”, o vencedor a constituirá, mas isso não significa que seja a única. Ora, “se as pessoas acordam que ciganos ou homossexuais não são serem humanos, se o direito os define como tal, eles não são serem humanos”⁴⁶⁹. Isso já aconteceu em vários momentos históricos; aliás, o que é a história senão o relato dos vencedores? Nem mesmo é possível assegurar que os relatos perdedores não influenciam de alguma forma a construção do signo. Isso porque um dado argumento contido no relato vencedor pode ter sido melhorado por causa de um contra-argumento existente no relator perdedor; pode, também, o relato vencedor ter se apropriado de definições e conceitos do relato perdedor. A retórica analítica poderia procurar responder essas questões, o que certamente não se fará nesta tese.

Trazendo o problema para mais perto, a construção do signo “dignidade humana” foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal, mas não quer dizer que os votos dos Ministros foram suficientes para tanto. Este trabalho sabe que as petições iniciais, os argumentos nelas contidos, as crenças dos advogados, do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, dos *amicus curie* e a doutrina são relatos da “realidade”. Assim, quando esta tese fala que o Supremo decidiu assim e não assado, nem se esquece de todas essas contribuições, nem ignora que fala metaforicamente já que o STF é uma instituição que não decide senão através dos membros que lhe compõe; todos os Ministros, cada de um de sua forma, influenciam a construção de signos no direito.

A ordem jurídica brasileira admite que “as decisões declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade têm eficácia *erga omnes*”⁴⁷⁰. Segundo essa determinação, o signo jurídico construído precisa ser transmitido para os “demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011, p. 351.

⁴⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Sraiva, 2009, p. 1325.

⁴⁷¹ §2º, artigo 102 da Constituição Federal de 1988.

Desse texto normativo, surgem duas questões que interessam à retórica analítica, mais diretamente à pragmática, e indiretamente à pitagórica. A primeira delas relaciona-se com a influência do signo sobre o mesmo utente que o criou, ou: o Princípio da Dignidade assim que construído pelo Supremo o vincula também? Esse é um problema dos limites subjetivos da vinculação. A segunda questão tem a ver com os limites objetivos da vinculação e do efeito *erga omnes*, isso porque abrange outros órgãos do poder judiciário. Esse fato está ainda mais evidente após os adventos da Emenda Constitucional nº 45/2004 que admitiram as súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro e a Reclamação Constitucional para preservação da competência do Supremo.

Essas questões não podem ser ignoradas. O controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é responsável por sensíveis alterações dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Não se está falando aqui das alterações formais do texto, nos quais há modificação de significados e até a criação de novos institutos jurídicos. Os sentidos de determinada legislação pode ser conformada por questões factuais, históricas e pelos mais diversos interesses envolvidos. Tratam-se, aqui, das mutações constitucionais. Com elas, o texto permanece inalterado, mas os sentidos são construídos casuisticamente. A Constituição mesma não fornece grandes empecilhos; os juízes contribuem ativamente na sua formatação.

No texto da Constituição dormem até poderes desconhecidos que descobrem à legislação, e então, definitivamente, o juiz lhes dá vida⁴⁷².

Esses dois problemas tem sido alvo de intensos debates na doutrina constitucional brasileira pelas consequências jurídicas que possuem. Não é difícil encontrar argumentos que criticam a autovinculação do Supremo às suas próprias decisões, “pois isto poderia significar uma renúncia ao próprio desenvolvimento da Constituição, tarefa imanente aos órgãos de jurisdição constitucional”⁴⁷³. De certa forma, um “façam o que digo, mas não façam o que faço”. As Súmulas Vinculantes, cujos objetivos seriam a validade, a interpretação e a eficácia de determinadas normas, tiveram sua aprovação cercadas de cuidados:

⁴⁷² “En el texto de la Constitución duermen hasta ahora poderes desconocidos que descubre la legislación y luego, definitivamente, les da vida el juez” (JELLINEK, George. **Reforma y mutación de la constitución**. Tradução de Christian Förster e Pablo Lucas Verdu. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 26-27.

⁴⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1338.

Constituição Federal de 1988, Artigo 103 – A -.....

§2º - Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de sumulado poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Todos esses casos, porém, nunca receberam tratamento retórico adequado. As discussões não consideram aspectos linguísticos contundentes, tais como os esboçados nesta tese. Normalmente, os debates giram em torno de proposições prescritivas, dizendo como **devem** ser resolvidos esses problemas⁴⁷⁴. Muitas dessas prescrições parecem ingênuas por acreditarem que a atividade jurisprudencial seria apenas uma transferência do conteúdo da lei para o caso concreto. O silogismo como racionalidade é uma dessas fortes crenças.

Uma posição descritiva parte da ideia de que o juiz cria o direito. Através dela seria possível verificar se o comando constitucional previsto no §2º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988 é cumprido, ou se é apenas texto normativo. Essas questões não estão resolvidas, e parecem ainda mais complexas quando esses fatores são levados em conta. É exatamente “aquele que não concebe a tarefa do juiz absoluta subjugação deste à lei, quem tem de perguntar-se acerca do significado que o direito codificado (ainda) tem no processo de decisão judicial”⁴⁷⁵.

Evidentemente que essas questões levantadas agora não serão resolvidas aqui. Este trabalho possui objetivos específicos, e essas indagações não fazem parte, ao menos diretamente, das problematizações desta tese. Colocá-las é uma questão de admiti-las, de admitir que os problemas do direito estão longe de serem resolvidos por qualquer teoria da verdade, como querem as ontologias. Isso não significa que o caminho da retórica analítica se constitua como “verdade”, mas talvez seja a trajetória mais próxima para se compreender melhor o mundo, e o direito nele incluído. Essa ação humana não é simples, porque,

⁴⁷⁴ DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

⁴⁷⁵ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 281-301, 2002, p. 283.

[...] há forças terríveis que lhe irrompem constantemente e que opõem às verdades científicas “verdades” de um tipo totalmente diferente com as mais diversas espécies de emblemas⁴⁷⁶.

Por seu turno, a retórica analítica permite que se aprenda a aprender, é um ato de questionar o questionamento, sempre e incansavelmente. A retórica analítica não admite descanso nesse caminhar; ela acredita que o conhecimento e a ciência se fazem sempre, cotidianamente, sem ceder espaços para soberbas como nas ontologias. Ela constitui na atividade científica, ela é atividade da ciência por excelência. Devido a isso tudo, as reticências no lugar do ponto final. Essa é mais uma metáfora da vida cotidiana...

⁴⁷⁶ NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extramoral**. Tradução de Fernando Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008, p. 45.

REFERÊNCIAS

I – Livros, artigos e arquivos da internet.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário da filosofia**. Tradução de Alfredo Bossi e Ivone Castilho Benedetti. 5ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002;

ADEODATO, João Maurício. **Retórica constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009;

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011;

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012;

ALEXY, Robert. **Las teorías dos derechos fundamentalis**. Tradução de Ernesto Gárzon Váldes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993;

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ed. São Paulo: Landy Editora, 2001;

ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação. *In*: ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, p. 7-9, 2004;

ARISTÓTELES. **Arte poética**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003;

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Imprensa Nacional, 1998;

ARISTÓTELES. Da interpretação. *In*: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Bauru, p. 81-110, 2005;

ARISTÓTELES. Tópicos. *In*: ARISTÓTELES. **Órganon**. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Bauru, p. 347-543, 2005;

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002;
- ARROJO, Rosemary. A noção do inconsciente e a desconstrução do sujeito cartesiano. *In*: ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído**: implicações para a tradução, a leitura e o ensino. 2ed. Campinas: Pontes, p. 13-18, 2003;
- ARROJO, Rosemary e RAJAGOPALAN, Kanavillil. A noção de literalidade: metáfora primordial. *In*: ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído**: implicações para a tradução, a leitura e o ensino. 2ed. Campinas: Pontes, p. 47-55, 2003;
- ARROJO, Rosemary e RAKAGOPALAN, Kanavillil. Serle a noção de literalidade. *In*: ARROJO, Rosemary (org.). **O signo desconstruído**: implicações para a tradução, a leitura e o ensino. 2ed. Campinas: Pontes, p. 113-121, 2003;
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2ed. São Paulo: Landy Editora, 2002;
- AUSTIN, John Longshaw. **Sentido e percepção**. Tradução de Armando Manuel Mora de Oliveira. São Paulo: Martins Fontes, 2004;
- AZEREDO, José Carlos. **Gramática Houaiss da língua portuguesa**. São Paulo: Publifolha, 2008;
- BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Tradução de Juvenal Hahne Júnior. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000;
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011;
- BAKHTIN, Mikhail Mikhailovitch. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 13ed. São Paulo: Hucitec, 2012;
- BALLWEG, Ottmar. Retórica analítica e direito. *In*: **Revista Brasileira de Filosofia**. Tradução de João Maurício Adeodato. Nº 163, fasc. XXXIX, São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, p. 175-184, 1991;
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006;
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009;
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**. Instituto Brasileiro de Direito Público: Salvador, nº 09, Mar/Mai, 2007. Disponível em [www.direitodoestado.com.br], Acesso em 20.08.2012;
- BAUER, Martin W. e AARTS, Bas. A construção do corpus: um princípio para a coleta de dados qualitativos. *In*: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**: Um manual prático. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, p. 39-63, 2008;

- BAUER, Martin W., GASKELL, George & ALLUM, Nicholas C. Qualidade, quantidade e interesses do conhecimento – evitando confusões. *In*: BAUER, Martin W e GASKELL, George (orgs.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: Um manual prático**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis, Editora Vozes, 17-36, 2008;
- BÍBLIA SAGRADA. **Bíblia de estudo Almeida**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1999;
- BIX, Brian. **Law, language and legal determinacy**. New York: Oxford Press, 2003;
- BIDERMAN, Albert. **The Playfair Enigma**: Toward understanding the development of the schematic representation of statistics from origins to the present day. Institut für Didaktik der Mathematik: Universität Bielefeld, p. 3-25, 1989;
- BIZZOCCHI, Aldo. Como o “não” vigorou na língua. *In*: **Aldo Bizzocchi**. Capturado a partir de [<http://www.aldobizzocchi.com.br/artigos.html>], Acesso em 11 de Outubro de 2008;
- BLACK, Max. Como as metáforas funcionam: uma resposta a Donald Davidson. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. *In*: SACKS, Sheldon. **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 183-193, 1992;
- BLACK, Max. More about metaphor. *In*: ORTONY, Andrew (editor). **Metaphor and thought**. Cambridge: CUP, p. 19-43, 1993;
- BLUMENBERG, Hans. **Las realidades en que vivimos**. Tradução de Pedro Madrigal. Barcelona: Paidós, 1999;
- BOOTH, Wayne C. A metáfora como retórica: o problema da avaliação. *In*: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. Tradução de Marisis Aranha Camargo. São Paulo: EDUC, p. 53-75, 1992;
- BOTTINI, Gabriella *et alli*. The role of the right hemisphere in the interpretation of figurative aspects on language: a positron emission tomography activation study. *In*: **Brain – A Journal of Neurology**. Vol. 177, nº 06, Oxford: Oxford University Press, p. 1241-1253, 1994;
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 13ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010;
- BRAIDA, Celso Reni. Apresentação. *In*: SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. Tradução de Celso Reni Baida. 5.ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, p. 7-22, 2006;
- BRIONES, Guillermo. **Metodología de la investigación cuantitativa en las ciencias sociales**. Bogotá: ICFES, 1996;
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *In*: **Isonomia – Revista de Teoria y Filosofía del Derecho**. Nº 18, México: ITAM, p. 7-25, 2003;
- CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. **Problemas da linguística descritiva**. 3ed. Petrópolis: Vozes, 1970;

- CÂMARA JÚNIOR, Joaquim Mattoso. **Contribuição à estilística portuguesa**. 3ed. Rio de Janeiro: AO livro técnico, 1978;
- CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 2ed. Campinas: Russell, 2005;
- CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. Roma: Del Foro Italiano, v.2, 1956;
- CARRAHER, David William. **Senso crítico: do dia-a-dia às ciências humanas**. São Paulo: Cengage, 2008;
- CARVALHO, João Cláudio de. Metáforas estruturais e discurso judicial: o problema da construção do sentido de "Direitos Fundamentais". *In*: AMARAL, Eriberto Cordeiro (coord.). **Reflexões e perspectivas dos direitos e garantias constitucionais**. Recife: Nossa Livraria, p. 23-47, 2012;
- CASSIRER, Ernst. **Ensaio sobre o homem: introdução a uma filosofia da cultura humana**. Tradução de Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2005;
- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista**. São Paulo: Noeses, 2009;
- CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. Metáforas de letras em culturas jurídicas da escrita: como se é fiel à vontade da lei? *In*: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, p. 149-157, 2009;
- CERQUEIRA, Marcello. Revisão, reforma constitucional e plebiscito. *In*: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, p. 116-148, 2003;
- CHIZZOTTI, Antonio. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais - evolução e desafios. *In*: **Revista portuguesa de educação**. Ano/vol. 03, nº 2, Braga: Universidade do Minho, p. 221-236, 2003;
- CHOMSKY, Noam. **Linguagem e mente**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3ed. São Paulo: Editora UNESP, 2009;
- COLLEY, Thomas. **Princípios gerais do direito constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução de Rodrigo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2006;
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2001;
- CONTENÇAS, Paula. **A eficácia da metáfora na produção da ciência: o caso da genética**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999;
- COSTA, Thales Morais da. Justiça Constitucional. *In*: COSTA, Tales Morais da. **Introdução ao direito francês** (coord.). Curitiba: Juruá, Vol. I, p. 139-193, 2009;

- COULSON, Seana, MATLOCK, Teenie. Metaphor and the space structuring model. Disponível em: [www.cogsci.ucsd.edu/~coulson/ssm.htm], Acesso em 06 de Maio de 2012;
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2ed. Salvador: Juspodium, 2008;
- DANTAS, Ivo. **Constituição & processo**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2007;
- DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdú e Christian Förster. Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998;
- DAVIDSON, Donald. O que as metáforas significam. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. In: SACKS, Sheldon (org.). **Da metáfora**. São Paulo: EDUC Pontes, p. 35-51, 1992;
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002;
- DIAS, Graciele da Mata Massaretti e SILVA, Manoel Messias Alves da. Aspectos da terminologia jurídica. In: COLARES, Virgínia (org.). **Linguagem e direito**. Recife: UFPE Ed., p. 49-69, 2010;
- DILTHEY, Wilhelm. **Sistema da ética**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1994;
- DUBOIS, Jaques *et alli*. **Retórica geral**. Tradução de Carlos Felipe Moisés, Duílio Colombini, Elenir de Barros e Massaud Moisés. São Paulo: Cultrix – Editora da Universidade de São Paulo (EDUSP), 1974;
- ECO, Umberto. **Come si fa una tesi di laurea: le materie umanistiche**. Milano: Tascabili Bompiani, 2010;
- ECO, Umberto. **Semiótica e filosofia da linguagem**. Tradução de Maria de Bragança. Lisboa: Instituto Piaget, 2001;
- FAIRLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Tradução de Izabel Magalhães (Coord.). Brasília: Universidade de Brasília, 2008;
- FERRARI NETO, José. Ciências da Linguagem e Filosofia: uma análise das relações entre Linguística, Psicolinguística e Neurociências sob a ótica da Filosofia da Mente. In: **Letras Hoje**. Porto Alegre: PUC Ed., Vol. 47, nº 01, p.93-101, Jan/Mar 2012;
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2001;
- FILIPAK, Francisco. **Teoria da metáfora**. Curitiba: HVD Ed, 1983;
- FIORIN, José Luiz. **Em busca do sentido: estudos discursivos**. São Paulo: Contexto, 2008;
- FLICK, Uwe. **Uma introdução à pesquisa qualitativa**. Tradução de Sandra Netz. 2ed. Porto Alegre: Bookman, 2007;

- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito:** pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009;
- FOSSILE, Dieysa Kanyela. Teoria dos espaços mentais e da mesclagem conceitual: concepções de literalidade e metaforicidade. *In: VOOS Revista Polidisciplinar Eletrônica da Faculdade Guairacá. Caderno.* Guarapuava: Faculdade Guairacá, Vol. 01, p. 42-66, Jul/2009. Disponível em: [www.revistavoos.com.br], Acesso em 10 de Dezembro de 2010;
- FREGE, Gottlob. Sobre o sentido e a referência. *In: FREGE, Gottlob. Lógica e filosofia da linguagem.* Tradução de Paulo Alcoforado (Org.). São Paulo: Cultrix, p. 61-86, 1978;
- GILL, Rosalind. Análise de discurso. *In: BAUER, Martin W., GASKELL, George (orgs.). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som.* 7ed. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. Petrópolis: Editora Vozes, p. 244-270, 2008;
- GLUCKSBERG, Sam. **Understanding figurative language:** from metaphors to idioms. Oxford: Oxford University Press, 2001;
- GOODMAN, Nelson. A metáfora como trabalho adicional. Tradução de Glória Regina Loreto Sampaio. *In: SACKS, Sheldon (org.). Da metáfora.* São Paulo: EDUC Pontes, p.177-181, 1992;
- GREGORY, Richard. **Seeing through illusions.** New York: Oxford Press, 2009;
- GUIMARÃES, Hélio de Seixas e LESSA, Ana Cecília. **Figuras de linguagem: teoria e prática.** 14.ed. São Paulo: Atual, 1998;
- HAMILTON, Alexander. Ao povo do Estado de Nova Iorque - o federalista nº 81. *In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. O federalista.* Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. 2ed. Campinas: Russell, p. 487-495, 2005;
- HANSEN, João Adolfo. **Alegoria:** construção e interpretação da metáfora. Campinas: Editora da UNICAMP, 2006;
- HÄRBELE, Peter. A humanidade como valor básico do Estado Constitucional. Tradução de Claudio Mols, Luiz Moreira e Cláudia Toledo. *In: MERLE, Jean-Christophe e MOREIRA, Luiz (Orgs.). Direito & legitimidade.* São Paulo: Landy, p. 53-66, 2003;
- HARRIES, Karsten. A metáfora e a transcendência. Tradução de Lynn Mario Menezes de Sousa. *In: SACKS, Sheldon (orgs.). Da metáfora.* São Paulo: EDUC Pontes, p. 77-93, 1992;
- HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. *In: HASSEMER, Winfried; KAUFMANN, Arthur (orgs.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.* Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 281-301, 2002;
- HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional.** 3ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002;
- ILARI, Rodolfo. **Introdução ao estudo do léxico.** 4ed. São Paulo: Contexto, 2010;

- JELLINEK, George. **Reforma y mutación de la constitución**. Tradução de Pablo Lucas Verdu e Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991;
- KANT, Immanuel. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintelha. Coimbra: Atlântida, 1960;
- KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão, Maria Ermentina Galvão e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003;
- KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? *In*: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexander Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão, p. 237-298, 2003;
- KOCH, Ingeborg G. Villaça. Linguagem e cognição – a construção e reconstrução de objetos-de-discurso. *In*: **Veredas, revista de estudos lingüísticos**. Nº 1, vol. 06, p. 29-42, 2002;
- LAKATOS, Imre. **La metodología de los programas de investigación científica**. Tradução de Juan Carlos Zapatero. Madrid: Alianza Editorial, 1989;
- LAKOFF, George e JOHNSON, Mark. **Metáforas de la vida cotidiana**. Tradução de Carmen González Marín. 8ed. Madrid: Cátedra, 2009;
- LAKOFF, George. The importance of categorization. *In*: LAKOFF, George. **Women, fire and dangerous things: what categories reveal about the mind**. Chicago: The University of Chicago Press, p. 5-11, 1987;
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Tradução de Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003;
- LEACH, Joan. Análise retórica. *In*: BAUER, Martin W. e GASKELL, George. **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. Tradução de Pedrinho A. Guareschi. 7ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008;
- LIMA, Aldo de. **Metáfora e cognição**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2006;
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Hierarquização dos direitos fundamentais? *In*: **Revista de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, ano 09, nº 34, janeiro-março (2001), p. 168-183, 2001;
- LOPES, Edward. **Fundamentos da linguística contemporânea**. 20ed. São Paulo: Cultrix Editora, 2008;
- LYONS, John. **Linguagem e linguística: uma introdução**. Tradução de Marilda Winkler Averbug e Clarisse Sieckenius de Souza. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1987;
- MACHADO, Nilson José. **Matemática e realidade**. 3ed. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1991;

- MARCUSCHI, Luiz Antônio. Do código para a cognição: o processo referencial como atividade criativa. *In: Veredas – Revista de Estudos Linguísticos*. Juiz de Fora: Ed. UFJF, Vol. 06, nº 01, p.43-62, 2002;
- MARI, Hugo. **Os lugares do sentido**. Campinas: Mercado das letras, 2008, p. 13.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;
- MARTINS, Nilce Sant’anna. **Introdução à estilística**: a expressividade na língua portuguesa. São Paulo: T.A Queiroz Editor/EDUSP, 1989;
- MATURANA, Humberto. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Tradução de Cristina Magro e Victor Paredes (orgs.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001;
- MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*. n.º 11. Recife: UFPE Ed., p. 125-156, 2000;
- MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- MELO, José Maria. Justiça emperrada – desobediência às determinações judiciais no estado de direito. *In: Themis*. Fortaleza: ESMEC, Vol. 2, nº 01, p. 101-107, 1998;
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009;
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, t.4, 1988;
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;
- MOORE, Michael. Interpretando a interpretação. *In: MARMOR, Andrei (org.). Direito e interpretação*: ensaios de filosofia do direito. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, p. 3-46, 2000;
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004;
- NEVES, Marcelo. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007;
- NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre a verdade e a mentira no sentido extramoral**. Tradução de Fernando Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008;
- NOVAES-PINTO, Rosana do Carmo. Cérebro, linguagem e funcionamento cognitivo na perspectiva sócio-histórico-cultural: inferências a partir dos estudos das afasias. *In: Letras Hoje*. Porto Alegre: PUC Ed., Vol. 47, nº 01, p.55-64, Jan/Mar 2012;

- PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 4ed. São Paulo: Perspectiva, 2010;
- PEÑA-ALFARO, Alex. **Ou dá o dízimo ou desce ao inferno: análise das estratégias de persuasão na teologia da prosperidade da Igreja Universal**. Olinda: Ed. do Autor, 2006;
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Galvão, 2002;
- PERINI, Mário Alberto. **Princípios da linguística descritiva: introdução ao pensamento gramatical**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006;
- PETTER, Margarida. Linguagem, língua, linguística. *In*: FIORIN, José Luiz (org.). **Introdução à linguística: objetos teóricos**. 6ed. São Paulo: Editora Contexto, 2011;
- PONZIO, Augusto; CALEFATO, Patrícia; PETRILLI, Susan. **Fundamentos de filosofia da linguagem**. Tradução de Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2007;
- POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo e Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007;
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. A interpretação dos fatos no direito. *In*: **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**. N.º 12, Recife: UFPE Ed., p. 191-206, 2002;
- REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 1998;
- RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. Tradução de Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2005;
- RICOEUR, Paul. A tomada de decisão no ato médico e no ato judiciário. *In*: RICOEUR, Paul. **O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 239-249, 2008;
- RICOEUR, Paul. Interpretação e/ou argumentação. *In*: RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça coo regra moral e como instituição**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 153-173, 2008;
- RICOEUR, Paul. O ato de julgar. *In*: RICOEUR, Paul. **O Justo 1: a justiça coo regra moral e como instituição**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, p. 175-181, 2008;
- ROSS, Alf. **Tû-tû**. Tradução de Edson L.M. Bini. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004;
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IBDC/Celso Bastos Ed., 1999;
- SARDINHA, Tony Berber. **Linguística de corpus**. Barueri: São Paulo, 2004;
- SARDINHA, Tony Berber. **Metáfora**. São Paulo: Parábola Editorial, 2007;
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000;
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 27ed. São Paulo: Cultrix, 2006;
- SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007;
- SCHOPENHAUER, Artur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**. Tradução de Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003;
- SEARLE, John. **Expressão e significado**: estudos da teoria dos atos de fala. Tradução de Ana Cecília G.A de Carmargo e Ana Luiza Marcondes Garcia. São Paulo: Martins Fontes, 1995;
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ed. São Paulo: Malheiros, 2003;
- SILVA, Zélio Furtado da. **Retórica & decisão judicial**. Recife: Pirapama, 2009;
- SILVA JÚNIOR, Ilson Rodrigues. Subespecificação lexical: um mecanismo analógico a serviço da interpretação de metáforas. *In: Anais do XIII Congresso Nacional de Linguística e Filosofia*. Rio de Janeiro: CIEFIL, 2009;
- SLAMA-CAZAZU, Tatiana. **Lenguaje y contexto**: el problema del language en la concepción de la expresión de la interpretación por las organizaciones del contexto. Barcelona: Ediciones Grijalbo, 1970;
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. *In: Anuário dos cursos de Pós-graduação em Direito*. nº 7. Recife: UFPE, p.251-273, 1995;
- SOKAL, Alan e BRICMONT, Jean. **Imposturas intelectuais**: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos. Tradução de Max Altman. 4ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Record, 2010;
- SOUTO, Cláudio e SOUTO, Solange. **Sociologia do direito**: uma visão substantiva. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003;
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de et al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 21 mar. 2010;

THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna**: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Tradução do Grupo de Estudos sobre Ideologia, Comunicação e Representações Sociais da Pós-Graduação do Instituto de Psicologia da PUCRS. Petrópolis: Editora Vozes, 2009;

VAN DIJK, Teun A. **Discurso e poder**. Tradução de Judith Hoffnagel e Karina Falcone (orgs.). 2ed. São Paulo: Contexto, 2010;

VIEHWEG, Theodor. **Topica y jurisprudência**. Tradução Luis Dièz-Ponce de Leon. Madrid: Taurus, 1986.

VILELLA, João Baptista. Variações impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Edição Comemorativa de 20 anos**: doutrina. Distrito Federal: STJ, p. 559-581, 2009;

VOGEL, Carl. **Dynamic semantics for metaphor**. Dublin: University of Dublin – Ireland, disponível em: [https://www.cs.tcd.ie/research_groups/clg/metaphorsymbolo1.pdf], 2005, p.1-25, Acesso em 19 de Janeiro de 2010,;

ZILL, Rüdiger. No titubear da metáfora: a nova escritura da realidade na filosofia. *In*: **Working papers em linguística**. Nº 02, Florianópolis: UFSC, p.134-142, Jan/Dez 1998.

II – Petições, decisões e jurisprudências referidas nesta tese.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL e INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS (ABRATI). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2649). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2002;

GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008;

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 130). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2008;

PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 3.510). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Disponível em [www.stf.jus.br], 2005;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2649. Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros contra a Lei 8.899, de 29 de Julho de 1994. Relatora Ministra Carmen Lúcia. **In: Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Editora Brasília Jurídica (Jan/Mar 2009), Vol. 207, nº 2, p. 583-604, 2009;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510. Procurador Geral da República contra o artigo 5º e parágrafos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. **In: Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília: Editora Brasília Jurídica (Out/Dez 2010), Vol. 214, nº 1, p. 43-310, 2010;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277. Procurador Geral da República contra Artigo 1.3723 do Código Civil brasileiro. Relatora Ministra Ellen Gracie. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJe 16.03.2011, 2011;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 130. Partido Democrático Trabalhista contra a Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Relator Ministro Carlos Ayres de Britto. **In: Revista Trimestral de Jurisprudência.** Brasília: Editora Brasília Jurídica (Jul/Set 2010), Vol. 213, nº 1, p. 20-183, 2010;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 172. Partido Progressista contra Juiz Federal da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJe 21.08.2009, 2009;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 178. Procurador Geral da República contra Artigo 1.372 do Código Civil brasileiro. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJe 05.08.2009, 2009;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 93. Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ABRADEE) contra Decreto Presidencial. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJe 07.08.2009, 2009;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário. ED-RE 328.812-1. Maria Auxiliadora Santos Cabral dos Anjos contra Instituto Nacional do Seguro Social. Relator Ministro Gilmar Mendes. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJE 078, Ementário 2317, divulgado em 30.04.2008, DJ 02.05.2008;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. HC 79.512-9/RJ. Avelino Fernandes Vieira e outros contra Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **In: Diário da Justiça.** Brasília: DJ 16.05.2003, 2003;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. HC 82.959-SP. Oseas de Campos contra Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Marco Aurélio de Melo. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJE 040, Ementário 2245, DJ 13.03.2006;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. HC 86.224-DF. Cinthia de Santana Santos contra Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Carlos Ayres de Brito. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJ 119, Ementário 2238, DJ 23.06.2006;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Intervenção Federal. Precatórios judiciais. Não configuração de atuação dolosa e deliberada do Estado de São Paulo com finalidade de não pagamento. Indeferimento do pleito. Pedido de Intervenção Federal n.º 2915-5/SP. Nair de Andrade e outros e Estado de São Paulo. Relator: Ministro Presidente Marco Aurélio de Melo. Dj 28 de novembro de 2003. **Diário da Justiça,** Brasília, v. 2134, p.11, nov. 2003;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário. RE 377.457-3. Antônio Glênio F. de Albuquerque & Advogados Associados e Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (assistente processual) contra União Federal (Procuradoria da Fazenda Nacional). Relator Ministro Gilmar Mendes. **In: Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília: DJe 241, Ementário 2346, divulgado em 18.12.2008, DJ 19.12.2008;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno** – atualizado até fevereiro de 2012. Brasília: STF, 2012.

III – Teses e Dissertações utilizadas.

ADRADE, Adriano Dias de. **A metáfora no discurso das ciências**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010;

ALMEIDA, Erica Sousa de. **A formação de perífrases verbais no português: um processo diacrônico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006;

BORBOREMA FILHO, Edmilson de Albuquerque. **A metáfora na construção da percepção da realidade no discurso jornalístico**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004;

JULIANO, Ana Cláudia Moraes. **Figuras de linguagens em discurso publicitário: análise de anúncios em revistas**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Comunicação) – Universidade de Marília, Marília, 2006;

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Contribuições do Supremo Tribunal Federal para a instabilidade do Brasil: estudo de casos**. Tese (Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2000;

LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno**. Tese (Tese apresentada ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito para concurso de Livre-Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003;

MAIA, Alexandre Ronaldo da. **Da epistemologia como argumento ao argumento como racionalidade jurídica: por uma dogmática jurídica da multiplicidade**. Tese (Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2001;

MELO, Daywid Wagner de. **Uma análise retórica do gênero “defesa pública”**. Dissertação (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística) – Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2008;

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. Tese (Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento de cargo de Professor Titular na área de direito constitucional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
Programa de Pós-Graduação em Direito

JOÃO CLAUDIO CARNEIRO DE CARVALHO

Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade:
análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos

TESE DE DOUTORADO

Recife (PE), Dezembro de 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
Faculdade de Direito do Recife
Programa de Pós-Graduação em Direito



João Claudio Carneiro de Carvalho

Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade:
análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos

Tese de Doutorado

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, como requisito indispensável e parcial à obtenção do título de Doutor na área de concentração intitulada Linguagem e Direito, linha de pesquisa Retórica e Pragmatismo no Direito.

Orientador: Prof. Doutor João Maurício Adeodato

Volume 2

Recife (PE), Dezembro de 2012.

João Claudio Carneiro de Carvalho

“Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: Análise Pitagórica da Construção
Metafórica de Signos Jurídicos”.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito do Recife /Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Pernambuco PPGD/UFPE, como
requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Orientador: Dr. João Maurício Leitão Adeodato

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do
primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e o julgou nos seguintes
termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Professor Dr. **George Browne Rego** (Presidente - UFPE)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior** (1º Examinador - UFPE)

Julgamento: aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Gustavo Just da Costa e Silva** (2º Examinador - UFPE)

Julgamento: Aprovado Assinatura: [Assinatura]

Professor Dr. **Eduardo Ramalho Rabenhorst** (3º Examinador - UFPB)

Julgamento: APROVADO Assinatura: [Assinatura]

Professora Dra. **Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves** (4º Examinador - UNICAP)

Julgamento: APROVADO Assinatura: Virgínia Colares

Recife, 05 de março de 2013.

Vice-Coordenadora Profa. Dra. **Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza**

Agradecimentos

Este trabalho se constitui como uma importante etapa de minha passagem por essa vida. Fruto de muito esforço pessoal que somente foi possível pela generosa ação de todas as pessoas que contribuíram de alguma forma com minha formação, com meu modo de pensar e de enxergar o mundo.

Sou eternamente grato ao meu orientador Prof. Doutor João Maurício Adeodato, por me fazer entender como é significativa a palavra “professor”. A condução das orientações, as aulas, as observações sempre honestas que tanto me ajudaram a ver retoricamente o mundo. Agradeço pela paciência e pela segurança que me passou, sem as quais a caminhada seria impossível.

Agradeço também ao Prof. Doutor Gustavo Just da Costa e Silva. As aulas na disciplina Teorias Contemporâneas da Interpretação me ajudaram a abrir os olhos ao problema da interpretação, notadamente na Modernidade e no Direito. A postura crítica e analítica foram fontes de inspiração para esta tese.

Ao Prof. Doutor Francisco Ivo de Cavalcanti Dantas, com quem aprendi e pude discutir sobre o conceito de Corte Constitucional, bem como sobre o fenômeno da mutação constitucional, tratado aqui como processo metafórico e semântico. Devo-lhe gratidão.

Ao Prof. Doutor Torquato de Castro Júnior que me chamou atenção para as metáforas, servindo-me de orientação na intrincada relação trabalhada neste tese. A relação entre Metáforas e Direito tornou-se o pressuposto geral desta tese.

Devo gratidão a outros professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, cujo convívio serviu de inspiração.

Agradeço ao Professor e amigo José Antônio Albuquerque Filho pelas discussões na sala dos professores da Faculdade Integrada de Pernambuco, as quais, ao lado dos livros e das obras que me emprestou, auxiliaram no desenho e arquitetura metodológica desta tese.

Ao Grupo Estácio de Sá, pela bolsa durante grande parte da realização do doutorado, sem a qual seria muito difícil a conclusão do curso. Agradeço na pessoa da Professora Tereza Moura da Estácio Rio, que tive a honra de conhecer pessoalmente em Agosto de 2011, e que conduz o programa de incentivo a professores doutorandos do Grupo Estácio.

Dedicatória

Uma tese resume muito daquilo que se pensa do mundo. É um texto sobre o que somos. E “somos” pela influência diária de muitos “outros”, embora não percebamos. As influências de juristas e de filósofos se encontram devidamente referenciadas. Todavia, outras pessoas me influenciaram no modo pessoal de perceber o mundo e o direito. A todas essas pessoas, que não podem ser referenciadas diretamente, esta dedicatória.

Tenho certeza que esta tese não encerra o que penso sobre o direito e a relação com a metáfora, portanto não é um trabalho final.

Dedico este trabalho, com muito carinho, a toda minha família. Primeiramente aos meus pais, Marco Antônio de Carvalho e Cleonice Carvalho. Deles, percebi desde cedo que as dificuldades existem, mas precisam ser problematizadas, enfrentadas e superadas diariamente. As lições que se desdobraram a partir daí são inúmeras e das mais diversas naturezas. Um amor que nunca se revelou em discursos, mas sempre na prática, com muitas ações e gestos. Às minhas irmãs Juliana e Taciana Carvalho, e ao pequeno Pedro, que chegou trazendo mais felicidade para toda família.

Dedico à Leidinha Farias pela compreensão em relação ao tempo que tive que dedicar ao doutorado em detrimento de nosso convívio pessoal. Dedico aos amigos de todas as horas, esses acompanham todos meus projetos pessoais: Josemar de Andrade Sales e Gustavo Leal de Carvalho, além de meus primos Túlio Andrade Carneiro Filho e Anny Karoline Carneiro. Todos entenderam minha frequente ausência.

Aos alunos dos Cursos de Direito da Faculdade Integrada de Pernambuco e da Faculdade Estácio do Recife. As aulas que procurei ministrar e as dúvidas que tentei responder ajudaram na construção desta tese.

Esta tese possui uma dedicação muito especial: dedico-a minha tia-avó Epifânia Perônico de Andrade, por todo amor incondicional, por todas as lições, e por tudo mais que metaforicamente pode ser expresso na palavra **saudade**.

EM ALGUM REMOTO recanto do universo, que se deságua fulgurantemente em inumeráveis sistemas solares, havia uma vez um astro, no qual animais astuciosos inventaram o conhecimento. Foi o minuto mais audacioso e hipócrita da “história universal”: mas, por fim das contas, foi apenas um minuto. Após alguns suspiros da natureza, o astro congelou-se, e os astuciosos animais tiveram de morrer. Alguém poderia, desse modo, inventar uma fábula e ainda assim não teria ilustrado suficientemente bem quão lastimável, quão sombrio e efêmero, quão sem rumo e sem motivo se destaca o intelecto humano no interior da natureza; houve eternidades em que ele não estava presente; quando ele tiver passado mais uma vez, nada terá ocorrido. Pois, para aquele intelecto, não há nenhuma missão ulterior que conduzisse para além da vida humana. Ele é, ao contrário, humano, sendo que apenas seu possuidor e gerador o toma de maneira tão patética, como se os eixos do mundo girassem nele.

NIETZSCHE, Friedrich. **Sobre verdade e mentira no sentido extramoral.** Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2008, p. 25-26.

RESUMO

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade:** análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos. Tese (Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

O objetivo principal deste trabalho é investigar a importância das metáforas na construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (PDPH). Por meio da Pitaneutica (metódica), a tese apresentou um modelo próprio de desconstrução das decisões judiciais proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. As metáforas utilizadas em cada decisão judicial foram detectadas e resultados parciais comparados. Depois, foi possível verificar o papel das metáforas na construção retórica do PDPH, bem como ocorre o processo de referenciação dentro dos votos pesquisados. As conclusões materiais deste trabalho permitem dizer que metáforas não são somente recursos linguísticos, ornamentos discursivos utilizados na construção expressiva do mundo e dos fenômenos. Este texto se apoia na ideia de que além da função estética, as metáforas influenciam na construção da percepção do mundo e dos fenômenos. Para entender o funcionamento do intrincado processo metafórico, separou-se linguagem introspectiva de linguagem expressiva. Apesar da linguagem se encontrar dividida para fins de análise retórica, demonstrou-se que as metáforas influenciam desde a percepção, embora se apresente mais claramente na linguagem expressão. A pluralidade lexical no uso desse princípio nas decisões pesquisadas evidenciou que seu conteúdo jurídico é construído casuisticamente. Desinteressado com possíveis mudanças no significante, o trabalho demonstra que a subunidade sentido é pressionada diante de influências extradogmáticas na definição da Dignidade Humana. Os relatos influenciam a construção do PDPH graças à ação metáfora diversificada e à transferência cognitiva, permitindo que se conclua que tal princípio não abre possibilidades interpretativas, mas fecha círculos argumentativos. Destarte, quem imaginar que o artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 fornece subsídios suficientes para a segurança jurídica, não percebeu o poder das metáforas na construção, destruição e reconstrução desse signo jurídico.

Palavras-chave:

- 1 - Pitaneutica.
- 2 – Supremo Tribunal Federal.
- 3 – Dignidade Humana.
- 4 – Metáforas.

ABSTRACT

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. Supreme Court and Principle of Dignity: pithaneutics analysis of the metaphorical construction of legal signs. Thesis (Thesis presented to Law Post-Graduation Course) – The Federal University of Pernambuco, Recife, 2012.

The main goal of this work is investigate the importance of metaphors in the construction, reconstruction and destruction of the Principle of Dignity (PD). Based on the Pithaneutics (methodical) the thesis showed a proper model to deconstruct judicial decisions handed down by the Supreme Court within the abstract control of constitutionality. The metaphors used in each judicial decision were detected and the results were compared. After that it was possible to verify the role of metaphors used in the rhetoric construction of the PD, as well as the reference in the researched votes. The material conclusions to this paper allow us to say that metaphors are not only linguistic resources, discursive garnish used in the expressive construction of the world and phenomena. This thesis is supported by the idea that besides the esthetic function, metaphors induce the construction perception of the world and of the phenomena. To understand the functioning of the complicated metaphoric process we separated the introspective language from the expressive language. In spite of the language being divided to rhetoric analysis, it was demonstrated that metaphors influence from the perception, although it is presented more clearly in the language expression. The lexical pluralism in the use of this principle in the decisions researched showed that its law content is constructed in real case. This work is not taking into consideration possible changes in the significant but it demonstrates that the sense subunit is pressed by the extra dogmatic influences in the definition of Human Dignity. The reports influence the construction of PDH due to metaphorical diversified action and cognitive transference allowing the conclusion that the Principle of Human Dignity does not open comprehension possibilities, but closes argumentative circles. Thus, one who imagines that the 1st article, subsection III of the Federal Constitution of 1988 provides enough bases to court surety did not realize the power of metaphors in the construction, destruction and reconstruction of this legal sign.

Keywords:

- 1 – Pitaneutics.
- 2 - Supreme Court.
- 3 - Human Dignity.
- 4 - Metaphors.

RIASSUNTO

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Tribunale Supremo Federale e Principio di Dignità**: analisi pitaneutica della costruzione metaforica di segni giuridici. (Tesi presentata al programma di post laurea in diritto), Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

L'obiettivo principale di questa tesi è quello di investigare l'importanza delle metafore nella costruzione, distruzione e ricostruzione del Principio della Dignità della Persona Umana (PDPU). Attraverso la Pitaneutica (Metodica), la tesi presenta un modello proprio di decostruzione delle decisioni giudiziarie pronunciate dal Tribunale Supremo Federale in sede di controllo astratto di costituzionalità. Le metafore utilizzate in ogni decisione giudiziaria sono state rilevate e i risultati parziali confrontati. In seguito, è stato possibile verificare il ruolo delle metafore nella costruzione retorica del PDPU, così come avviene il processo di referenziazione dentro i voti analizzati. Le conclusioni materiali di questo lavoro permettono di dire che metafore non sono soltanto risorse linguistiche, ornamenti discorsivi utilizzati nella costruzione espressiva del mondo e dei fenomeni. Questo testo si appoggia all'idea che oltre alla funzione estetica, le metafore influiscono nella costruzione della percezione del mondo e dei fenomeni. Per capire il funzionamento dell'intricato processo metaforico, si è separato il linguaggio introspettivo da quello espressivo. Nonostante il linguaggio si incontri diviso allo scopo dell'analisi retorica, si è dimostrato che le metafore influiscono fin dalla percezione, anche se si presenta con più chiarezza nel linguaggio espresso. La pluralità lessicale nell'uso di questo principio dentro le decisioni analizzate ha dimostrato che il suo contenuto giuridico è costruito caso a caso. Disinteressato dei possibili cambiamenti riguardante il significante, il lavoro ha dimostrato che la subunità senso è assillata da influenze extradogmatiche nella definizione della Dignità Umana. Le relazioni influenzano la costruzione del PDPH grazie all'azione metafora diversificata e al trasferimento cognitivo, permettendo la conclusione che sifatto principio non apra possibilità interpretative, ma chiuda circoli argomentativi. Quindi, chi pensa che l'articolo 1º, III della costituzione federale del 1988 fornisca sussidi sufficienti per la sicurezza giuridica, non ha percepito il potere delle metafore nella costruzione, distruzione e ricostruzione di questo segno giuridico.

Parole Chiave:

- 1 – Pitaneutica
- 2 – Tribunale Supremo Federale
- 3 – Dignità Umana
- 4 – Metafore

SUMÁRIO

Introdução – Pressupostos teóricos desta tese como possibilidade de uma análise pitagórica das metáforas na construção de signos jurídicos.

1.	A importância da metáfora para o direito: a pitagórica procura analisar como os sujeitos criam, por meio de metáforas, a “realidade” jurídica.....	14
2.	A construção do problema e a fixação do objeto: decisão judicial do Supremo sobre dignidade humana como expressão simbólica.....	22
3.	A retórica material, a retórica estratégica e a analítica diante da metáfora: metaforologia em decisões judiciais.....	25
4.	A forma da abordagem dos objetos teórico e empírico e os problemas da pesquisa influenciaram a trajetória desta tese. As preferências quanto à redação.....	34

Capítulo Primeiro - O problema da linguagem da filosofia e da filosofia da linguagem: Significante, significado e contexto na formação do signo jurídico e na construção do sentido.

1.1	A necessidade de acordos prévios sobre as terminologias filosóficas utilizadas nesta tese para a discussão da ação de metáforas na construção, destruição e recriação do signo jurídico.....	40
1.2	A construção do sentido: como os textos e contextos produzidos pelos sujeitos influenciaram na concepção de signo, culminando nas suas variadas acepções filosóficas.....	49
1.2.1	O signo como afeições da alma e o signo como sinais: o uso do termo “signo” é variável em, e a partir de, Aristóteles.....	49
1.2.2	A teoria pura da língua saussuriana e as influências no uso do termo “signo”.....	56
1.2.3	Uma teoria geral sobre o signo surge na semiótica: o signo na semiótica é o gênero de índices, sinais e símbolos, suas espécies.....	61

1.3	O uso de “signo jurídico” e “expressão simbólica” nesta tese representam a metalinguagem falando da linguagem jurídica.....	65

Capítulo Segundo – A metáfora na construção do signo e para superar o problema da imanência da língua: como as figuras são utilizadas na linguagem jurídica para expressar o direito.

2.1	A relação léxica entre <i>tropos</i> e <i>logos</i> e a origem de uma tropologia”: a teoria da transposição enquanto teoria de justificação da metáfora.....	75
2.2	Depois da teoria da transposição, as figuras se tornam objeto de estudo da <i>lexis</i> , e posteriormente são reduzidas às figuras puramente ornamentais. A retórica estuda como detectar, classificar e qualificar as metáforas, um enfeite da palavra.....	85
2.3	O interacionismo e o pragmatismo como superação da tese da metáfora como <i>ornatos</i> , e como essa superação contribuiu para o desenvolvimento da ciência.....	94

Capítulo Terceiro – A *cognitive turn* e a linguagem: metáforas não apenas expressam o direito, elas ajudam na percepção do fenômeno jurídico.

3.1	A metáfora após a virada cognitiva: como a linguagem passa a ser objeto da Psicologia, e como isso influencia na construção da percepção da “realidade” por meio de uma linguagem introspectiva, embora tributária de recursos linguístico-expressivos.....	107
3.2	Os paradigmas objetivista, subjetivista, literal e não-literal enquanto problemáticas para a construção da Teoria da Metáfora Conceitual: como metáforas constroem a percepção da “realidade”.....	120
3.3	O sistema conceitual humano se constrói e reconstrói-se por meio de metáforas estruturais, ontológicas e de orientação.....	129

Capítulo Quarto – Metodica pitanêutica em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre dignidade humana: para provar o poder das metáforas na construção do signo jurídico.

4.1	As bases de uma postura retórico-analítica orientada para uma teoria: o método na desconstrução das decisões judiciais a partir da diferenciação entre metodica pitanêutica e estilística.....	136
4.1.1	A trajetória da metodica pitanêutica e a divisão da retórica em três níveis: como a essa divisão a aproxima do novo espírito científico.....	136
4.1.2	Da retórica material à retórica estratégica, da retórica estratégica à retórica analítica: os qualificadores discursivos também estão presentes na análise retórica.....	142
4.1.3	A retórica analítica pode ser realizada ou interna ou externamente ao sistema linguístico objeto da análise. A depender dessas posições, a pitanêutica modifica os resultados da análise sobre sistemas linguísticos.....	146

4.1.4	A pitanêutica pretendida nesta tese será orientada para uma análise, aproximando-se da estilística apenas para se aproveitar dos princípios analíticos dela: porque pitanêutica e estilística não se confundem.....	160
4.2	O Supremo Tribunal Federal na dimensão pitanêutica e a função de controle de constitucionalidade como procedimento legitimador da significação.....	164
4.2.1	As posições do Utente em relação ao discurso: lugares enunciativos e estados físicos da comunicação.....	164
4.2.2	Argumentos sistêmicos e históricos juntos justificam a opção pelo Supremo Tribunal Federal como utente da retórica analítica pitanêutica.....	167
4.2.3	Entre os tipos de decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, porque a escolha por aquelas oriundas do controle abstrato de constitucionalidade.....	177
4.3	A “dignidade da pessoa humana” como signo jurídico da relação pitanêutica: a dignidade passa a expressar simbolicamente os valores constitucionais.....	184
4.3.1	A baixa densidade semântica como qualidades linguísticas que justificam a opção pela pitanêutica desse signo jurídico	184
4.3.2	A <i>dignitas humanas</i> se torna o centro das ordens jurídicas nacionais e internacionais.....	190
4.3.3	A desconstrução do alcance do princípio da dignidade precisa compreender o contexto, envolvendo as qualidades linguísticas e jurídico-históricas tratadas anteriormente.....	196

Capítulo Quinto - A construção do *corpus* de pesquisa e a pitanêutica da construção metafórica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

5.1	O <i>corpus</i> da pesquisa analisado: como discursos objetos são selecionados a partir do universo pesquisado.....	201
5.1.1	A análise retórico-pitanêutica precisa que os <i>corpora</i> pesquisados estejam escolhidos e preparados: <i>corpora</i> são artefatos produzidos antes da investigação.....	201
5.1.2	Depois de definidos os parâmetros da pesquisa, o <i>corpus</i> básico precisa ser coletado no “mundo dos eventos”: o local para realização da captura dos <i>corpora</i> e o tamanho da amostra dentro de critérios científicos.....	205
5.1.3	As estratégias utilizadas para que a análise retórico-pitanêutica, que objetiva o <i>corpus</i> básico, obtenha um <i>corpus</i> de apoio para testar a ocorrência das metáforas pesquisadas.....	211
5.1.4	O <i>corpus</i> de contraste para servir de paradigma para comparação e para etiquetamento das metáforas: os estudos cognitivos sobre a	

	metáfora.....	212
5.1.5	Da técnica de identificação das metáforas e sua qualificação.....	213
5.2	A verificação analítico-pitanêutica precisa ser descritiva da linguagem judicial: o contexto em que se inserem os objetos desta pesquisa é construído pelas petições iniciais e pelos relatórios das ações.....	214
5.3	A ementa representa a decisão final do Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de votos contrários: análise pitanêutica das ementas dos quatro julgados objetos da pesquisa.....	220
5.4	Os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal carregam opiniões, crenças e visões-de-mundo de cada membro da corte: o uso metafórico do princípio da dignidade nas decisões deixa marcas da construção, da destruição e da reconstrução desse preceito fundamental.....	230

Capítulo Sexto - Da agenda de trabalho para a retórica pitanêutica até à construção do princípio da dignidade humana por metáforas de personificação, ontológicas e de orientação.

6.1	Esta tese propõe uma agenda de trabalho para o desenvolvimento da retórica analítico-pitanêutica de metáforas: novamente sujeito, signo e o problema da construção	236
6.2	As metáforas na construção do sentido da expressão simbólica: a dignidade humana e as ações de controle abstrato julgadas pelo STF.....	247
6.2.1	A dignidade humana na afirmação assistencialista: o PDPH é uma meta programática, contrário à igualdade absoluta.....	247
6.2.2	A dignidade humana e o progresso tecnológico: o PDPH é um objeto concreto, contrário às ideias de não avanço das ciências.....	251
6.2.3	A dignidade da pessoa humana é associada à metáfora da personificação. Como pessoa, esse princípio se posiciona contrariamente ao “autoritarismo congênito”.....	256
6.2.4	A dignidade da pessoa humana é contra estigmas, contra a moral social tradicional que não observa os interesses das pessoas e a intimidade, e que conspira contra a felicidade do ser humano.....	261

Capítulo Sétimo – Conclusão: A criação metafórica do princípio da dignidade para a ordem jurídica brasileira e o problema da influência do signo no Direito.

7.1	Qualidades pragmáticas e semânticas da expressão simbólica: a dignidade humana não abre possibilidades interpretativas, ela fecha círculos argumentativos.....	267
7.2	... ao fechar círculos argumentativos, influencia todo sistema jurídico-comunicacional. As influências recíprocas entre pitanêutica e pragmatismo diante do problema das decisões do STF para os demais órgãos judiciários.	278

Referências.

I-	Livros, artigos e arquivos da <i>Internet</i>	283
II-	Petições, decisões e precedentes referidos nesta tese	293
III-	Teses e Dissertações utilizadas	295

Anexos.

<i>Subcorpora</i>	Ementa dos acórdãos das ações objeto da retórica analítica	
ementas	pitanêutica	296
<i>Subcorpora</i>	Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas ADI	
votos	2649 e 3510, e nas ADPF 132 e 130.....	312

Subcorpora Ementas

EMENTA¹: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS – ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA.

1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005.

2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida.

3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado.

4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.

5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

EMENTA²: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES

¹ Em relação à ADI 2649.

² Em relação à ADI 3510

[JC1] Comentário: (3) Querendo dizer que houve compromisso internacional. **Metáfora da personificação**, algo que não é humano funciona como se fosse. No caso, houve a assinatura do Brasil na Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência direitos oriundos do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A tutela de direitos que guardam relação com o PDPH é um compromisso internacional

[JC2] Comentário: (4.1) O verbo demonstra que o Brasil se comprometeu com o PDPH.

[JC3] Comentário: (6.1) PDPH fundamento, PDPH é um edifício, possui fortaleza.

[JC4] Comentário: 4.4 – PDPH meta a ser alcançada.

[JC5] Comentário: (4.3) Adjetivação: digna é bom; indigna é ruim. Digna é mais digna é menos.

[JC6] Comentário: (3) Dignidade passa, atravessa, caminha na direção da saúde e do planejamento familiar

29 DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS.
30 IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

31 I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS
32 E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-
33 tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião
34 humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em
35 torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões
36 a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos
37 laboratorialmente ou "*in vitro*", e não espontaneamente ou "*in vida*". Não cabe ao Supremo Tribunal
38 Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com
39 células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-
40 tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente
41 complementares.

42 II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS
43 E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias,
44 autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que
45 severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de
46 expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias
47 musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor).
48 A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "*in*
49 *vitro*", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do
50 infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica
51 "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores
52 supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do
53 constitucionalismo fraterno às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social
54 em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até
55 dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraterna legalidade que, longe de
56 traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "*in vitro*", significa apreço e reverência a

57 criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade
 58 da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os
 59 fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do
 60 exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de
 61 Mello).

62 III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO
 63 EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso
 64 instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem
 65 jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria "natalista", em
 66 contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a
 67 "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando
 68 de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à
 69 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente
 70 distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar).
 71 Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a
 72 legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para
 73 acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural
 74 continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto
 75 e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de
 76 pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (*"in vitro"* apenas) não é uma vida a caminho
 77 de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações
 78 nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível.
 79 O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser
 80 humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo
 81 direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido
 82 biográfico a que se refere a Constituição.

83 IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À
 84 PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda
 85 gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano

[JC7] Comentário: (5.1) Sinédoque PDPH representa todo o ordenamento jurídico.

[JC8] Comentário: (3) - O PDPH encontra-se **personificado**, como se pudesse sofrer "ofensas", "sentir-se ofendido" ou "ser ofendido".

[JC9] Comentário: (4.3) - Adjetivação. Viver com dignidade = viver bem.

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

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "*in vitro*" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "*in vitro*". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo

[JC10] Comentário: (6.1) PDPH fundamento, ele é edifício que sustenta o ordenamento jurídico.

[JC11] Comentário: (3) O PDPH pessoa, age "operando", "realizando".

[JC12] Comentário: (6.1) O PDPH é a base do ordenamento, ele edifício, fortaleza.

[JC13] Comentário: (6.1) O PDPH é a base do ordenamento, ele edifício, fortaleza.

116 desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da
 117 Constituição. Para que ao embrião "*in vitro*" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria
 118 reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

119 VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art.
 120 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte
 121 da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde,
 122 positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também
 123 como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº
 124 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida
 125 mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197).
 126 A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso,
 127 ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem
 128 inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

129 VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE
 130 BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade
 131 individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF).
 132 Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de
 133 personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva
 134 civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o
 135 Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo
 136 de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a
 137 pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º
 138 do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de
 139 Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de
 140 propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada,
 141 sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da
 142 Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen
 143 Lúcia).

[JC14] Comentário: (4.3) O PDPH vem qualificando a vida. Metáfora da adjetivação

[JC15] Comentário: (2) O PDPH é um recipiente, um local de onde se extraem direitos.

[JC16] Comentário: 4.1 - Entificado o PDPH.

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do aqodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

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

EMENTA³: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.

³ Em relação à ADPF 132.

CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das

[JC17] Comentário: (2) O PDFH um recipiente de onde se retira algo.

203 pessoas.

204 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA
205 ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECE
206 RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO
207 HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A
208 referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado
209 intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem
210 hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à
211 renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para
212 ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do
213 seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu
214 diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas
215 formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade
216 familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas
217 do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito
218 ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese
219 *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os
220 indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros
221 direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "*do regime e dos princípios por*
222 *ela adotados*", *verbis*: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros*
223 *decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a*
224 *República Federativa do Brasil seja parte*".

225 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros
226 Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da
227 impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família
228 constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo
229 como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do
230 reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

231 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO
232 FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA
233 COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido

234 preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se
 235 necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do
 236 dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e
 237 duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as
 238 mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

239 EMENTA⁴: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA.
 240 ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”,
 241 EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO
 242 CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA
 243 LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO
 244 DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E
 245 COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM
 246 COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
 247 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO
 248 SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE
 249 INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL.
 250 TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR.
 251 PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O
 252 BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS
 253 À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA
 254 *A POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE
 255 RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS
 256 CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA
 257 CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO *A POSTERIORI*,
 258 ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE
 259 ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A
 260 TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA.
 261 RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO
 262 INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL

⁴ Em relação à ADPF 130.

[JC18] Comentário: (2) O PDPH um recipiente de onde se retira os demais princípios entre os quais o da liberdade de imprensa.

263 DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO
 264 E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS
 265 APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE
 266 DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM
 267 CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

268 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA.
 269 ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de
 270 constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta
 271 ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação.

272 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE
 273 MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE
 274 MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E
 275 COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado
 276 nome "Da Comunicação Social" (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de
 277 "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se*
 278 e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição,
 279 destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria
 280 sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no
 281 seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou
 282 contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade
 283 ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da
 284 Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa,
 285 rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade
 286 da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

287 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE
 288 SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA
 289 PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À
 290 EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA
 291 JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO

[JC19] Comentário: (4.1) – N
 passagem é possível se
 encontrar várias metáforas.
 Ao dizer "o corpo normativo
 da Constituição", por
 exemplo, utiliza-se de
 metáfora. Todas elas
 interferem no sentido do
 PDPH.

292 **SOCIAL.** O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da
 293 imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento,
 294 criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o
 295 suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições
 296 que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada
 297 pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão
 298 conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí
 299 que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são
 300 de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja,
 301 antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de
 302 controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual
 303 responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "*observado*
 304 *o disposto nesta Constituição*" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de
 305 outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da
 306 "*plena liberdade de informação jornalística*" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há
 307 liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do
 308 Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica.
 309 Silenciando a Constituição quanto ao regime da *internet* (rede mundial de computadores), não há como
 310 se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates,
 311 notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

312 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea
 313 observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que,
 314 de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade
 315 dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do
 316 inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à
 317 intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer
 318 trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII);
 319 direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional
 320 (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica
 321 incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art.

[JC20] Comentário: (2) O acórdão é redigido de uma forma em que o princípio da personalidade individual é relativizado em detrimento da democracia, cujo pilar se encontra fincado na liberdade de imprensa. Em relação ao PDPH, mais uma vez **recipient** de onde sai, exorta-se algo

5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos

[JC21] Comentário: (4.3) O PD é lago que pode ser densificado, aumentado. Metáfora da quantificação.

a Constituição, *tirando-a mais vezes do papel*, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *latu sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou

[JC22] Comentário: (3) Não utiliza a expressão PDPH, mas por tudo que foi dito, o direito de liberdade de imprensa é retirado do PDPH. Assim, o PDPH é "irmã siamesa" da democracia. Personificação.

reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1 do art. 220).

10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.

412 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou
 413 orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o
 414 aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São
 415 irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da
 416 liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da
 417 prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa
 418 que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

419 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988.
 420 Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina
 421 toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica
 422 de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente
 423 tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo
 424 para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo
 425 pensamento crítico no País.

426 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a
 427 Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o
 428 emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de
 429 “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da *interpretação conforme* não pode artificializar ou
 430 *forçar a descontaminação* da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido
 431 incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e
 432 de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação
 433 necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do
 434 Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados
 435 dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem
 436 significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos
 437 nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa
 438 hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67)
 439 que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um
 440 todo *pro indiviso*.

441 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o
442 Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas
443 decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar
444 ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra
445 objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal.
446 Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da
447 Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra
448 doutrinária conjunta.

449 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não
450 recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de
451 fevereiro de 1967

Subcorpora Votos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº 2.649 - DF

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Da legitimidade da Autora 1. Preliminarmente, há de se apreciar a questão da legitimidade ativa da Associação Brasileira das Empresas de Transporte (ABRATI). Nos termos de seu Estatuto, a entidade reúne, em nível nacional, "empresas de transporte rodoviário regular de passageiros: Intermunicipal, Interestadual e Internacional (...)" (art. 3º do Estatuto, fls. 19 e 46-72). Pode participar de seu quadro social "(...) toda pessoa jurídica, regularmente constituída sob as leis brasileiras que tenha como objeto social a atividade de transporte rodoviário regular intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e que tenha delegação para o efetivo exercício de tal atividade" (art. 6º do Estatuto, fl. 20).

2. O Presidente da República, pelo Advogado-Geral da União, bem como o Procurador-Geral da República manifestaram-se pela ilegitimidade ativa da Autora. Há de se enfatizar que o último parecer constante nos autos, emitido pela Procuradoria-Geral da República, data de 17 de junho de 2002. Até aquela data, a jurisprudência deste Supremo Tribunal não admitia entidades como a Autora, que representa pessoas jurídicas, e não físicas, como legitimadas para propor ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, esse entendimento está superado na jurisprudência do Supremo. Desde o julgamento do Agravo Regimental na ADI 3.153-AgR, Relator o eminente Ministro Celso de Mello, este Supremo Tribunal reviu sua jurisprudência e passou a considerar como legítimas as "associações de associações", como se tem na ementa daquele julgado: (...) legitimação ativa: "entidade de classe de âmbito nacional": compreensão da "associação de associações" de classe (...) 1. O conceito de entidade de classe é dado pelo objetivo institucional classista, pouco importando que a eles diretamente se filiem os membros da respectiva categoria social ou agremiações que os congreguem, com a mesma finalidade, em âmbito territorial mais restrito. 2. É entidade de classe de âmbito nacional – como tal legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade [Constituição da República], art 103, IX – aquela na qual se congregam associações regionais correspondentes a cada unidade da Federação, a fim de perseguirem, em todo o País, o mesmo objetivo institucional de defesa dos interesses de uma determinada classe. 3. Nesse sentido, altera o Supremo Tribunal sua jurisprudência, de modo a admitir a legitimação das "associações de associações de classe", de âmbito nacional, para a ação direta de inconstitucionalidade (...) (DJ de 9-9-05).

3. Não parece também prosperar o argumento de que a Confederação Nacional de Transportes Terrestres seria a única entidade competente para representar a categoria, como afirmam a Advocacia-Geral da

União e o Procurador-Geral da República. As empresas de transporte rodoviário interestadual, intermunicipal e internacional de passageiros conjugam características que podem ser qualificadas como categoria para os fins do art. 103, inciso IX, da Constituição. As diferentes formas de desempenho dos serviços de transportes caracterizam-se de modo a qualificar diversamente as entidades que os prestam. E a associação que reúne as entidades de cada qual destas categorias de empresas está, como penso, legitimada a ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade. Indago, Senhor Presidente, se seria caso de se por em votação a primeira preliminar, por ser prejudicial ao prosseguimento do julgamento. Ainda a legitimidade da Autora: a pertinência temática

4. Superada a questão da legitimidade ativa da Autora por causa de sua condição de representante de uma categoria a caracterizar uma entidade de classe de âmbito nacional, cumpre examinar, ainda, a pertinência temática entre a matéria cuidada na lei questionada e as finalidades da Autora, nos termos constantes de seu Estatuto, de forma a legitimá-la a propor a presente ação direta de inconstitucionalidade. Consta, no art. 4º, a, de seu Estatuto, entre suas finalidades, a "(...) coleta de informações, dados estatísticos, estudos e pesquisas relacionadas com todos os fatores que afetam diretamente o transporte rodoviário regular de passageiros (...)" do que se conclui presente a pertinência temática da Autora para questionar lei que trata passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Assim, quanto à preliminar, reconheço a legitimidade da Abrati para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade, o que ponho à apreciação dos eminentes Pares. Conhecida a ação pela superação da preliminar de ilegitimidade ativa da Autora, examino a questão nuclear posta na presente ação.

Do mérito

O contexto social 5. Há de se enfatizar, inicialmente, o destinatário das normas constantes

da lei questionada, a saber, a pessoa portadora de deficiência. A Lei 8.899/94 concede "passe livre às pessoas portadoras de deficiência". Ela foi regulamentada pelo Decreto 3.691, de 19-12-00. Nos termos da resolução aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU – em 9-12-75, que proclamou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, considera-se assim toda pessoa "incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais". As desvantagens física, mental, intelectual ou sensorial limitam as capacidades

60 de seus portadores para a interação e execução das atividades cotidianas, donde a sua dificuldade de
61 efetiva participação na vida da sociedade.

62 6. A busca da igualdade de oportunidades e possibilidade de humanização das relações sociais, uma das
63 inegáveis tendências da sociedade contemporânea, acolhida pelo sistema constitucional vigente,
64 determina a adoção de políticas públicas que propiciem condições para que se amenizem os efeitos das
65 carências especiais de seus portadores e toda a sociedade atue para os incluir no que seja compatível com
66 as suas condições.

67 7. Para a plena interação do portador de carências especiais com a família, a escola, a sua vida em seu
68 ambiente de trabalho e em todas as atividades da comunidade, várias providências são adotadas pelo
69 Estado e pela sociedade para o atingimento daquele objetivo, tais como, reserva de vagas para deficientes
70 nos estacionamento públicos, isenção de tributos, por exemplo, Imposto sobre Produtos Industrializados
71 (IPI) para aquisição de veículos por eles; sua prioridade no atendimento em órgãos públicos e
72 particulares; medidas que assegurem o acesso físico destas pessoas nos equipamentos públicos e nos
73 espaços particulares.

74 Em 30-3-07, o Brasil assinou, na sede da ONU, em Nova York, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas
75 com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo. Os países signatários dessa Convenção e que
76 vieram a ratificar o Tratado antes mencionado teriam, necessariamente, de implementar medidas para dar
77 efetividade ao que foi ajustado.

78 8. Segundo informações do sítio da Organização das Nações Unidas, aproximadamente dez por cento da
79 população mundial porta algum tipo de deficiência, o que significa cerca de seiscentos e cinquenta milhões
80 de portadores de necessidades especiais em todo o mundo. Desse total, oito em cada dez deficientes, ou
81 seja, oitenta por cento desse total, mora em países em desenvolvimento. E o que há de ser realçado é
82 que é na população economicamente carente que se concentram os maiores índices de marginalidade e
83 de exclusão desses cidadãos.

84 9. Foi exatamente com vistas à tutela dessas pessoas que o legislador brasileiro elaborou a Lei 8.899/94,
85 antecipando, de alguma forma, o quanto posto naquele Tratado ainda não ratificado pelo Brasil. O exame
86 da matéria revela não haver contrariedade entre o que constitucionalmente estabelecido e as normas
87 legais questionadas.

88 O contexto constitucional: valores sociais da solidariedade e do bem-estar e o valor supremo da sociedade
89 fraterna e sem preconceitos.

90 10. Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação
91 para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não,
92 da Lei 8.899/94 a elas.

93 11. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a
94 explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988. Ali se esclarece que os trabalhos
95 constituintes se desenvolveram “para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício
96 dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e
97 a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. Não
98 apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-
99 estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de
100 que se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

101 12. É certo que parte da doutrina não considera o preâmbulo como dotado de força normativa. Observava
102 Kelsen que o preâmbulo “expressa as idéias políticas, morais e religiosas que a Constituição tende a
103 promover. Geralmente, o Preâmbulo não estipula normas definidas em relação com a conduta humana e,
104 por conseguinte, carece de um conteúdo juridicamente importante. Tem um caráter antes ideológico que
105 jurídico” (KELSEN, Hans. Teoria general del derecho y del estado. 2 ed., p. 309). Diversamente, Karl
106 Schmitt defendia ser no Preâmbulo da Constituição que se estampariam as decisões políticas que a
107 caracterizariam, pelo que não cuidaria ele apenas de dar notícia histórica do texto ou de ser mera
108 enunciação de decisões. Seria o preâmbulo parte integrante da ordem jurídica constitucional, dando o
109 verdadeiro significado das normas que a compõem.

110 No Brasil, cuidando com especificidade o tema, leciona José Afonso da Silva que os preâmbulos, “as mais
111 das vezes (...) fazem referência explícita ou implícita a uma situação passada indesejável, e postulam a
112 construção de uma ordem constitucional com outra direção, ou uma situação de luta na perseguição de
113 propósitos de justiça e liberdade; outras vezes, seguem um princípio básico, político, social e filosófico, do
114 regime instaurado pela Constituição. (...) em qualquer dessas hipóteses, os Preâmbulos valem como
115 orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e
116 integrativa” (Comentário contextual à Constituição. Malheiros, 2006, p. 22). E, referindo-se,
117 expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que “O

118 Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos.
 119 'Assegurar' tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos
 120 valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função
 121 pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma
 122 ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das
 123 normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" (Idem, ibidem – Grifos nossos).

124 13. Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que
 125 se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade. Esse princípio projeta-
 126 se e afirma-se já no título I, art. 3º, no qual se fixam os objetivos da República Federativa do Brasil, entre
 127 os quais se tem o de "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (inciso I), "erradicar a pobreza e a
 128 marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (inciso III), e "promover o bem de todos,
 129 sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (inciso
 130 IV).

131 É, ainda uma vez, José Afonso da Silva que, ao comentar estes dispositivos constitucionais, e, em especial,
 132 o que se contém no inciso I do art. 3º, assinala que " 'construir' aí tem sentido contextual preciso. (...) b
 133 que a Constituição quer, com esse objetivo fundamental, é que a República Federativa do Brasil construa
 134 uma ordem de homens livres, em que a justiça distributiva e retributiva seja um fator de dignificação da
 135 pessoa e em que o sentimento de responsabilidade e apoio recíprocos solidifique a idéia de comunidade
 136 fundada no bem comum" (op. cit., p. 46).

137 O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos
 138 definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o
 139 ditame de "a cada um o que é seu", mas "a cada um segundo a sua necessidade". E a responsabilidade
 140 pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade.

141 Seria apropriado enfatizar, neste passo, o que exposto por François Rigaux: "(...) a aplicação do direito a
 142 uma relação de vida ou a uma situação de fato é o (problema) mais suscetível de levar a um
 143 conhecimento do que é o direito. Semelhante aplicação da norma pode ser tida como uma imersão do
 144 direito no fato ou por uma transmutação deste naquele. O direito opera: após sua passagem, os fatos já
 145 não são o que eram anteriormente. Sem dúvida a vida resiste com frequência (...) a ser capturada na
 146 massa do direito, mas, se a efetividade de uma ordem jurídica tem um sentido, é mesmo que os seres
 147 humanos se conduzem da maneira que ela manda, encoraja ou permite. (...) contrariamente ao que se

[JC23] Comentário: 4.4 – Meta
 ser conquistada.

poderia pensar, a prática do direito não se reduz à ação administrativa e à jurisprudência dos tribunais a que se teria, às vezes, a tendência a restringi-la. Uma parte apreciável da prática jurídica é obra de particulares” (A lei dos juízes. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45). Todos estes dados jurídicos são apenas para se traçar o cenário constitucional no qual se plantou o princípio que entendeu o legislador de fazer frutificar em norma legal no diploma cuja validade jurídica é agora questionado.

14. Na linha dos princípios fundamentais da República, a Constituição acolheu como verdadeira situação – a ser modificada pela implantação de uma ordem jurídica possibilitadora da recriação da organização social – a discriminação contra os deficientes, a par sua inegável dificuldade para superar, na vida em sociedade, os seus limites. Tanto assim é que estabeleceu a obrigatoriedade de ser reservado percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência (art. 37, inc. VIII, da Constituição). Serviços públicos, ordem econômica e o modelo definido para o atingimento

dos fins afirmados no sistema

15. Preceitua o caput do art. 170 da Constituição que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que é sua finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)”, para o que são elencados os princípios expressos nos oito incisos em que se estende o dispositivo.

16. Na seqüência normativa, a Constituição fixa a titularidade dos serviços públicos: o poder público. O transporte coletivo é serviço público. A Constituição define que a sua prestação será feita “diretamente ou sob regime de concessão ou permissão” (art. 175). O desempenho das atividades relativas a transportes coletivos obedece, portanto, rigorosamente às regras específicas que o bem-estar da sociedade haverá de determinar. Mais do que o interesse particular é o interesse público que marca o regime jurídico a nortear a forma de prestação dos serviços públicos, pois então se tem o Estado atuando, diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão. E o Estado – como visto antes – tem o dever constitucional incontornável de modelar as estruturas políticas e administrativas por ele criadas e desenvolvidas para o atingimento dos fins estabelecidos e das ordens que nele atuam.

No caso brasileiro, aqueles como estas têm o seu fundamento na busca incessante da dignificação do ser humano, na igualação jurídica de todas as pessoas pela oferta igual de oportunidades na participação da vida social.

[JC24] Comentário: 4.3 – O termo “digna” associado ao PDPH aparece aqui sugerindo uma **adjetivação**.

[JC25] Comentário: 4.4 – Met a ser perseguida.

176 Os serviços públicos são concedidos ou permitidos a quem os deseja prestar, na hipótese de se dar o seu
 177 desempenho sob o regime de concessão ou permissão, sempre segundo o interesse público a ser
 178 buscado. Ensinam Gilles J Guglielmi e Geneviève Koubi que o serviço público “dispose d’un place central
 179 dans les représentations collectives du lien social et joue un role substantiel pour le maintien de la
 180 cohésion sociale et territoriale. (...) le concept de service public a été enrichi par les politiques de solidarité
 181 sociale mises en oeuvre dès la Libération. Le développement de l’État-providence a permis de penser les
 182 droits sociaux comme des droits ‘intégrateurs’. Durant toute la période 1945-1975, l’investissement de
 183 l’État dans le champ social apparaît comme l’un des moteurs de la croissance économique. L’application
 184 du principe d’égalité des citoyens par l’activité de service public permettait de faire coïncider les intérêts
 185 des plus défavorisés avec ceux de la société civile en son ensemble” (Droit du service public. Paris:
 186 Montchrestien, 2000, p. 74).

187 E é de Celso Antônio Bandeira de Mello a lição segundo a qual “entendese por concessão de serviço
 188 público o ato complexo através do qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este
 189 aceita prestá-lo em nome do Poder Público sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado
 190 mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se pela cobrança de tarifas diretamente dos usuários do
 191 serviço e tendo a garantia de um equilíbrio econômico-financeiro” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de –
 192 Prestação de serviços públicos e administração indireta. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p.
 193 35). O que define, portanto, o regime de prestação dos serviços públicos é a necessidade da sociedade, a
 194 demanda que com eles busca o Estado responder, a fim de aperfeiçoar os fins afirmados no sistema.

195 17. Entender, com clareza, que o objeto da lei questionada, na presente ação, diz com a prestação dos
 196 serviços públicos e com obrigações que aos seus prestadores, concessionários ou permissionários da
 197 atividade de transporte coletivo rodoviário interestadual, se impõem é essencial para a conclusão sobre o
 198 desate da questão posta a exame. Isso porque a Autora aponta como um dos argumentos da alegada
 199 inconstitucionalidade da Lei 8.899/94 exatamente a afronta ao art. 170, no qual se contém a garantia da
 200 livre iniciativa.

201 18. A livre iniciativa, prevista no caput do art. 170 da Constituição, significa a liberdade de comércio e de
 202 indústria, a liberdade empresarial e a liberdade contratual que são constitucionalmente asseguradas. Não
 203 se há negar que as empresas associadas da Autora dispõem de liberdade constitucionalmente garantida
 204 para se constituírem e desempenharem as atividades para as quais foram criadas, nos termos da
 205 legislação vigente. Todavia, a titularidade de serviços públicos, como são os transportes coletivos,

206 mantém-se com o concedente – ente público – e o seu exercício afeiçoa-se à demanda social e, ainda, ao
207 cumprimento das exigências constitucionais e legais.

208 Assim, não é porque a Constituição garante a livre iniciativa que se pode cogitar de liberdade de uma
209 empresa para desempenhar aquelas atividades sem se submeter às normas legais sobre licitação, sobre a
210 forma de prestação, sobre os cuidados e limites para o desenvolvimento da tarefa, se vier a ser cometida
211 à empresa e, principalmente, ao contrato no qual se estabelecem, de acordo com os ditames das leis, os
212 direitos, mas também os limites, as obrigações e a responsabilidade do concessionário ou do
213 permissionário do serviço.

214 19. Tanto está estampado no art. 175 da Constituição da República, no qual se enfatiza que “a lei disporá
215 sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter
216 especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições (...); II - os direitos dos usuários
217 (...); III -a política tarifária (...)” (parágrafo único do art. 175).

218 O empresário que constitui uma empresa voltada à prestação de serviço público de transporte coletivo
219 ampara-se no princípio constitucional da livre iniciativa para constituir a sua empresa, não dispõe de
220 ampla liberdade para a prestação daquele serviço. Porque ele é concessionário ou permissionário de um
221 serviço público. E quanto a esse nem ao menos o Poder Público tem liberdade. Presta-o porque tem de,
222 não porque assim quer ou como decide. A decisão sobre esse serviço, a sua qualidade de serviço público
223 está na Constituição (art. 21, inciso XII, alínea e).

224 De resto, a concessão ou a permissão, como realçado antes, dá-se segundo o previsto na lei a que se
225 remete a Constituição (art. 175, parágrafo único – “a lei disporá sobre (...).” A livre iniciativa presta-se,
226 em sua extensa mais plena, à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza. Para os
227 concessionários e permissionários de serviço público o regime não é de livre iniciativa, mas de iniciativa de
228 liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade. Menos ainda se tem, no
229 caso, o livre desempenho das atividades-fins da empresa.

230 20. De se relevar que o art. 175, parágrafo único, da Constituição estabelece, em seu inciso II, que “a lei
231 disporá sobre (...) os direitos dos usuários (...)”. A pessoa portadora de carências especiais há de ser
232 considerada como um potencial usuário do serviço público de transporte coletivo interestadual. E como se
233 cuida de titular de condição diferenciada, nesta condição haverá de ser cuidado pela lei, tal como se deu
234 com o diploma ora questionado. O que se contém na Lei 8.899/94 não é senão o cuidado com uma
235 espécie diferenciada de usuários do serviço concedido ou permitido de transporte coletivo, a saber, a de

portadores de necessidades especiais. O serviço público haverá de considerar esta especial condição para, então, distinguindo-a possibilitar a sua igualação aos demais membros da comunidade que também fazem uso deste serviço. Os serviços públicos de transportes coletivos e o princípio da igualdade

21. A Autora aponta eiva de inconstitucionalidade na Lei 8.899/94 porque, entre outras máculas, nela se teria a desobediência ao princípio da igualdade. Segundo a argumentação esgrimida por ela, o ônus do benefício teria sido atribuído a uma parcela da sociedade, a saber, os empresários do ramo de transporte coletivo interestadual em desobediência àquele princípio. Dá-se o inverso do quanto alegado pela Autora. É desigualando os desiguais que se iguala juridicamente. O critério de *discrímen* é que haverá de guardar perfeita consonância com os fins buscados com a norma. E esses não de ser legítimos segundo os valores estabelecidos no sistema. Conforme realcei, em outra ocasião, “o princípio jurídico da igualdade é o que a sociedade quer que ele seja. Não é obra de Deuses, nem de formas heterônomas, nem de forças exógenas que se impõem a uma sociedade com explicações místicas. (...) A igualdade no Direito é arte do homem. Por isso o princípio jurídico da igualdade é tanto mais legítimo quanto mais próximo estiver o seu conteúdo da idéia de justiça em que a sociedade acredita na pauta da história e do tempo. (...) No sistema constitucional fundamentado pelo princípio de igualdade materialmente cogitado, o serviço público é prestado de forma a assegurar que a prestação daquela atividade considere a condição subjetiva e mesmo a socioeconômica do usuário, a fim de que não se chegue a uma situação de injustiça em que os mais favorecidos, materialmente, recebam os melhores serviços públicos, enquanto exatamente os menos aquinhoados sejam despojados de seus direitos fundamentais por não poderem contar com o mínimo de estrutura de serviços para o seu bem-estar” (O princípio constitucional da igualdade. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 28 e 94).

22. A Lei 8.899/94 cuidou de dar forma justa ao direito do usuário que, pela sua diferença, haverá de ser tratado nesta condição desigual para se igualar nas oportunidades de ter acesso ao serviço público de transporte coletivo rodoviário interestadual.

Os valores fundamentais relevados no sistema, os princípios constitucionais nele insculpidos, os direitos dos usuários portadores de carências especiais que a Constituição trata de relevar e a lei em pauta cuida de especificar, tudo isso conjuga-se sem que haja inobservância de norma jurídica a eivar da nódoa de inconstitucionalidade o diploma agora examinado.

Na seqüência destas normas é que se estabeleceu a concessão de passe livre às pessoas portadoras de deficiência, do que não se há de argumentar em ofensa ao princípio da igualdade, porque se busca,

266 exatamente, com essa lei, a igualdade de direitos e oportunidades, além de contribuir para reduzir as
 267 desigualdades sociais, especialmente porque grande parte das deficiências atingem em maior escala a
 268 população mais pobre.

269 Reitere-se: o concessionário ou o permissionário do serviço público de transporte coletivo rodoviário
 270 interestadual não haverá de se considerar livre para estabelecer o que quiser, porque o próprio sistema
 271 constitucional erigiu a desigualação em fonte de norma possibilitadora da igualação mais que jurídica,
 272 aquela que é materialmente justa.

273 José Afonso da Silva leciona: Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material
 274 que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e
 275 impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a
 276 igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça, daí porque o legislador,
 277 sob 'o impulso das forças criadoras do direito (...) teve progressivamente de publicar leis setoriais para
 278 poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais. (Curso de Direito Constitucional
 279 Positivo, 24. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 214).

280 Por isso é que a leitura do texto constitucional põe em realce a preocupação do constituinte com a busca
 281 de cuidados específicos com a pessoa portadora de deficiência: arts. 7º, inciso XXI; 23, inciso II; 24, inciso
 282 XIV; 37, inciso VIII; 203, incisos IV e V; 208, 227, § 1º, inciso II e § 2º; 244; todos da Constituição.

283 No julgamento do RMS 13.084, o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, explicou a razão
 284 pela qual se deve, em nome do princípio da igualdade, isentar "(...) os deficientes físicos do pagamento de
 285 tarifas para o uso de ônibus de empresa permissionária de serviço regular comum intermunicipal":

286 Com efeito, o princípio da igualdade deve ser entendido consoante as exigências da fórmula política do
 287 Estado Democrático de Direito, consagrada constitucionalmente. Não há mais lugar, atualmente, para a
 288 ideologia jurídica liberal, que compreendia a isonomia em termos puramente formais e abstratos,
 289 desconsiderando as diferenças efetivamente existentes entre os homens, colocando no mesmo nível os
 290 desiguais.

291 A participação ativa do Estado no sentido de oferecer aos deficientes físicos melhores condições de vida
 292 compatibiliza-se perfeitamente com os princípios do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por
 293 intervir socioeconomicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana. Procura-se justamente
 294 compensar as reconhecidas dificuldades que tais pessoas enfrentam, tais como o preconceito, a

[JC26] Comentário: 4.4. O PDP deve ser assegurado, sustentado, perseguido... uma meta.

295 discriminação, a comiseração exagerada, as objeções ouvidas da busca de um emprego, os obstáculos
296 físicos, as barreiras para o acesso à cultura, à saúde e à educação.

297 Observa-se que a diferenciação do portador de deficiência física conformar-se com o sistema
298 constitucional. Trata-se de um meio para atingir um fim juridicamente colimado, qual seja, a integração
299 social dos deficientes. O tratamento normativo diferenciado configura-se legítimo, se estiver preordenado
300 à consecução de um fim perseguido pelo Direito. Deve-se partir de uma consideração teleológica.

301 Verifica-se que o próprio texto constitucional federal consagra a proteção aos deficientes físicos,
302 outorgando-lhes garantias distintas, que objetivam efetivamente promover a inserção dessas pessoas na
303 sociedade. Senão, vejamos os seguintes preceitos da Carta Magna: artigo 7º, inc. XXXI; artigo 23, inc. II;
304 artigo 24, inc. XIV; artigo 37, inc. VIII; artigo 203, incs. IV e V; artigo 208; artigo 227, § 1º, inc. II; artigo
305 227, § 2º; e artigo 244. Depreende-se, portanto, que a legislação ordinária não só pode, mas deve
306 obrigatoriamente propiciar meios que atenuem a natural falta de oportunidades dos deficientes físicos,
307 concretizando assim os preceitos constitucionais. (DJ de 1º-7-2002).

308 Não se vislumbra, pois, desobediência ao princípio da igualdade na lei posta em questão. Alegação de
309 instituição de uma 'ação de assistência social' sem a correspondente fonte de custeio

310 23. Assevera a Autora que teria sido instituída uma "ação de assistência social" com inobservância do
311 quanto posto no art. 195, § 5º, da Constituição, na qual se dispõe: Art. 195. A seguridade social será
312 financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos
313 provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes
314 contribuições sociais: (...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado,
315 majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. Sem fonte de custeio para o que
316 denomina "uma ação de assistência social", a norma que garantiu o passe livre aos portadores de
317 necessidades especiais estaria tida pela via de inconstitucionalidade. Conforme acentuado pelo
318 Advogado-Geral da União e também pelo Procurador-Geral da República, o dispositivo em questão "refere-
319 se a benefícios ou serviços que oneram os cofres públicos, com impacto no orçamento, o que não ocorre
320 na espécie" (fl. 300).

321 A norma do art. 195, § 5º, da Constituição refere-se à criação de benefício do sistema estatal de
322 seguridade social ou a serviço de seguridade social. Como o orçamento do Estado é formal e não admite
323 improvisos, a instituição de benefício ou serviço atribuído ao sistema de seguridade social sem a
324 correspondente fonte de custeio geraria a frustração do beneficiário e corresponderia a uma situação de

insustentabilidade do sistema. Daí a norma que se conjuga com a responsabilidade fiscal que impede que se definam legalmente benefícios ou serviços sem a fonte de onde venha o custeio para a sua implementação.

24. O benefício ou serviço de que cuida o § 5º do art. 195 da Constituição é o da seguridade social, vale dizer, aquele que compõe o conjunto integrado de ações de iniciativa e prática dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Nesses casos, não há carência do prazo de inscrição do beneficiário no Sistema de Previdência (e portanto, de tempo de contribuição prévio definido por lei). Tem ele cobertura universal e é financiado de forma direta por recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O "passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual", previsto na Lei 8.899/94, não constitui, pois, benefício ou serviço da seguridade social, como pretende fazer crer a autora. Tem-se, pois, que também quanto a esse fundamento não subsiste o argumento apresentado pela Autora. Alegação de confisco no domínio privado das empresas transportadoras de passageiros, no âmbito interestadual

25. Afirma, finalmente, a Autora que a lei questionada estaria a contrariar a Constituição por consubstanciar forma de confisco. Segundo ela, o ônus das passagens utilizadas pelos portadores de deficiência teria de ser assumido pelas empresas e, nesse caso, tanto retiraria parte da capacidade econômica do seu patrimônio. Apresenta a Autora o seguinte relato: "a experiência das associadas da requerente indica que cada beneficiário empreenderá ao menos uma viagem (ida e volta) por mês, no sistema de transporte coletivo interestadual, uma tímida estimativa à vista do provisionamento de 2 (dois) lugares por veículo, por trecho de viagem (...) é verossímil a possibilidade de que a cada ano, cerca de 21.000.00 (vinte e um milhões) de lugares sejam ocupados pelos beneficiários do 'passe livre' nos veículos que compõem a frota das transportadoras e essa expectativa corresponde a 16% do total de passageiros regulares transportados anualmente – cerca de 132.000.000 conforme dados do anuário estatístico elaborado pelo Ministério do Transporte. A supressão de receita correspondente aos lugares ocupados pelos beneficiários do serviço assistencial instituído pela Lei 8.899/94, inviabiliza o empreendimento que deu corpo ao sistema de transporte interestadual e põe em risco a continuidade da prestação devida aos usuários regulares, prejudicando, conseqüentemente, o exercício da função social cumprida pelos bens de produção em evidência" (fl. 12).

Os cálculos aterrorizadores apresentados falham na matemática, quando não fosse bastante falhar no direito. Em efeito. Em primeiro lugar, porque as contas se baseiam, como expressamente se contém na

exposição da Autora, na “possibilidade” de vir a ocorrer o que é por ela projetado. Ademais, há de se salientar que os ônus decorrentes de quaisquer condições de prestação do serviço público são repassados aos usuários pagantes, e não suportados pelas empresas, como pretendem fazer crer.

26. O que parece querer demonstrar a Autora é que o direito que foi reconhecido aos portadores de carências especiais conduziria ao desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato firmado pelas prestadoras do serviço com o poder concedente. Mas este não é um dado que conduz à inconstitucionalidade da lei posta em questão. Tanto se resolve na comprovação dos dados econômicos a serem apresentados quando da definição das tarifas nas negociações contratuais com o poder concedente. Se sobrevier desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, a matéria será objeto de ilegalidade, a se provar em caso específico, nada tendo a prevalecer em relação à validade ou invalidade constitucional da lei em pauta. De se mencionar que, no julgamento da ADI 2.163-MC, à época, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, na qual se discutia a concessão, aos jovens com até 21 anos, de desconto de 50% dos valores dos ingressos em casas de diversões, praças desportivas e similares, este Supremo Tribunal concluiu que “(...) a situação compreende uma bilateralidade: o alegado prejuízo financeiro das empresas e a proteção a um bem jurídico subjetivo – a cultura”. E concluiu o Supremo Tribunal por indeferir a liminar, permitindo-se o acesso aos jovens aos espetáculos e eventos culturais. No caso em foco, a situação não se distancia, nos fundamentos constitucionais, do quanto debatido naquela ação direta. A Constituição, ao assegurar a livre concorrência, também determinou que o Estado deve empreender todos os seus esforços para garantir a acessibilidade, para que se promova a igualdade de todos, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. Um desses meios é o que se põe na lei ora em exame, que não apenas, penso, não afronta, antes dotada de concretude os valores constitucionais percebidos e acolhidos pelos constituintes e adotados como princípios e regras da Constituição do Brasil de 1988. Por tudo quanto exposto, voto no sentido de julgar improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

VOTO

(Sobre preliminar) O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas desejo registrar que a circunstância de um segmento econômico ou profissional estar organizado em sindicato, havendo, portanto, uma confederação, que é a entidade de nível superior, não afasta a legitimidade das associações com abrangência nacional. Há de viabilizar-se, ao máximo, o processo objetivo, em sadia política judiciária.

[JC27] Comentário: 6.1 – O PD é um edifício, um fundamento que sustenta o ordenamento jurídico. Ele suporta o peso do ordenamento (que é grande ...), conferindo-lhe estabilidade. O ordenamento precisa de estabilidade, o PDPH confere essa estabilidade necessária.

386 VOTO

387 (Sobre preliminar) O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, monocraticamente já decidi
388 contrariamente, mas pende de agravo regimental minha decisão. Nesta ação, vou acompanhar o voto da
389 eminente Relatora.

390 VOTO

391 (Sobre preliminar) A Sra. Ministra Ellen Gracie: Também eu, Presidente, já tive oportunidade de entender
392 não ocorrente a legitimidade ativa da própria requerente. Mas vamos ao mérito.

393 VOTO

394 O Sr. Ministro Menezes Direito: Trata-se de uma ação direta de inconstitucionalidade e o ataque foi feito
395 mediante dois pontos objetivos com dispositivos da Constituição e um terceiro ponto relativo ao princípio
396 da isonomia. O primeiro ponto diz com o § 5º do art. 195, que é matéria de todo impertinente no caso,
397 como bem demonstrou a eminente Ministra Relatora em seu belíssimo voto. O segundo ponto, que na
398 petição se apresenta como desvio, diz respeito à propriedade privada. O que me parece também
399 completamente impertinente, porque, como ficou bem esclarecido, trata-se de concessão de serviço
400 público e a Constituição Federal estabelece os requisitos necessários e os poderes que são atribuídos ao
401 poder concedente. E o terceiro, quanto ao princípio da isonomia, evidentemente não existe, porque seria
402 até mesmo uma *contradictio in adjecto* se decretássemos a inconstitucionalidade pelo princípio da
403 isonomia quando se está agasalhando exatamente a desigualdade para proceder à igualdade.

404 Portanto, os três pontos que foram elencados colidem com a razoabilidade já em sentido contrário àquela
405 que sempre é alegada em matéria constitucional. Portanto, acompanho o belíssimo voto da eminente
406 Ministra Relatora e julgo improcedente a ação.

407 VOTO

408 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, também louvo o belo voto da eminente Relatora
409 e a acompanho integralmente. Conheço da ação direta de inconstitucionalidade e julgo-a improcedente.
410 Farei apenas algumas considerações.

411 A nossa Constituição, como sabemos, em homenagem ao princípio ou, na verdade, à verdadeira
412 metanorma da dignidade humana, foi extremamente pródiga no que diz respeito à proteção do deficiente
413 físico, seja no art. 23, inciso II, em que assegura aos entes federados a competência para garantir a

[JC28] Comentário: 1 - PDPH
acima, meta-norma. Metáfora
de orientação.

proteção das pessoas portadoras de deficiência física; seja no art. 227, § 1º e § 2º, que insta o Estado a desenvolver programas que garantam a integração dos portadores de deficiência física no seio da sociedade; seja ainda no art. 244, que exige adaptação dos logradouros públicos e dos veículos de transporte coletivo exatamente às necessidades dos portadores de deficiência física. De outra parte, também, foi muito bem enfatizado tanto pela eminente Relatora como também pelo ilustre Advogado-Geral da União, na verdade, estamos diante de uma questão puramente contratual, ou fundamentalmente contratual. O direito administrativo, como sabemos, assegura aos contratos administrativos, sobretudo aos contratos de concessão, o equilíbrio econômico-financeiro, como foi dito aqui, para protegê-los da allia econômica ou da allia extracontratual, estabelecendo uma cláusula que é não apenas própria dos contratos administrativos, mas também dos contratos comuns do direito privado, a cláusula rebus sic stantibus. Portanto, se essa lei trazer algum desequilíbrio para os contratos de concessão de transporte coletivo, ele será evidentemente resolvido em sede própria, que é a sede do direito administrativo. Portanto, com os meus encômios, acompanho a eminente Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, tentarei ser breve. O caso não é de propriedade privada. Não se trata disso, mas de prestação de serviço público. Serviço público que é da competência da União; o Poder concedente é a União, pelo art. 21, inciso XII, d e e. Não se trata aqui de instituir benefício, não estamos falando sobre isso, instituir gratuidade. Uma coisa é a concessão da assistência social, digamos assim, em si; outra é o financiamento dessa assistência. O financiamento, disse bem a Relatora, o Ministro Ricardo Lewandowski também, se resolve com base na cláusula do rebus sic stantibus que decola do art. 37, inciso XXI, da Constituição. Quando a Constituição diz mantidas as condições do contrato. Se não fosse isso, o art. 175, inciso III, que fala de política tarifária. Se a política tarifária foi alterada em desfavor da empresa, ela que postule o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Portanto, não confundir a concessão do benefício em si com o financiamento desse benefício. Aliás, a Constituição tem um dispositivo que parece até facilitar o ingresso da empresa nas vias adequadas para recompor o seu patrimônio. É que, quando ela fala de transporte coletivo para os idosos, diz "gratuito" e, para os portadores de deficiência, não fala de gratuidade. Mas isso é algo a se resolver em vias concretas, em vias processuais adequadas. No mais é – como disse a Relatora – até elogiar a lei, que protege não só os portadores singelamente de deficiência física, mas os portadores de deficiência – vamos chamar portadores de deficiência como diz a Constituição, porque, na verdade, são três as deficiências: a física, a sensorial e a mental. A Constituição diz "portador de deficiência", pura e simplesmente. E aqui a lei

445 acrescenta a essa condição de portador de deficiência a condição de carência econômica. Essa lei é um
446 ponto de confluência muito interessante entre ação distributivista e ação afirmativa. Vale dizer, a lei
447 promove ao mesmo tempo inclusão social, quando fala do carente econômico, e integração social ou
448 comunitária, quando fala do portador de deficiência, sabido que são, hoje, objetivos constitucionais
449 diferentes. A inclusão social é uma coisa, a integração comunitária é outra coisa. Aliás, a Constituição fala
450 de integração social comunitária três vezes, exatamente a propósito do idoso e dos portadores de
451 deficiência. Portanto, Senhor Presidente, com essa breve intervenção, acompanho o voto da eminente
452 Relatora. Voto brilhante, consistente, que marcará época, nesse campo da inclusão social e da integração
453 social, na nossa Corte.

454 VOTO

455 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, também quero, em primeiro lugar, louvar e depois
456 acompanhar o brilhante voto da eminente Relatora, cujas considerações me dispensam de insistir sobre a
457 necessidade de tutela dos portadores de deficiência como um valor constitucional, primordial.

458 A partir disso, Senhor Presidente, dou enfoque muito simples à solução da causa. Em primeiro lugar,
459 reconhecendo à União, nos termos do art. 21, XII, e, da Constituição da República, a competência para
460 outorga dos serviços de transporte interestadual, mediante autorização, permissão ou concessão. Em
461 segundo lugar, nos termos do art. 175, parágrafo único, II, a competência que tem a União, nas
462 concessões e nas permissões, para dispor, por lei, sobre os direitos dos usuários. E o que faz essa lei
463 federal é, pura e simplesmente, no exercício dessas duas precisas competências, dispor sobre direitos de
464 usuários especiais, que são os portadores de necessidades especiais, tutelados por essa providência
465 legislativa. Do ponto de vista prático, é óbvio que o Estado não pode impor aos particulares a prestação
466 de serviço, mediante concessão, autorização ou permissão, com prejuízo. Mas isso é coisa que entra no
467 juízo de conveniência dos concessionários, permissionários e autorizatários.

468 De modo que, como *factum principis*, se eventualmente, nos termos da regulamentação, a imposição –
469 porque de certo modo o é – desse ônus aos concessionários, permissionários ou autorizatários, implicar-
470 lhes desequilíbrio contratual, têm eles duas saídas: ou acordam com o Poder Executivo a correspondente
471 reestruturação do contrato, ou pedem-lhe a rescisão. É a solução que cabe no caso. Razão por que
472 acompanho e mais uma vez louvo o voto da eminente Relatora.

473 VOTO

474 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, não há nada a acrescentar a tudo que já foi dito pelos Colegas
475 que me antecederam, em especial no brilhante voto da eminente Relatora, motivo por que a acompanho.

476 VOTO

477 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, ouvi desde cedo, quando ainda estava no Tribunal Regional do
478 Trabalho da 1ª Região, que, para acompanhar a relatora ou o relator, necessariamente não se tem de
479 lançar fundamentação, mas para divergir, sim. Agora, prometo não prolatar voto na extensão do voto de
480 S. Exa. a relatora.

481 Presidente, o que ocorre? Uma lei, um ato normativo abstrato, que, editada, apanhou situações
482 devidamente formalizadas, situações em curso. Esse ato encerra – e ninguém coloca em dúvida a valia do
483 objetivo buscado – a gratuidade no transporte público. Diz-se que é concedido automaticamente,
484 independentemente dos parâmetros das concessões, o passe livre às pessoas portadoras de deficiência,
485 comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual. Surge situação concreta em
486 que, se o serviço fosse prestado diretamente pela União, não haveria problemas maiores. Mas o serviço é
487 prestado, via concessão, pela iniciativa privada. Penso que não se poderia, considerado até mesmo o que
488 se contém na seção própria, Assistência Social – e a norma encerra espécie de assistência social –, chegar
489 à tal normatização. Tenho me defrontado com situações idênticas e sempre digo que não cabe ao Estado
490 cumprimentar com chapéu alheio.

491 Dir-se-á que, ocorrendo desequilíbrio, considerada a relação jurídica mantida, é possível o ajuizamento de
492 ação. Esse argumento não afasta a premissa de meu voto, segundo a qual, no campo da assistência
493 social, há de dar-se a atuação direta do Estado que, para tanto, dispõe, como versado no art. 204 da
494 Constituição Federal, do Orçamento da Seguridade Social. Não está prevista, porque seria mesmo inviável,
495 como é inviável até a comprovação da deficiência e da carência que respaldam o passe livre, a utilização
496 desse mesmo orçamento.

497 Penso que lei como a presente não se coaduna, com a devida vênia daqueles que entendem de forma
498 diversa – e não deixaria de potencializar o objetivo da norma que, como afirmei, é dos mais louváveis –,
499 com a Constituição Federal, motivando até mesmo o surgimento de inúmeros conflitos de interesses. Peço
500 vênia à Relatora – disse que seria breve em meu voto – para votar julgando procedente o pedido
501 formulado na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade.

502 VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, também eu acompanho a eminente relatora com as vênias devidas ao Ministro Marco Aurélio. Já tive oportunidade de apreciar uma questão assemelhada na SS 3.052, sobre a Agência Nacional de Transportes. Era uma questão que envolvia a entidade agora requerente, a Abrati, mas se tratava do tema que também foi tocado pela eminente Relatora, o caso do benefício concedido aos idosos. Na ocasião – tratava-se apenas de um juízo de delibação prévio –, anotei que: É certo também que o modelo legal adotado tem reflexos no sistema de prestação de serviços públicos de transporte mediante concessão ou permissão. Não há dúvida, ademais, de que negar em sede cautelar aos idosos o benefício conferido pela lei questionada afigurar-se-ia sumamente injusto e, porque não dizê-lo, flagrantemente desproporcional. Aqui o juízo, na verdade, se inverte. Ademais, dizia eu: Suposto prejuízo ou desequilíbrio de custos na equação da prestação dos serviços concedidos pode ser eventualmente superado, a partir da atuação da própria Administração, ou desta em conjunto com as prestadoras do serviço. Talvez esse assunto possua maior relevo que a própria controvérsia desenvolvida em torno do art. 195, § 5º, [a questão do benefício previdenciário que se alegava então da Constituição. Em conclusão, eu dizia: Assim, dada a natureza do interesse que se pretende proteger, verifico que se encontra devidamente demonstrada a grave lesão (...) – para os fins da suspensão. Creio que a eminente Relatora deu respostas cabais a este tema. Todos nós, em nossas manifestações, também destacamos a importância de que se encontre a equação devida, que a Constituição recomenda, para a prestação do serviço público, com os mecanismos e meios adequados à eventual revisão do contrato, tendo em vista até o impacto que essa lei possa ter provocado já nos contratos em curso, que são passíveis de revisão com a própria revisão tarifária.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Apoiando V. Exa., essa lei é de 1994. O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não consta que nenhuma tenha ido à falência por estar obedecendo à lei.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: E a ação só foi proposta em 2002, quando apreciei o pedido de liminar.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nenhuma foi à falência e nem irá por esse motivo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por outro lado, registro que há inúmeras ações liminares sobre este tema, em um e em outro sentido. Esta ação direta, porque dotada de efeito vinculante, também produz o efeito de uma súmula vinculante, dando ensejo, eventualmente, a reclamações para que de fato as cortes judiciais se orientem no sentido estabelecido por esta Corte.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3.510 – DF

VOTO

O Sr. Ministro Ayres Britto(Relator): De partida, assento a legitimidade do Procurador-Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea a do inciso I do art. 102 da Constituição.

14. No mérito, e conforme relatado, a presente ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º da Lei federal 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como “Lei de Biossegurança”. Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado passar de olhos sobre as suas questionadas inovações. Ei-los: Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (“Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa”).

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos deonticos, a saber: I – a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as “células-tronco embrionárias”; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até quatorze dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastócito, ocorrente em torno de cinco dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos

laboratorialmente ou in vitro, e não espontaneamente ou in vida. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extracorpóreo, submetê-los a penetração por espermatozóides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: "O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabetes melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas"²; II – a parte final do mesmo art. 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes e cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias: a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis; b) a empírica não viabilidade desse ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), "O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver. Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica"); c) que se trate de embriões congelados há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a complementar aquele mesmo tempo de três anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto – quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido in vitro, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana;

III – o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente com células-tronco embrionárias, o que redundará na formação também obrigatória

63 de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do
64 material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores;

65 IV – por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é
66 equiparado ao crime de “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (art. 15, caput,
67 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara finalidade ética ou de
68 submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa
69 mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado “biodireito” (ver, no particular, o livro
70 Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética, da autoria de Roberto Wider, desembargador
71 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

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

81 17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário,
82 adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina
83 celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-
84 tronco Lê-se em Luís Roberto Barroso que “A fertilização in vitro é um método de reprodução assistida,
85 destinado a superar a infertilidade conjugal. A fecundação é feita em laboratório, utilizando-se o sêmen
86 doado e os óvulos obtidos mediante aspiração folicular. A prática médica consolidada é retirarem diversos
87 óvulos para serem fecundados simultaneamente. Implantam-se de dois a três embriões fecundados no
88 útero da mãe e o remanescente é congelado” (nota de rodapé da p. 2 do memorial assinado em data de 3
89 de março de 2008).

90 humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido
91 amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de gordura e até mesmo na pele ou
92 epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anunciam como próximas daquelas

[JC29] Comentário: 1 – Idéia que o PDPH está dentro, é interno.

que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal *Isto É*, de n. 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, p. 90/94). Por conseguinte, linhas de pesquisa que não invalidam outras, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuopatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de cinco milhões, somente para contabilizar os “brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves”, segundo dados levantados pela revista *Época*, edição de 29 de abril de 2007, p. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de dez a quinze milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p. 9 de sua petição em nome da MOVITAE – Movimento em Prol da Vida) aponta como oriundos da seguinte fonte: “Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226”.

18. Ainda assim, ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contra bater a própria abertura ou receptividade da Lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, “se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano” (revista *Veja*, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – n. 9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ação direta de inconstitucionalidade consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para as idéias 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.

19. 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”, litteris: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Onde 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,

segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva: Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...). 20. 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 remata do centro de imputação jurídica. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu nominalizado registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. Indivíduo-pessoa, conseguintemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém criacionista ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.

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

nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo “residentes” no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “placa de Petri”), além de complementar a referência do seu art. 5º “aos brasileiros” para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de “nascidos”, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a e b do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da “criança”, como no art. 227 e seus parágrafos 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão somente intrauterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”. Pelo que somente é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extrauterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir 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 nativivae, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o art. 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(permite-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. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, verbis: Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico

como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possa reconhecer alguns estágios da biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria eurísticamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intraútero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intraútero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida. (Fls. 1118/1119.)

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista-norte-americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro *Domínio da Vida* (São Paulo: Martins Fontes, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem: Como afirmei, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico – a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância – e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração –, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal

218 significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido
 219 substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido. (P. 122.)

220 26. Sucede que – este o fiat lux da controvérsia – a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante
 221 para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no
 222 plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade
 223 de um processo que deságüe, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a
 224 humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das
 225 respectivas etapas. Razão por que o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, “desde a
 226 concepção, os direitos do nascituro” (do latim nasciturus); que são direitos de quem se encontre a
 227 caminho do nascimento. Se se preferem – considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é
 228 exclusivamente intra-corpóreo direitos para cujo desfrute faz necessário um vínculo operacional entre a
 229 fertilização do óvulo feminino e a virtualidade pra avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para
 230 avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”.
 231 Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim
 232 conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (in Direito Civil, ano de 2001, p. 36): “Nascituro é o ser já
 233 concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”.

234 27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/1997, segundo o qual “É
 235 vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de
 236 doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do
 237 feto” (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do
 238 Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber:
 239 “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de
 240 estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante
 241 legal” (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo “gestante” para evidenciar
 242 que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado
 243 embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino. Não em placa de Petri,
 244 cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercuro
 245 sexual para eclodir.

246 28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já
 247 esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação.
 248 Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal

[JC31] Comentário: 4.1

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**.

[JC32] Comentário: 4, 1

Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em Filosofia pela Universidade Gama Filho – RJ): “O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo Da Família, com a seguinte preocupação: ‘sugere normas de proteção à vida desde sua concepção’”

6.Sugestão de n. 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infra-constitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. 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 é 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. Um

280 microcosmo, então, a se pôr como “a medida de todas as coisas”, na sempre atual proposição filosófica de
281 Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina
282 afirmarem que “O homem é sozinho a casa da humanidade”. E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema
283 Tabacaria: Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte isso, tenho em mim
284 todos os sonhos do mundo.

285 30. Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir como preciso
286 instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino
287 (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de
288 cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto Refiro-me ao texto, ainda inédito, que
289 Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o título de O Constituinte, a Constituição e a Inviabilidade Genética
290 do Positivismo Lógico, elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembléia Nacional
291 Constituinte, disponível no site do Senado Federal. consiste. Tal como se dá com a desconcertante
292 aritmética do amor: um mais um, iguala um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean
293 Paul Sartre.

294 31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse
295 tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou
296 cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o
297 germe de todas as demais células do homínideo (por isso que na sua fase de partida é chamado de
298 “célula-ovo” ou “célula-mãe”, em português, e de “célula-madre”, em castelhano). Realidade seminal que
299 encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início
300 de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma
301 unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado
302 à aporia ou indecidibilidade), mas porque assim é que preceitua o ordenamento Jurídico Brasileiro.
303 Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem
304 o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença
305 ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada
306 coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o
307 direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como
308 substantivo em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positividade de uma
309 fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana intrauterina 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 realidades⁷.

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às p. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de Células-Tronco, A Nova Fronteira de Medicina (já o dissemos em nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas⁸. Glossário que reproduz nos seguintes verbetes: Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce in vitro na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos; 8 Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeiro Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do Hemocentro de Ribeiro Preto. Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados; Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral; Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento.

33. 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 a casamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. "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, seto da gestação humana principia comum 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.

34. 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).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, simples mente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário, data venia, da afirmação textualmente feita. na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra corporalmente produzido e também extra corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão”. Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela “nidação” que já é a antes sala do feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado) 9: Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um

372 espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo
 373 adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito
 374 precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características
 375 especializadas e, ao mesmo tempo, vão restringindo sua capacidade de diferenciação. (Ob. cit., p. 3 e 4,
 376 sem destaque no original.)

377 36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de idéias. O embrião viável (viável para reprodução humana,
 378 lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado in vitro, empaca nos primeiros
 379 degraus do que seria sua evolução genética. Isso por se achar impossibilitado de experimentar as
 380 metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a
 381 fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto.
 382 Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, o processador e produtivo é da espécie evolutiva
 383 ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana; ao passo que, lá, na gélida solidão do
 384 confinamento in vitro, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um
 385 processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com
 386 que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da poti-potência
 387 do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco
 388 dias da fecundação). Donde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos
 389 Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929): Lê-se em Cláudio Fonteles (A
 390 vida humana é dinamismo essencial inesgotável, p. 1): "A vida humana é dinamismo essencial. Na
 391 fecundação – união do espermatozóide com o óvulo – e a partir da fecundação a célula autônoma – zigoto
 392 – que assim surge, por movimento de dinamismo próprio, independente de qualquer interferência da mãe,
 393 ou do pai, realiza a sua própria constituição, bipartindo-se, quadripartindo-se, no segundo dia, no terceiro
 394 dia, e assim por diante. A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses
 395 embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há
 396 mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula; Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos,
 397 como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião, do ponto de vista da
 398 viabilidade ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa,
 399 esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação.

400 37. Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para
 401 extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a
 402 caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento externa-

403 corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados in vitro,
 404 células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até
 405 produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da “autorreplacação”), poderiam experimentar com o
 406 tempo o risco de u’a mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não
 407 aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido potipotente e daí para o
 408 descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares. Dejetos tanto mais numericamente incontroláveis
 409 quanto inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e
 410 seus produtos finais¹⁰.

411 38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula
 412 humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião
 413 que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta
 414 se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: há base
 415 constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que inclua ma-
 416 fertilização artificial ou in vitro? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito?
 417 Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

418 39. Deveras, os arts. 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja
 419 pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que
 420 atende pelo nome de “família”. Família de pronto qualificada como “base da sociedade” e merecedora da
 421 “proteção especial do Estado” (caput do art. 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos
 422 filhos, referidos doze vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.
 423 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus
 424 descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de monoparental. Sucendendo
 425 que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magna Carta Federal passa a dispor sobre a figura do
 426 “planejamento familiar”. Mais exatamente, 10 De se registrar que a presente ação direta não impugna o
 427 descarte puro e simples de embriões não aproveitados “no respectivo procedimento”. A impugnação é
 428 quanto ao emprego de células em pesquisa científica e terapia humana. planejamento familiar que, “fruto
 429 da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade
 430 responsável” (§ 7º desse emblemático art. 226, *negritos à parte*). Donde a inteligência de que: I – dispor
 431 sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la
 432 física e amorosamente é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária

433 quanto responsabilmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da
 434 "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 5º);

[JC34] Comentário: 6.1

435 II – princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De
 436 uma parte, para aquinohar o casal como direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição
 437 e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra
 438 banda, para contemplar os por vindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com
 439 planeja das condições de bem-estar e assistência físico-afetiva. 40. Dá-se que essa figura jurídico-
 440 constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida
 441 pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do art. 226), que impõe ao Estado o dever de
 442 "propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito" (direito ao planejamento
 443 familiar com paternidade responsável, repise-se),"veda da qual quer forma coercitiva por parte de
 444 instituições oficiais e privadas" (original sem destaque).

[JC35] Comentário: 6.1

[JC36] Comentário: 3 – PDPH
 opera....

445 41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia
 446 de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios
 447 educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou
 448 direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais
 449 responsável paternidade. Sendo certo que: I – a fertilização in vitro é peculiarizado meio ou recurso
 450 científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da "especial proteção do Estado" (base
 451 que é de toda a sociedade); II – não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização
 452 do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os
 453 percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana.
 454 Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor a dois na paternidade responsável.

[JC37] Comentário: 4.3 Digna
 bom, indigna é ruim.

455 42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento
 456 jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a
 457 processos de assistida procriação humana in vitro, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de
 458 todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: o recurso a processos de
 459 fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos
 460 afinal fecundados? Todos eles? mesmo que sejam 5, 6, 10? Pergunta que se impõe, já se vê, pela
 461 consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar
 462 todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período

463 mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas
464 práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

465 43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não
466 imposto por nenhuma lei brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão
467 em virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o
468 próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável".
469 Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos pari passu com as possibilidades
470 econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a
471 Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: "A educação, direito de todos e
472 dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao
473 pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o
474 trabalho" (sem negrito e sublinha, no texto original).

475 44. Recolocando a idéia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras
476 coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e
477 disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o
478 horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, ainda possam concretizar um outro conjunto de
479 desígnios igualmente constitucionais: o conjunto do art. 227, impositivo do dever de "assegurar à criança
480 e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer,
481 à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,
482 além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,
483 crueldade e opressão".

484 45. Tudo isso, em verdade, tenho como inexcusável modelo jurídico de planejamento familiar para o
485 concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável. Modelo concebido diretamente pela
486 Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se
487 trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno
488 aproveitamento de todos os embriões sobejantes ("excedentários") dos respectivos propósitos
489 reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida
490 da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a
491 gestante a ter que aceitar verdadeira ninhada de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que
492 implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito
493 fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, litteris: "ninguém será submetido a tortura

nem a tratamento desumano ou degradante". Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que "o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher" (Charles Fourier).

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões in vitro está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto in natura ou não artificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MacKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan: A criança que trago comigo durante nove meses não pode ser definida nem como eu nem como não eu.

47. É o trecho que se divisa à p. 77 do mencionado livro *Domínio da Vida*. Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que: Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente "dentro" dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo. É "dela, e é dela mais do que de qualquer outra pessoa" porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está (...).

48. 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. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de quem o transporta e alimenta, que mo transporta e alimenta fica para sempre como seu retrato sentimental na parede do útero. Impossível esquecê-lo! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser

com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas o início de uma trajetória intestinal que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária ("o absoluto e terrível colapso da luz", na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, p. 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de animação ou presença da alma, essa alma junta-se à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas vizinhas de porta, no interior de uma só casa maternal. 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.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana. É ele que verdadeira mente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie. Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. Monumentaliza por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas veias e a corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar). 50. São dois fenômenos concomitantes ou com presentes, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo benquerer. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito sobre-valora como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembre-se). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

[JC39] Comentário: 2 - Dentro

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido Ministro Celso de Mello assentou que a presente ação direta de inconstitucionalidade é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do homo sapiens. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo a natureza mesma da maternidade. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria ainda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermeneuta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psicofísica e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas “de aluguel”, por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvios, falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional: I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; II – a opção do casal por um processo in vitro de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação in vitro; se é da contingência do cultivo ou testes in vitro a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as alternativas que

restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião in vitro passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensa-se mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à Ministra Ellen Gracie, Presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança "conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade".

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/1997, pois o fato é que um e outro diploma normativos e desse mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto: A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização.

55. 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 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 vezes fronteiras" desta vida de aquém-túmulo", como certa feita disse Guimarães Rosa. Confira-se o texto legal: A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (art. 3º, caput). 56. O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o

embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganharas primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por 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 já mais 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.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescondível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Onde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano¹. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida humana já rematada mente adornada como atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento comido e amorte cerebral.

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Onde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela

648 Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio
 649 assassinato, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do
 650 infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que
 651 desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e
 652 a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa
 653 incorporar às imperecíveis. Enquanto Santo Agostinho (século V d.C.) se declarava inseguro quanto à
 654 existência da alma desde o momento da concepção, Santo Tomás de Aquino (século XIII d.C.) "afirmava,
 655 categoricamente que o feto não tem uma alma intelectual ou racional no momento em que é concebido,
 656 mas que a adquire em algum momento posterior – quarenta dias no caso de um feto masculino, segundo
 657 a doutrina católica tradicional, e mais tarde no caso de um feto feminino" (Dworkin, ob. cit., p. 55/56).
 658 Disse mais Ronald Dworkin sobre o autor da Suma Teológica: "As idéias de Santo Tomás sobre o
 659 desenvolvimento do feto, que ele foi buscar em Aristóteles, eram extraordinariamente prescientes em
 660 alguns aspectos. O santo entendeu que o embrião não é uma criança extremamente pequena, mas
 661 plenamente formada, que simplesmente aumenta de tamanho até o nascimento, como concluíram alguns
 662 cientistas posteriores, utilizando-se de microscópios primitivos, mas sim um organismo que primeiro se
 663 desenvolve ao longo de um estágio essencialmente vegetativo, entrando a seguir em um estágio em que
 664 já estão presentes o intelecto e a razão (...)" (p. 56/57). conquistas do constitucionalismo liberal e social o
 665 advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração
 666 comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou
 667 vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata
 668 no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da
 669 República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária".

670 59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo,
 671 abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel
 672 Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da
 673 síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: "O Jamal tem West,
 674 uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do
 675 cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do
 676 diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter quinze crises
 677 num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises.
 678 Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida. É
 679 impossível não questionar a vida" (Correio Braziliense, "Revista do Correio", 27 de janeiro de 2008, ano 3,

680 número 141, p. 32). 60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar
 681 depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: "A paralisia cerebral é uma anomalia
 682 motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai.
 683 Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo
 684 contra o cérebro". E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se
 685 submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a
 686 profundidade amorosa: "Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão
 687 Vermelho

688 conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar"
 689 (revista Veja, editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

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

699 62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ação direta de
 700 inconstitucionalidade sub judice, trago à ribalta mais uma invocação de ordem constitucional. É que o
 701 referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à Saúde
 702 (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos
 703 sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos
 704 da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de n. 194. Mais ainda, saúde que é
 705 "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e
 706 serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). Com o que se tem
 707 o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência. No caso, ciências médicas,
 708 biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo
 709 que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo "ciência", já
 710 agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo

711 dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se: Art. 5º (...) IX – é livre a expressão da atividade
712 intelectual, artística, científica e de comunicação.

713 63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno
714 direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas
715 pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores
716 do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como
717 signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

718 64. Acresce que o substantivo “expressão”, especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que
719 se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do
720 conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para
721 além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que
722 implica um objetivo subir à tona ou vir a lume de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede
723 de investigação científica.

724 65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a
725 Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo
726 superlativamente prezável. É o capítulo de n. IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que
727 “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”
728 (art. 218, caput). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo
729 a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: “A
730 pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o
731 progresso das ciências”.

732 66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte
733 compromisso da Constituição-cidadã para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à
734 dimensão de sistema; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto
735 objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por
736 qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

737 67. Tem-se, neste lance, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já
738 corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da
739 supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos (“Não me impressiona o argumento de
740 autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento”, ajuizou Descartes), porquanto superador de todo

741 obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de
742 superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o
743 novo eldorado já é unanimemente etiquetado como “era do conhecimento”.

744 68. “Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso
745 e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que,
746 longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência
747 a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes
748 parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Onde a lancinante pergunta que
749 fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: – por
750 que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu
751 possa andar como as minhas bonecas?

752 69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquiuições já
753 situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou
754 mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos,
755 geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do
756 Direito brasileiro já se instalou de vez “o monstro da indiferença” (Otto Lara Resende)? Um atestado ou
757 mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico deixa de se colocar do lado dos que sofrem para
758 se postar do lado do sofrimento? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham
759 com pilhas nas costas não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um
760 heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de
761 Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto
762 de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não
763 aproveitamento de embriões in vitro? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua
764 destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida estalando de nova (porque não
765 mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes?
766 Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de u’a morte muitas vezes tão iminente quanto não
767 natural? Morte não natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de
768 aquém-túmulo que bem pode ser umadança, uma festa, uma celebração?

769 70. É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso
770 Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva
771 prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos

772 constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato
 773 julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir
 774 todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou
 775 filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.

776 EXPLICAÇÃO

777 O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhora Presidente, não proferirei, ainda, o meu voto, mas, se Vossa
 778 Excelência e o Tribunal me permitirem, desejo fazer um breve registro a propósito do voto do eminente
 779 Relator, Ministro Carlos Britto. O Supremo Tribunal Federal acaba de ouvir um voto antológico, digno de
 780 constar dos anais da história desta Corte Suprema, e que honra, profundamente, o seu ilustre prolator, o
 781 eminente Ministro Carlos Britto, cuja decisão será certamente lembrada não apenas pelas presentes, mas,
 782 também, pelas futuras gerações. O notável voto que acabamos de ouvir representa, na verdade, a aurora
 783 de um novo tempo, impregnado de esperança para aqueles abatidos pela angústia da incerteza. Significa
 784 a celebração solidária da vida e da liberdade. Restaura, em todos nós, a certeza de que milhões de
 785 pessoas não mais sucumbirão à desesperança e à amarga frustração de não poderem superar os
 786 obstáculos gerados por patologias gravíssimas, irreversíveis e incuráveis até o presente momento.

787 Em uma palavra, Senhora Presidente, o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro Carlos Britto, se
 788 acolhido por esta Suprema Corte, permitirá, a esses milhões de brasileiros hoje postos à margem da vida,
 789 o exercício concreto de um direito básico e inalienável – o direito à busca da felicidade e o de viver com
 790 dignidade – de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

[JC41] Comentário: 4, 3

791 É este o registro, Senhora Presidente, que não poderia deixar de fazer depois de ouvir o magnífico voto
 792 proferido pelo Ministro Carlos Britto.

793 PEDIDO DE VISTA

794 O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhora Presidente, como disse o Ministro Celso de mello, acabamos de
 795 ouvir um precioso voto, substantivo na qualidade e na informação. Também conforme disse Sua
 796 Excelência, a matéria é extremamente controvertida, é matéria de alta complexidade. O dever da Suprema
 797 Corte de um país, quando tem de julgar temas dessa natureza, é fazer uma reflexão profunda, com
 798 tempo, com a análise dos autos, para que possam ser sopesados todos os argumentos apresentados,
 799 incluída, no caso, a audiência pública realizada. São essas as razões pelas quais, insistindo no aplauso que

800 faço ao magnífico voto do Ministro Carlos Britto, secundando as palavras do nosso Decano, peço vênia
801 para Sua Excelência para ter vista dos autos.

802 VOTO

803 A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Peço licença ao Ministro Carlos Alberto Direito, se o Tribunal
804 assim me permitir, para, desde logo, adiantar o meu voto. O Sr. Ministro Marco Aurélio: Com alguma
805 tristeza, porque Vossa Excelência acaba de sinalizar que procede o que veiculado pela imprensa no
806 sentido de que talvez nos deixe nos próximos dias.

807 A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Não, Ministro Marco Aurélio, em absoluto. O motivo que me leva
808 a adiantar o meu voto – o Ministro Carlos Alberto Direito o compreenderá perfeitamente – é muito
809 pragmático. Esta ação direta ingressou no Tribunal no dia 30 de maio de 2005. São, portanto, passados
810 quase três anos, independente da gestão que deu ao processo o eminente Relator, o qual fez
811 criteriosamente todas as diligências necessárias, inclusive uma muito divulgada audiência pública, em que
812 tiveram oportunidade de se manifestar cientistas de um lado e de outro. Inobstante tudo isso, o processo
813 hoje em julgamento será trazido por Sua Excelência, tenho certeza, em breve.

814 O Sr. Ministro Menezes Direito: Se Vossa Excelência me permite, há, inclusive, o aspecto particular de não
815 ter sido deferida medida cautelar. Portanto, não há nenhum óbice quanto ao prosseguimento do processo,
816 independentemente de qualquer pedido de vista à Suprema Corte.

817 A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Inobstante a inexistência de uma medida liminar, é de
818 conhecimento geral que as pesquisas, se não foram paralisadas, sofreram um sensível desestímulo
819 durante esse período. Tenho certeza de que Vossa Excelência, com a sua diligência, trará o processo
820 dentro em breve. No entanto, esta cadeira me traz, infelizmente, a tarefa de rememorar aos Colegas que
821 temos, na fila, para serem chamados a julgamento por este Plenário, nada menos que 565 outros
822 processos. Desse modo, peço novamente escusas ao Ministro Carlos Alberto Direito e aos Colegas para
823 adiantar o meu voto no sentido de acompanhar o eminente Relator. Tenho algumas razões do meu
824 convencimento – e as farei juntar posteriormente – que coincidem, em larga medida, com as que foram
825 brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Carlos Britto.

826 Afirmo, em síntese, nessas linhas, que a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade
827 de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião,

828 que não somos uma academia de ciências. O que nos cabe fazer, e essa é a província a nós atribuída pela
829 Constituição, é contrastar o art. 5º da Lei 11.105 com os princípios e normas da Constituição Federal.

830 Com todas as vênias ao ilustre proponente da ação, o Procurador-Geral da República – agora com uma
831 outra identidade pessoal – e aos ilustres juristas que secundam a sua posição, não constato vício de
832 inconstitucionalidade na referida norma. Não se lhe pode opor, segundo entendo, a garantia da **dignidade**
833 **da pessoa humana** – art. 1º, inciso III –, nem a garantia de inviolabilidade da vida, pois, conforme
834 acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento – o útero – não se
835 classifica como pessoa. A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por
836 outro lado, o pré-embrião – ou ao menos aqueles de que aqui tratamos – ou seja, os inviáveis e
837 destinados ao descarte – também não se enquadra na condição de nascituro, pois a esse – a própria
838 denominação o esclarece bem – se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não
839 acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte. Faço referência, também, neste voto, à
840 regulamentação da matéria, tal como ela se deu na Grã-Bretanha, após um extenso debate científico. E
841 verifico que a norma brasileira e a sua regulamentação cercam a utilização de células embrionárias das
842 cautelas necessárias a evitar a sua utilização viciosa. Por essas razões, que estarão bem explicitadas nas
843 palavras que escrevi, concluo pela improcedência da ação, conforme o voto do Relator.

844 VOTO

845 A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Senhores Ministros, é indiscutível o fato de que a propositura da
846 presente ação direta de inconstitucionalidade, pela delicadeza do tema nela trazido, gerou, como há muito
847 não se via, um leque sui generis de expectativas quanto à provável atuação deste Supremo Tribunal
848 Federal no caso ora posto. Equivocam-se aqueles que enxergaram nesta Corte a figura de um árbitro
849 responsável por proclamar a vitória incontestável dessa ou daquela corrente científica, filosófica, religiosa,
850 moral ou ética sobre todas as demais. Essa seria, certamente, uma tarefa **digna** de Sísifo. Conforme visto,
851 ficou sobejamente demonstrada a existência, nas diferentes áreas do saber, de numerosos
852 entendimentos, tão respeitáveis quanto antagônicos, no que se refere à especificação do momento exato
853 do surgimento da pessoa humana. Buscaram-se neste Tribunal, a meu ver, respostas que nem mesmo os
854 constituintes originário e reformador propuseram-se a dar. Não há, por certo, uma definição constitucional
855 do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não
856 estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de
857 Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela
858 Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a

[JC42] Comentário: 4.1

[JC43] Comentário: 4.3 – É ma
que uma simples adjetivação
Aqui, a palavra “digna” se
relaciona com algo que
somente alguém pode fazer.

sua conformidade com a Carta de 1988. Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do art. 5º da Lei 11.105, de 24-3-2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente. Para tal intento, foram apontados na presente ação, como parâmetros de verificação mais evidentes, o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput), o direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), o direito à saúde (art. 6º), o dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 196) e de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (art. 218, caput). Não há como negar que o legislador brasileiro, representante da vontade popular, deu resposta a uma inquietante realidade que não mereceu maiores considerações na peça inicial da presente ação direta.

A fertilização in vitro, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Brown, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural. Porém, a utilização desse procedimento gera, inevitavelmente, o surgimento de embriões excedentes, muitos deles inviáveis, que são descartados ou congelados por tempo indefinido, sem a menor perspectiva de que venham a ser implantados em algum órgão uterino e prossigam na formação de uma pessoa humana. Penso que o debate sobre a utilização dos embriões humanos nas pesquisas de células-tronco deveria estar necessariamente precedido do questionamento sobre a aceitação desse excedente de óvulos fertilizados como um custo necessário à superação da infertilidade. Todavia, conforme registrado nas manifestações juntadas aos autos, essa relevantíssima questão sobre os procedimentos de reprodução assistida, apesar da tramitação de alguns projetos de lei, nunca foi objeto de regulamentação pelo Congresso Nacional, havendo, nessa matéria, tão somente, uma resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução 1.358, de 11-11-1992). Recorde-se que a primeira brasileira fruto de uma fertilização in vitro nasceu em 7 de outubro de 1984. Portanto, esse era o cenário fático e lacunoso com o qual se deparou o legislador brasileiro em 2005, quando foi chamado a deliberar sobre a utilização desses mesmos embriões humanos, inviáveis ou já há muito tempo criados preservados, nas promissoras pesquisas científicas das células-tronco, já desenvolvidas, em diversas e avançadas linhas, nos mais importantes países do mundo. 3. No Reino Unido, o Human Fertilisation and Embriology Act, legislação reguladora dos procedimentos de reprodução assistida e das pesquisas embriológica e genética naquele país, foi aprovada pelo Parlamento britânico em 1990, após amplo debate social, político e científico iniciado em 1982. O referido Diploma permitiu a manipulação científica dos embriões oriundos da fertilização in vitro, desde que não transcorridos quatorze dias contados do momento da fecundação. Conforme demonstrou Letícia da Nóbrega Cesarino no artigo Nas fronteiras do

[JC44] Comentário: 6.1

891 "humano": os debates britânico e brasileiro sobre a pesquisa com embriões, esse limite temporal presente
892 na lei britânica teve como razão a prevalência do entendimento de que antes do décimo quarto dia
893 haveria uma inadequação no uso da terminologia "embrião", por existir, até o final dessa etapa inicial,
894 apenas uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo. Segundo essa
895 conceituação, somente após esse estágio pré-embrionário, com duração de quatorze dias, é que surge o
896 embrião como uma estrutura propriamente individual, com (1) o aparecimento da linha primitiva, que é a
897 estrutura da qual se originará a coluna vertebral, (2) a perda da capacidade de divisão e de fusão do
898 embrião e (3) a separação do conjunto celular que formará o feto daquele outro que gerará os anexos
899 embrionários, como a placenta e o cordão umbilical. Tais ocorrências coincidem com a nidação, ou seja, o
900 momento no qual o embrião se fixaria na parede do útero. Essa formulação científica, que diferencia o
901 pré-embrião do embrião, coincide com o pensamento de Edward O. Wilson, que, ao discorrer, na aclamada
902 obra *On Human Nature*, sobre o instante imediatamente posterior à fecundação do óvulo humano, assim
903 asseverou, verbis: The newly fertilized egg, a corpuscle one two-hundredth of an inch in diameter, is not a
904 human being. It is a set of instructions sent floating into the cavity of the womb. Enfolded within its
905 spherical nucleus are an estimated 250 thousand or more pairs of genes, of which fifty thousand will direct
906 the assembly of the proteins and the remainder will regulate their rates of development. After the egg
907 penetrates the blood-engorged wall of the uterus, it divides again and again. The expanding masses of
908 daughter cells fold and crease into ridges, loops, and layers. Then, shifting like some magical
909 kaleidoscope, they self-assemble into the fetus, a precise configuration of blood vessels, nerves, and other
910 complex tissues. A professora Leticia Cesarino, acima referida, corroborando pensamento de Michael
911 Mulkay, conclui que a agregação deste conjunto de "fatos" na nova categoria "pré-embrião" permitiu,
912 assim, remover o objeto da experimentação científica do escopo do discurso moral para inseri-lo num
913 universo técnico. No Brasil (após inclusão em projeto que objetivava a urgente regulamentação do
914 processo de liberação dos organismos geneticamente modificados), surge o art. 5º da Lei 11.105/2005,
915 que autoriza o manejo das células-tronco embrionárias de uma maneira restrita, com a precaução sempre
916 recomendada nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e explorados. A primeira
917 restrição imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades
918 de pesquisa e de terapia. Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos
919 poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização in vitro – técnica de reprodução
920 humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção
921 legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por
922 outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos

humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de pesquisas, sejam elas quais forem. Além de excedentes no procedimento de fertilização in vitro, os embriões de uso permitido ainda deverão estar entre aqueles considerados inviáveis para o desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improbabilidade de sua utilização, para esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento. As restrições não param por aí. É preciso, ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expresso consentimento dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de ética em pesquisa. Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a sua utilização fora dos moldes previstos no referido art. 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25 e 26). Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teriam outro destino que não o descarte. Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos. A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida. Ante todo o exposto, julgo improcedente o pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade. É como voto.

VOTO-VISTA

[JC45] Comentário: 4.1

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ao pedir vista deste processo para melhor estudar e refletir sobre tema da mais alta relevância para a vida nacional, como é de praxe nesta Suprema Corte, lendo e ouvindo tudo quanto se disse em seguida, na melhor expressão de nossa sociedade plural, lembrei-me de Arthur Schopenhauer. Nascido em 1788, no mesmo ano que Kant escreveu a sua fundamental Crítica da Razão Prática, o filósofo de Dantzig ensinou: Pois o que alguém é para si mesmo, o que o acompanha na solidão e ninguém lhe pode dar ou retirar, é manifestamente para ele mais essencial que tudo quanto puder possuir ou ser aos olhos dos outros. (Aforismos para a sabedoria da vida. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 8/9.) Tenho certeza de que é esse o sentimento dos Juízes desta Suprema Corte do Brasil, neste e em todos os feitos que são submetidos ao seu julgamento. Trata-se de ação direta ajuizada pelo Procurador-Geral da República apontando a inconstitucionalidade do art. 5º, caput e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que tem a redação que se segue: Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Sustenta que violariam o disposto nos arts. 1º e 5º da Constituição da República, notadamente as garantias da inviolabilidade do direito à vida e à **da pessoa humana**, com a redação a seguir transcrita: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito **e tem como fundamentos:** **I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; (...);** Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...). O núcleo da impugnação é a afirmação de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação (fl. 3) e que, portanto, a utilização do embrião para retirada de células-tronco, com sua conseqüente destruição, importaria na violação do direito à vida. Questiona, ainda, a importância das pesquisas com células-tronco embrionárias, diante dos “avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com embrionárias”, e solicita a

[JC46] Comentário: 7 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA É DIREITO

[JC47] Comentário: 6.1

designação de audiência pública para oitiva de especialistas que apresenta. Manifestaram-se nos autos o Senhor Presidente da República, por meio da Advocacia-Geral da União, o Congresso Nacional e a Procuradoria-Geral da República. Também foram recebidas as manifestações das seguintes entidades, todas admitidas como amici curiae: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos (CDH); Movimento em Prol da Vida (MOVITAE); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Atendendo à sugestão formulada pela Procuradoria-Geral da República, o eminente Ministro Carlos Britto, Relator, convocou uma audiência pública (fls. 448/449), designada para o dia 20-4-2007, que contou com a participação de diversos especialistas no tema tratado nesta ação, indicados pela autora e pelos defensores da lei. Em sua manifestação (fls. 82 a 115), o Senhor Presidente da República sustenta que o caso requer uma interpretação própria para o termo "vida" na Constituição, destacada de sua conceituação biológica, antropológica, religiosa, física, química ou médica, fazendo alusão ao caso julgado no HC 82.424 em que se interpretou o vocábulo "raça" de forma diversa de sua acepção científica. Em seguida, menciona a situação do nascituro, que, segundo Washington de Barros Monteiro, seria mera pessoa em potencial, mas distinto do embrião que não esteja implantado no ventre materno que "não pode ser tido como um fato futuro e certo". Compara também a cessação da vida na morte cerebral com a ausência dessa atividade no embrião, para concluir que "não comporta debater, também, se existe ou não vida humana a ser protegida pelo Direito nos embriões, uma vez que a tutela jurídica pátria, como visto, recai sobre a vida da pessoa humana". Quanto à dignidade da pessoa humana, afirma que: (...) a própria terminologia empregada no princípio afasta, per se, a possibilidade do enquadramento almejado. Veja-se. O princípio da dignidade da pessoa humana protege, inquestionavelmente, o ser humano enquanto considerado como pessoa humana, ou seja, o ser humano detentor de personalidade jurídica. Cuida, ainda, da natureza do embrião como pessoa em potencial, cujo estatuto jurídico deve distinguir-se daquele baseado na personalidade, e da potencialidade das pesquisas com células-tronco, pedindo o reconhecimento da constitucionalidade da lei. Por sua vez, o Congresso Nacional (fls. 222 a 245) defendeu a constitucionalidade da lei, destacando os seguintes pontos: (i) a possibilidade de que os direitos constitucionais sejam conformados pelo legislador, não sendo diferente o caso do direito à vida, citando o art. 128 do Código Penal; e (ii) a autorização, por parte do Estado, para uso de técnicas de eliminação do embrião antes da ocorrência da nidação, representada nos atos que disciplinam o uso do Dispositivo Intrauterino (DIU) e da Pílula do Dia Seguinte. Descreveu o que é atualmente feito com embriões e a superioridade das células-tronco embrionárias, para as pesquisas terapêuticas, em relação às células-tronco adultas. Em sentido contrário, a Procuradoria-Geral da República, reforçando os argumentos da inicial, ofereceu parecer (fls. 357 a 380) com a ementa que se

[JC48] Comentário: 4.1

[JC49] Comentário: 3

1017 segue: Ementa: 1. O conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do direito civil. 2. O
 1018 direito civil, parte do sistema jurídico ordenado, dado o caráter de regulação interpessoal no plano
 1019 familiar, sucessório e negocial, que lhe é próprio, com coerência estabelece no nascimento com vida da
 1020 pessoa a aptidão a que as relações interpessoais aconteçam. 3. O direito constitucional também ocupa-se
 1021 do tema vida, em perspectiva diversa e fundamental porque ao exigir sua proteção, como inviolável,
 1022 expressamente no art. 5º, caput, considera a vida em si e convoca o Supremo Tribunal a definir o
 1023 momento do início da vida. 4. A petição inicial dessa ação, calcada exclusivamente em fundamentos de
 1024 ordem científica, sustenta que a vida há, desde a fecundação, para que se preserve sua inviolabilidade. 5.
 1025 Não há, pois, enfoques contraditórios: enquanto no plano do direito constitucional considera-se a vida em
 1026 si, para protegê-la desde a fecundação no enfoque do direito civil o nascimento com vida é que enseja
 1027 aconteçam as relações interpessoais: considerações outras. 6. Pela procedência do pleito. Incluído em
 1028 pauta, o julgamento da presente ação foi designado para o dia 5-3-2008. Nessa ocasião, após o relatório,
 1029 sustentaram oralmente o Senhor Procurador-Geral da República, a CNBB, a Advocacia-Geral da União, o
 1030 Congresso Nacional e os amici curiae. Votou o douto Ministro Carlos Britto pela improcedência do pedido.
 1031 Gostaria de registrar, desde logo, minha maior admiração pelo belo voto proferido, a revelar, por inteiro,
 1032 sua sensibilidade, humanismo e cultura. Entendeu o eminente Relator: (i) sobre o conjunto normativo da
 1033 Lei n. 11.105/2005: 16. Daqui se infere – é a minha leitura – cuidar-se de regulação legal a salvo da
 1034 mácula do aqodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa,
 1035 filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao
 1036 inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de
 1037 toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada
 1038 do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro). (Grifou-se.) (ii) sobre a argumentação da
 1039 autora no que se refere ao questionamento da eficiência do tratamento com células-tronco: 18. (...)
 1040 Entendimento que vai ao ponto de contra batera própria abertura ou receptividade da lei para a tese de
 1041 que as células-troncombrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em
 1042 laboratório, “se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano” (revista Veja, Editora
 1043 Abril, edição 2050 – ano 41 – n. 9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de
 1044 órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ação direta de inconstitucionalidade
 1045 consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a idéia de que células-
 1046 tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação
 1047 da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos,

1048 adquiridos, ou em consequência de acidentes Grifou-se. (iii) sobre a relação entre personalidade e
1049 nascimento (ou “vida biográfica”):

1050 Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão somente aquelas que sobrevivem ao
1051 parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro
1052 chama de “personalidade civil”, litteris: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida;
1053 mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é
1054 preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto,
1055 em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como
1056 predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica,
1057 segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva: “Vida, no texto
1058 constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-
1059 atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)”.

1060 (iv) sobre a relação entre “vida biográfica” e a proteção constitucional: Avanço no raciocínio para assentar
1061 que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos
1062 da Constituição. É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre
1063 nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da “dignidade da pessoa humana” (inciso III
1064 do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual
1065 (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no
1066 preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do
1067 inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos
1068 e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e
1069 garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas
1070 sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade,
1071 à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o
1072 timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim que ela mesma, Constituição, faz expresse uso do
1073 adjetivo “residentes” no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “placa de
1074 Petri”), além de complementar a referência do seu art. 5º “aos brasileiros” para dizer que eles se alocam
1075 em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de “nascidos”, conforme as alíneas a, b e
1076 c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor
1077 das alíneas a e b do inciso II do mesmo art. 12). Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o
1078 Magno Texto Republicano fala da “criança”, como no art. 227 e seus parágrafos 1º, 3º (inciso VII), 4º e
1079 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a

[JC51] Comentário: 4.1

1080 fronteira da vida tão somente intrauterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei
 1081 federal 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: "Art. 2º Considera-se criança,
 1082 para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre
 1083 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade". Pelo que somente só é tido como criança quem ainda não
 1084 alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extrauterina. Desconsiderado que fica todo o
 1085 tempo em que se viveu em estado de embrião e feto. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que
 1086 a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico,
 1087 mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativae*, nessa condição, dotada de
 1088 compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o art. 5º é exclusivamente
 1089 reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a
 1090 religião). (v) sobre a existência de graus diversos de proteção do ser humano: 25. Convergentemente,
 1091 essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do
 1092 ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-
 1093 americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro 'Domínio da Vida' (Editora Martins Fontes, São
 1094 Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana
 1095 vai-se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento
 1096 pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho
 1097 desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior
 1098 a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo
 1099 (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice).
 1100 (vi) sobre o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, este sim, base para o reconhecimento
 1101 de algum grau de proteção ao embrião e ao feto: Sucede que – este o *fiat lux* da controvérsia – a
 1102 dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite
 1103 transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a
 1104 proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue,
 1105 justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a
 1106 eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão por
 1107 que o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do
 1108 nascituro" (do latim "nasciturus"); que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento. Se se
 1109 prefere – considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente *intra corpóreo* –,
 1110 direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino
 1111 e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na

[JC52] Comentário: 4.1

[JC53] Comentário: 6.1

1112 trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro". Categoria exclusivamente
 1113 jurídica, porquanto não versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista
 1114 Sílvio Rodrigues (in Direito Civil, ano de 2001, p. 36): "Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se
 1115 encontra no ventre materno." (vii) sobre, esclarecendo, o reconhecimento de algum grau de proteção ao
 1116 embrião e ao feto, mas desde que no interior do corpo feminino: Igual proteção jurídica se encontra no
 1117 relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/1997, segundo o qual "É vedado à gestante dispor de tecidos,
 1118 órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em
 1119 transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto" (negritos à parte). Além, é claro,
 1120 da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do DL 2.848, de 7 de dezembro de 1940),
 1121 com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: "se não há outro meio de salvar a vida da
 1122 gestante" (aborto terapêutico); se "a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento
 1123 da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal" (aborto sentimental ou compassivo). Dupla
 1124 referência legal ao vocábulo "gestante" para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um
 1125 organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no
 1126 interior do corpo feminino. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico
 1127 de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir. (viii) sobre a proteção
 1128 infraconstitucional do feto, confirmando a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana e a
 1129 inaplicabilidade da norma constitucional: 28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento
 1130 legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a
 1131 da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos
 1132 incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII
 1133 do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo "em caso de guerra declarada, nos
 1134 termos do art. 84, XIX"). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal
 1135 brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa
 1136 física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger.
 1137 Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao
 1138 mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. (ix) sobre, mais uma vez confirmando a fonte
 1139 infraconstitucional da proteção do embrião e do feto, suas distinções com a pessoa humana e o caráter
 1140 metamórfico da passagem de uma a outra fase: Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo
 1141 para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infra-constitucionalmente,
 1142 contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as
 1143 três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa

[JC54] Comentário: 6.1

[JC55] Comentário: 4.1

humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. 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 é o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. (x) sobre o início da “vida”: Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir como preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino (...). Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do homínídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de “célula-ovo” ou “célula-mãe”, em português, e de “célula-madre”, em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural. (xi) sobre a distinção entre os embriões referidos na lei e o embrião introduzido no útero feminino: 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. “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, seto da 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. (...) Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma produtora trajetória extra-uterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, simples mente porque

esse modo de ir romper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário, data venia, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra corporalmente produzido e também extra corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão”. Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela “nidação” que já é a antessala do feto. (xii) sobre o caráter utilitário da Lei em razão da totipotencialidade conservada pelos embriões nela referidos, na sequência do texto anterior: Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado): “Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozóide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, vão restringindo sua capacidade de diferenciação.” (xiii) sobre a constitucionalidade e a legalidade das técnicas de inseminação in vitro, para reconhecê-las: Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a Lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: hábas e constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluama fertilização artificial ou in vitro? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço. (xiv) sobre a inexistência de um hipotético dever de introdução dos óvulos fecundados oriundos de processo de fertilização in vitro: Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana in vitro, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: o recurso a processos de

1208 fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher produtora dos óvulos
 1209 afinal fecundados? Todos eles? mesmo que sejam, 5, 6, 10? Pergunta que se impõe, já se vê, pela
 1210 consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar
 1211 todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período
 1212 mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que se impõem para evitar novas
 1213 práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo. Minha
 1214 resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto
 1215 por nenhuma lei brasileira ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em
 1216 virtude de lei", reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio
 1217 instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Planejamento que
 1218 só pode significar a projeção de um número de filhos *pari passu* com as possibilidades econômico-
 1219 financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a Constituição
 1220 mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: "A educação, direito de todos e dever do
 1221 Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno
 1222 desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho"
 1223 (sem negrito e sublinha, no texto original). (xv) sobre, mais uma vez, a distinção entre os embriões
 1224 referidos na lei e o embrião introduzido no útero feminino:

1225 56. (...) Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido
 1226 não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de
 1227 ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em
 1228 gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por
 1229 consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da
 1230 distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião *in vitro* é algo valioso por si mesmo, se
 1231 permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não tem como atrair para
 1232 sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no
 1233 fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo. (xvi) ainda sobre o início
 1234 da "vida humana": O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá
 1235 por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o
 1236 mais. A vida tão só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente
 1237 apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente
 1238 induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o
 1239 aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (*cogito, ergo sum*,

1240 sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer
1241 que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Onde até mesmo se
1242 presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a
1243 que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano. Em suma, e já agora não mais por
1244 modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida uma na já rematada mente adornada como
1245 atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com ida e a morte
1246 cerebral. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança,
1247 o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a
1248 maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do
1249 material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de
1250 ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas
1251 sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. (xvii) sobre,
1252 mais uma vez, a utilidade da solução dada pela Lei ao embrião de que trata, na sequência do número: A
1253 única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar
1254 a vida de pessoas, agora sim, tão celebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e
1255 cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida
1256 que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Onde a inevitabilidade da conclusão de que a
1257 escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapego pelo embrião in vitro,
1258 menos ainda um frio assassinato, porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam
1259 levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um
1260 ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar,
1261 o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo
1262 "fraterna". O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o
1263 advento do constitucionalismofraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração
1264 comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou
1265 vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata
1266 no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da
1267 República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária" (...). (xviii) sobre o
1268 direito de expressão dos cientistas através das pesquisas e o respectivo incentivo público: 62. (...) Sendo
1269 de todo importante pontuar que o termo "ciência", já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto
1270 atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-
1271 se: "Art. 5º (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação". E

1272 aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito
1273 de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas
1274 para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do
1275 indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo
1276 de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo. (...) Tão qualificadora do
1277 indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo
1278 um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de n.
1279 IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que "O Estado promoverá e incentivará o
1280 desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput). Regra de logo
1281 complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que
1282 trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: "A pesquisa científica básica
1283 receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências." O
1284 tema, como sabido, é relevante e pioneiro. Pedi vista para melhor examiná-lo. Impunha-se conhecer o
1285 cenário em que se desenvolvem as pesquisas que estão sendo realizadas. Tenha-se ainda presente que
1286 em matéria de ciência e tecnologia os avanços são tão significativos que as afirmações feitas em um
1287 momento logo em seguida podem estar ultrapassadas. A questão submetida ao julgamento desta
1288 Suprema Corte, sem dúvida, está em um plano de relevância que exige uma prudente reflexão, que cada
1289 juiz, no íntimo de sua consciência, deve realizar. Por outro lado, não se há de diminuir a diversidade que
1290 apresenta, apontando soluções e caminhos que bem revelam a essência da sociedade plural que todos
1291 devemos respeitar e estimular. Não foi por outra razão que escrevi em trabalho acadêmico que uma
1292 compreensão do homem na dimensão de corpo e alma, distante da idéia de ser apenas uma energia que
1293 se esgota no seu corpo, deve preceder à resposta da pergunta sobre para que devem servir as
1294 descobertas científicas e tecnológicas. E, mais ainda, essa concepção do ser do homem permite que
1295 entendamos melhor que cada descoberta científica e tecnológica é o resultado de um longo processo de
1296 amadurecimento, composto de passos e passos de evolução, que, muitas vezes, levam a vida inteira,
1297 expondo o homem a sacrifícios inúteis, em síntese, desrespeitando aquele valor infinito da vida. Veja-se
1298 que as bactérias não foram descobertas por um cientista, mas, sim, por um dono de armário, o
1299 holandês Antony Van Leeuwenhoek, no século XVII, e ganhou o mundo porque Regnier de Graaf, seu
1300 compatriota, médico e anatomista, que descobriu o ponto gerador de óvulos no ovário, escreveu ao
1301 Secretário da Sociedade Real de Londres que Leeuwenhoek havia construído um microscópio que podia
1302 enxergar objetos muito pequenos; e dessa descoberta até a primeira observação do médico inglês John
1303 Tyndall, com seus tubos de ensaio, sobre a luta entre as bactérias e o mofo, o *Penicillium*, cerca de dois

1304 séculos se passaram; e, ainda, daí até Alexander Fleming perceber que os estafilococos não cresciam em
1305 torno do mofo, dando origem aos antibióticos, termo criado por Selman Waksman, o descobridor da
1306 estreptomicina, mais cerca de trinta anos se foram, passando pelo desastre de Robert Koch, o notável
1307 médico alemão descobridor do bacilo da tuberculose, que, em decorrência do apressado anúncio de uma
1308 vacina, provocou a morte de centenas de pacientes (Estudos de direito público e privado. Rio de Janeiro:
1309 Renovar, 2005. p. 288). O mesmo se diga com relação à descoberta do código genético a partir do
1310 cientista americano Ross Granville Harrison, que descobriu, no início do século XX, que a fibra nervosa
1311 procedia da própria célula nervosa, inaugurando a era da cultura dos tecidos (op.cit., p. 289). Neste
1312 julgamento, penso que deve ficar claro que não se trata aqui de buscar uma definição científica de
1313 determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica. Não se pode
1314 pôr a questão sob esse ângulo. Trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico, o
1315 que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que
1316 não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano. Vale lembrar nesse passo a eterna lição
1317 de Santo Tomás de Aquino sobre a verdade no intelecto e nas coisas, na ordem em que se relacionam
1318 com o intelecto divino (Summa theologiae: Tratado de Deus uno, tradução do Padre Raimundo Suarez, O.
1319 P. BAC, Madrid, 1964. p. 633 a 651). A partir dessa visão de mundo que prestigia a diversidade e a
1320 pluralidade, as instituições políticas e sociais devem se organizar para estabelecer com respeito e
1321 dignidade uma regular interação entre os homens. Nunca é demais repetir o magistério do Chief Justice
1322 Holmes no caso *Lochner vs New York* (1905), assinalando que a Constituição destina-se a pessoas de
1323 pontos de vista fundamentalmente diversos e que a circunstância de considerarmos algumas opiniões
1324 naturais e familiares ou inovadoras e mesmo escandalosas não pode influenciar nosso julgamento na
1325 questão sobre se a lei que as corporifica conflita com a Constituição. Francis Fukuyama e Franco Furger
1326 acentuaram que "cientistas enquanto cientistas não têm qualquer autoridade especial para fazer
1327 julgamentos éticos ou políticos acerca dos limites das pesquisas científicas. Dados são dados: mesmo
1328 quando obtidos através de experimentos deliberadamente infecciosos com agentes biológicos fatais em
1329 testes clínicos aleatórios, como foi feito por cientistas nazistas, os resultados são sempre significativos
1330 (...). Praticamente todos os cientistas americanos defendem a existência de regras para proteger seres
1331 humanos como objeto de pesquisas. Eles assim fazem, entretanto, não em sua capacidade como
1332 cientistas, mas como cidadãos, agentes morais, crentes religiosos, ou simplesmente como seres humanos"
1333 (*Beyond bioethics: a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies*. Washington, Paul
1334 H. Nitze School, Advanced International Studies, 2006, p. 42 – tradução livre). O que há de se determinar
1335 é se a lei que autoriza a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração

1336 da vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida
 1337 e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. E tudo porque se alega, de um lado, que a
 1338 simples manipulação de embriões humanos para a pesquisa atentaria contra essa dignidade e, de outro,
 1339 que, para serem obtidas, as células-tronco embrionárias dependeriam da destruição do embrião. O que a
 1340 Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica,
 1341 posta no plano da interpretação constitucional. A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos
 1342 nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro
 1343 respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a
 1344 ideologização da ciência ou enxergar obscurantismo nos que crêem e defendem sua fé é indigno desse
 1345 trânsito da história da humanidade. É por essa razão que devemos pôr com toda clareza que estamos
 1346 julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. A beleza do tema
 1347 está bem posta no diálogo epistolar entre o Cardeal Carlo Maria Martini e Umberto Eco (Em que creem os
 1348 que não creem. Record, 2002). Na correspondência trocada em junho de 1995, Umberto Eco pergunta:
 1349 “Quando tem início a vida humana?” (p. 31). E responde afirmando que todos “já consideram como ser
 1350 humano o recém-nascido ainda ligado ao cordão umbilical. De quanto é possível retroceder? Se a vida e a
 1351 humanidade já estão no sêmen (ou até mesmo no programa genético), podemos considerar que o
 1352 desperdício do sêmen é um delito comparável ao homicídio?” (p. 31/32). Prossegue lembrando as
 1353 posições de Tertuliano, Santo Agostinho e Santo Tomás em torno do momento em que a alma é
 1354 transmitida. E depois de anotar que o não crente também se coloca o problema, assevera que “talvez
 1355 estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do
 1356 recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria
 1357 mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão
 1358 quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da
 1359 própria consciência e da humanidade” (p. 33). E faz a terrível advertência: “O senhor sabe que tais
 1360 questões não implicam somente uma reflexão sobre o aborto, mas uma série dramática de questões
 1361 novíssimas, como, por exemplo, a engenharia genética e a bioética discutidas hoje por todos, crentes ou
 1362 não. Como se posiciona o teólogo diante do criacionismo clássico hoje?” (p. 33), para terminar: “Definir o
 1363 que seja, e onde tem início, a vida é questão que está em jogo a nossa vida. Colocar-me estas questões é
 1364 um duro peso moral, intelectual e emotivo – creia – para mim também” (p. 34). A resposta do Cardeal
 1365 Martini mostra a complexidade do tema: “O senhor se refere justamente às sutis reflexões de Tomás
 1366 sobre as diversas fases do desenvolvimento do vivente. Não sou filósofo nem biólogo e não quero
 1367 adentrar-me em tais questões. Mas todos sabemos que hoje se conhece melhor o dinamismo do

[JC56] Comentário: 4.1

[JC57] Comentário: 4.1

[JC58] Comentário: 4.1

desenvolvimento humano e a clareza de suas determinações genéticas a partir de um ponto que, pelo menos teoricamente, pode ser precisado. A partir da concepção nasce, de fato, um ser novo. Novo significa diverso dos dois elementos que, unindo-se, o formaram. Tal ser inicia um processo de desenvolvimento que o levará a tornar-se aquela 'criança, coisa maravilhosa, milagre natural ao qual se deve aderir'. É este o ser de que se trata, desde o início. Há uma continuidade na identidade" (p. 38/39). E aduz: "O senhor conclui dizendo: 'definir o que é, e onde tem início a vida é questão em que está em jogo a nossa vida'. Estou de acordo, pelo menos sobre 'o que é' e já dei minha resposta. O 'onde' pode continuar misterioso, mas está submetido ao valor do 'o que é'. Quando alguma coisa tem valor supremo, merece supremo respeito. É daí que precisamos partir para qualquer casuística dos casos-limite, que será sempre árdua de enfrentar, mas que, partindo desse ponto, jamais será enfrentada com leviandade" (p. 40). Creio que é importante, pelo menos para o desenvolvimento do meu raciocínio, compreender o processo e as técnicas de fertilização in vitro, de seus produtos e subprodutos e das linhas básicas de pesquisa com células-tronco embrionárias. A chamada fertilização in vitro (FIV) é hoje, juntamente com a inseminação artificial, a principal terapia para a infertilidade de casais em virtude de fatores mecânicos, endometriose, sub fertilidade masculina e outras causas não detectadas. Em síntese, pode-se dizer que ambas envolvem a substituição da relação sexual. Enquanto a inseminação artificial se limita a reproduzir, em condições otimizadas, porém no próprio corpo da mulher, a ejaculação, a fertilização in vitro envolve a substituição de toda a biomecânica relativa à fecundação (ejaculação, migração dos espermatozoides, determinação natural do espermatozoide fecundador e penetração do espermatozoide no óvulo) por uma manipulação físico-química dos gametas em cultura. O processo pode ser descrito nas seguintes etapas: (i) a mulher é submetida a uma estimulação hormonal dos folículos ovarianos, de modo a produzir uma ovulação múltipla; (ii) os óvulos produzidos pela mulher são aspirados sob monitorização ecográfica via transvaginal; (iii) os óvulos são incubados e mantidos em cultura por cerca de quatro horas; (iv) o esperma do homem é colhido e manipulado para a seleção de espermatozoides; (v) os óvulos são fertilizados com os espermatozoides selecionados; (vi) os óvulos fertilizados (embriões) são observados e selecionados para implantação; (vii) os embriões selecionados são implantados no útero da mulher; (viii) os embriões excedentes e em boas condições são congelados (Disponível em: <http://www.clinicadale.com.br/fertilizacao_in_vitro.htm>; <<http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>> e <http://www.arquivoshellis.com.br/revista/03_030607/03_030607_ahellis_01.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2008). Na verdade, a denominação "fertilização in vitro" encobre duas grandes técnicas utilizadas nas clínicas de reprodução assistida: a fertilização in vitro convencional e a ICSI (sigla em inglês para

1400 Intracytoplasmic Sperm Injection – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóide). Na primeira, o
1401 laboratório coloca os espermatozoides selecionados no mesmo meio de cultura dos óvulos e a fecundação
1402 ocorre à semelhança do que se dá no corpo da mulher; na segunda, um único espermatozóide é escolhido
1403 e então injetado, através de um micro manipulador, diretamente no interior do óvulo. Com a super
1404 estimulação dos folículos ovarianos chega-se a produzir até quinze óvulos por ciclo, embora normalmente
1405 obtenham-se de cinco a dez. Todos os óvulos produzidos são tratados da forma convencional ou com a
1406 ICSI, sendo que 70% deles são fertilizados com sucesso. Considerando que para evitar o risco de gravidez
1407 múltipla um máximo de quatro embriões é implantado (item I.6 das Normas Éticas para a Utilização das
1408 Técnicas de Reprodução Assistida, baixadas pela Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina
1409 – CFM), não é raro haver embriões excedentes (óvulos fertilizados com sucesso e que não podem ser
1410 implantados). Estes embriões excedentes podem ser divididos em três grupos: embriões de boa qualidade,
1411 de média qualidade e embriões inviáveis para fins de reprodução. Os de alta qualidade e os de média
1412 qualidade, considerados viáveis para fins de reprodução, são em geral congelados para aproveitamento
1413 futuro (é comum a paciente não engravidar em um ciclo, vindo a tentar novamente a gravidez com os
1414 embriões que foram congelados ou simplesmente desejar um segundo filho se a primeira tentativa foi
1415 bem-sucedida). Os inviáveis são simplesmente descartados como lixo biológico (BACZKOWSKI et al.
1416 Methods of embryo scoring in in vitro fertilization. In: Reproductive Biology. v. 4. n. 1. p. 5 a 22). No Brasil
1417 não é diferente, a despeito da proibição constante de norma deontológica (Item V, 2, das Normas Éticas
1418 Para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida – Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de
1419 Medicina). Daí se vê a importância dos métodos de classificação embrionária na fertilização in vitro,
1420 porque é através deles que se determina o destino dos embriões produzidos. O critério mais comum é o
1421 morfológico e abrange o exame do aspecto do embrião nas fases de zigoto, de suas primeiras divisões e
1422 de blastocisto. Na fase do zigoto (assim chamado o óvulo imediatamente após a fecundação e antes de
1423 suas primeiras divisões), o estudo de Van Blerkom encontrou relação entre as taxas de gravidez e a
1424 simetria e dimensões do pro-núcleo, e também o número e a localização dos nucléolos. Scott e Tesarikse
1425 dedicaram à formulação de critérios classificatórios baseados nesses dados (cf. SCOTT et al. Morphology of
1426 human pronuclear embryos is positively related to blastocyst development and implantation. In: Human
1427 Reproduction, v. 15, 2000. p. 2394 a 2403; TESARIK et al. Embryos with high implantation potential after
1428 intracytoplasmic sperm injection can be recognized by a simple, non-invasive examination of pronuclear
1429 morphology. In: Human Reproduction v. 15, 2000. p. 1396 a 1399). Nas primeiras divisões do embrião
1430 (24 a 28 horas após a inseminação (FIV ou ICSI), a observação se volta para a simetria, a fragmentação e
1431 o número de células. Um embrião considerado de boa qualidade para fins de reprodução deve ter pelo

1432 menos quatro células (blastômeros) no segundo dia e oito no terceiro. Há critérios com quatro e cinco
1433 graduações. No Brasil, Donadio e outros (Caracterização da inviabilidade evolutiva de embriões visando
1434 doações para pesquisa de células-tronco. In: Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetria. 2005; 27(11):
1435 665-71) adotam um critério de quatro graduações, A, B, C e D, conforme os embriões sejam,
1436 respectivamente, aqueles simétricos e sem fragmentação; assimétricos ou com até 25% de fragmentação;
1437 com 25% a 50% do seu volume ocupado por fragmentos; e aqueles com 50% ou mais de fragmentação.
1438 A página da Clínica Magarinos Torres mostra critério similar, com fotografias (Disponível em:
1439 <<http://www.bebedeproveta.com/transferencia.htm>>). Por sua vez, o trabalho de Veeck (Atlas of human
1440 gametes and conceptuses, 1988) é exemplo de critério com cinco graduações, que também se vale do
1441 tamanho dos blastômeros. Por fim, o embrião na fase de blastocisto (cerca de quatro ou cinco dias após a
1442 fecundação) apresenta características peculiares, como a formação de uma massa central e uma
1443 concentração periférica de células e, em consequência, a sua análise morfológica pode utilizar outras
1444 observações, como a dureza do trofotoderma e a compactação. Nesse sentido, Garner e outros
1445 (Blastocyst score affects implantation and pregnancy outcome: towards a single blastocyst transfer. In:
1446 Fertility and Sterility 73. p 1155 a 1158) propõem uma classificação que leva em conta a massa central
1447 (ICM – inner cell mass), o número de células no trofotoderma e a compactação do blastocisto. Ainda que
1448 esses critérios tenham sido desenvolvidos para serem utilizados de forma autônoma, é praxe das clínicas
1449 de fertilização a sua conjugação como forma de obter uma seleção mais rígida. Mais recentemente, os
1450 especialistas têm dedicado atenção à velocidade de divisão do zigoto, critério que tem se mostrado
1451 bastante promissor para se chegar a uma identificação precisa de viabilidade (VAN MONTFOORT et al.
1452 Early cleavage is a valuable addition to existing embryo selection parameters: a study using single embryo
1453 transfers. In: Human Reproduction. v. 19, 2004. p. 2103 a 2108; TERRIOU et al. Relationship between
1454 even early cleavage and day 2 embryo score and assessment of their predictive value for pregnancy. In:
1455 Reproductive Biomedicine Online, v. 14, 2007. p. 294 a 299). E essa identificação precisa da viabilidade é
1456 exatamente a meta dos profissionais da reprodução assistida, uma meta que está cada vez mais próxima
1457 e que possibilitará que se alcance a gravidez com a transferência de um único embrião, evitando-se os
1458 riscos e as inconveniências da gravidez gemelar ou múltipla. Não é difícil perceber, todavia, que com a
1459 maior precisão na identificação da viabilidade e com a possibilidade da transferência de apenas um único
1460 embrião para o útero da paciente, um número ainda maior que o atualmente existente de embriões estará
1461 fadado ao congelamento, a não ser que os métodos de obtenção de óvulos sejam igualmente otimizados.
1462 Esse prognóstico não é animador porquanto indica aumento futuro do número de embriões em criogenia
1463 e, em consequência, do número de embriões desviados de seu destino original. Em paralelo às próprias

técnicas de reprodução assistida, um outro serviço é oferecido rotineiramente pelas clínicas do ramo: o diagnóstico genético pré-implantação. A PGD (da sigla em inglês para Preimplantation Genetic Diagnosis) é uma técnica que permite extrair uma única ou duas células de um embrião gerado in vitro de modo a submetê-la a um teste genético que é capaz de identificar algumas anomalias, todas cromossômicas e normalmente relacionadas com a formação dos gametas, isso sem a destruição do embrião. A técnica é utilizada no embrião que se encontra em suas primeiras divisões, quando suas poucas células são chamadas de blastômeros. Para fins de diagnóstico e quando não submetida a um exame na própria clínica de reprodução, a célula é desidratada e enviada em uma placa para o laboratório de análise. No padrão atual, é possível identificar vários tipos de anomalias, como monoploidias (23 cromossomos em lugar de 46 cromossomos), pluriploidias (triploidias – 69 cromossomos em lugar de 46 – e tetraploidias – 92 cromossomos em lugar de 46) e aneuploidias. Estas, ao contrário das demais, e talvez por não envolverem alterações numéricas em todos os pares de cromossomos, não impedem o nascimento com vida e geram indivíduos com síndromes bem identificadas. As mais comuns, e que podem ser diagnosticadas através da PGD, são a monossomia do cromossomo sexual, e que leva à síndrome de Turner (presente apenas o item X, nascem apenas indivíduos do sexo feminino); e as trissomias. Estas são: (i) a trissomia do cromossomo 13 (síndrome de Edwards); (ii) a trissomia do cromossomo 18 (síndrome de Patau); (iii) a trissomia do cromossomo 21 (síndrome de Down); e (iv) as trissomias do cromossomo sexual: (a) a síndrome de Klinefelter (cromossomo sexual XXy) e (b) a presença de um cromossomo sexual com a composição XXX. A página da autoridade inglesa responsável pela regulamentação das clínicas de reprodução e da pesquisa com embriões (Human Fertilisation and Embryology Authority – HFEA) mostra uma lista de 63 tipos de anomalias genéticas identificáveis através de PGD. Os métodos utilizados para o exame do blastômero são o PCR (do inglês Polymerase Chain Reaction), que permite a replicação de uma sequência de DNA para análise, e o FISH (do inglês Fluorescence in situ Hybridization), no qual os cromossomos são marcados com reagentes luminescentes. É claro que a adoção dessa técnica não deixa margem à ilusão. Se os embriões cujo diagnóstico é negativo são implantados e nascerão com a certeza de que não sofrerão das anomalias pesquisadas, é certo que aqueles cujo diagnóstico é positivo não serão escolhidos para implantação. Pior, serão, na grande maioria dos casos, simplesmente descartados. É a realidade da seleção genética, um grande fantasma da manipulação de embriões. As técnicas de manipulação de gametas e embriões desenvolvidas nas clínicas de reprodução assistida permitem atualmente a realização de diversos procedimentos de intervenção no processo de reprodução e desenvolvimento humanos, dos quais a seleção genética possibilitada pelo diagnóstico pré-implantação é apenas um dos mais simples. É hoje possível, por

1496 exemplo, a clonagem por divisão artificialmente provocada de embriões, a clonagem por intermédio da
 1497 transferência do núcleo de uma célula somática humana para um óvulo humano, a clonagem por meio da
 1498 transferência do núcleo de uma célula somática humana para um óvulo animal (sendo os dois últimos
 1499 processos variações do procedimento chamado SCNT (somatic cell nuclear transfer), o transplante
 1500 pronuclear (transferência do pro-núcleo de um óvulo fertilizado para um óvulo de terceiro cujo núcleo foi
 1501 retirado), a partenogênese de um óvulo humano, a criação artificial de quimeras (através da conjugação
 1502 de blastômeros obtidos de diferentes embriões), a ginogênese (transplante pro-nuclear utilizando apenas
 1503 o núcleo da mãe) e a androgênese (transplante pronuclear utilizando apenas o núcleo do pai) (cf.
 1504 Australian Government National Health And Research Council. Human Embryo – A Biological Definition,
 1505 2005. p. 16 a 19). O estudo de Fukuyama e Furger reporta o caso de um casal que concebeu três filhos
 1506 com a técnica da cocultura, pela qual o óvulo fertilizado in vitro foi cultivado por vários dias em tecido
 1507 animal, o que provavelmente terá transferido material genético animal para as crianças. Outro
 1508 experimento envolveu a produção artificial de uma quimera humana através da fusão de blastômeros de
 1509 dois embriões, um masculino e outro feminino. O teste, segundo o autor do estudo, visava demonstrar a
 1510 possibilidade de uma correção genética, mas foi considerado um engodo (op. cit., p. 87). Tudo isso
 1511 mostra que a experimentação científica parece não se conter em limites auto-impostos. As repercussões
 1512 do uso prático dessas técnicas transbordam do plano jurídico e das dificuldades de identificação parental
 1513 para atingir o marco definidor da espécie humana, com conseqüências sequer imaginadas. É claro que
 1514 para o cientista, no recôndito de sua curiosidade intelectual, aberto a experiências de toda ordem, o ideal
 1515 é a ausência de qualquer tipo de limitação para o desenvolvimento de suas pesquisas. Mas é preciso não
 1516 esquecer que ao lado da ciência biológica e das demais ciências exatas outras ciências interagem no
 1517 existir do homem. É o que ocorre com a filosofia, a ética, o direito. A interação dessas ciências é que
 1518 enseja a plenitude da vida humana. Por essa razão é que muitos estudos são dedicados hoje à bioética,
 1519 considerando-se necessariamente que a descoberta de hoje será ultrapassada no futuro, se nós
 1520 admitirmos, ao contrário de muitos filósofos, a divisão do tempo fora da existência do tempo presente.
 1521 Ademais, as limitações éticas ou filosóficas não significam redução da liberdade de pesquisar. Ao reverso,
 1522 podem significar confiança ilimitada na capacidade dos cientistas de alcançar resultados com menor risco,
 1523 relevando que a redução do risco é imperativa quando se trata de vida humana a partir da união dos
 1524 cromossomos ou, se assim preferirmos, a partir da necessidade de assegurar a dignidade humana.
 1525 Quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da inviabilidade
 1526 do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, abre campo minado para a eugenia, que
 1527 sob nenhum aspecto pode ser tolerada. Admitir que as clínicas de reprodução assistida sejam as

responsáveis pela identificação das alterações genéticas e morfológicas para descartar os embriões, equivale a investi-las de poder absoluto sobre o que pode, ou não, desenvolver-se autonomamente até o nascimento com vida. Esse poder, certamente, não nos pertence. O conceito de células-tronco não é objeto de controvérsias na comunidade científica, podendo ser adotada a definição dada pelo National Institute of Health, órgão governamental americano responsável pelas políticas federais de saúde: são células não especializadas, que têm a faculdade de se renovar mediante um processo autônomo de divisão e se caracterizam pela possibilidade de, sob certas condições fisiológicas ou experimentais, transformarem-se em células de função especializada, como células cardíacas ou produtoras de insulina (Stem cell basics. Disponível em: <<http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics1.asp>>. Acesso em 6 de março de 2008). O conceito é fundamentalmente o mesmo do Glossário da International Society for Stem Cell Research (ISSCR): Células que têm a dupla capacidade de se autorrenovar (produzir mais células-tronco por divisão celular) e de se transformarem em células maduras e especializadas. (Disponível em: <<http://www.isscr.org/public/glossary.htm#stem>>. Acesso em 7 de março de 2008.) E também da European Molecular Biology Organisation (EMBO): Célula-Tronco – Célula que pode produzir continuamente células-filhas idênticas e tem a capacidade de produzir células-filhas com diferentes e mais específicas propriedades. (Cf. SMITH, Austin. A glossary for stem cell biology. In: Stem Cell Research – Status, Prospects, Prerequisites. EMBO, 2006. p. 75.) Dois são os tipos de células-tronco de acordo com sua origem, ou fonte: as células-tronco embrionárias e as células-tronco adultas. Estas, é importante que se diga, são extraídas de tecidos já desenvolvidos, como pele, sangue, intestinos e músculos e também do cordão umbilical. Têm sido assim chamadas exatamente para diferenciá-las das células-tronco embrionárias, obtidas de embriões. Quanto às últimas, vale anotar que são obtidas de embriões oriundos de processos de fertilização assistida e não de fertilização natural. Vale transcrever a definição do NIH no já citado Stem Cell Basics mostrando que as células-tronco embrionárias “são derivadas de embriões. Mais precisamente, células-tronco embrionárias são derivadas de embriões que se desenvolveram de óvulos fertilizados in vitro – em uma clínica de fertilização in vitro – e posteriormente doados para fins de pesquisa com o consentimento informado dos doadores. Elas não são derivadas de óvulos fertilizados no corpo de uma mulher. Os embriões dos quais derivam as células-tronco embrionárias têm, em regra, cinco ou seis dias de existência e são uma microscópica bola de células chamada blastocisto”. (Disponível em: <<http://stemcells.nih.gov/info/basics/basics3.asp>>. Acesso em 7 de março de 2008.) Na enciclopédia eletrônica Medline Plus, as células-tronco embrionárias “são obtidas tanto de fetos abortados quanto de óvulos fertilizados decorrentes da fertilização in vitro (FIV). Elas são úteis para finalidades médicas e de pesquisa, pois são capazes de produzir células para quase todos os tecidos do corpo”. As células-tronco

adultas, por sua vez, “não são tão versáteis para fins de pesquisa por serem específicas de certos tipos de célula, como as sanguíneas, intestinais, epidérmicas e as musculares”. (Disponível em: <<http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/007120.htm>>. Acesso em 7 de março de 2008.) E no Glossário do ISSCR, as células-tronco adultas são “encontradas em diferentes tecidos do organismo adulto desenvolvido e que permanecem em um estado de não especialização. Essas células podem gerar células especializadas do tecido do qual foram obtidas, ou seja, uma célula-tronco cardíaca pode gerar uma célula de função muscular cardíaca, mas ainda não está claro se podem gerar todos os tipos de célula do corpo”. As células-tronco embrionárias, segundo o Glossário, “são células derivadas do aglomerado interior de células do blastocisto. Uma célula-tronco embrionária é Autor-renovável (pode se autorreplicar), pluripotente (pode formar todos os tipos de célula encontrados no corpo) e, em tese, imortal”. (Disponível em: <<http://www.isscr.org/public/glossary.htm#stem>>. Acesso em 7 de março de 2008.) A obtenção da primeira linhagem de células-tronco de embrião humano, em 1998, é atribuída a James Thomson e sua equipe (THOMSON et al. Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts. In: Science. v. 282, 1998). A fonte das células das quais derivaram as linhagens obtidas é o embrião na fase de blastocisto, quatro ou cinco dias após a fertilização. O método para obtenção é derivado daquele utilizado em camundongos desde 1981 e é descrito com detalhes no requerimento da patente ao Registro de Patentes dos Estados Unidos da América, envolvendo a extração de parte da massa central celular (ICM – inner cell mass) do blastocisto (Claim. Item 9. United States Patents Office, appl. n. 9/106390, 26-6-1998). Com isso, o trofotoderma é removido e o embrião é desagregado, destruído. Esse é o método comumente utilizado para a obtenção de células-tronco embrionárias. Pode-se dizer que é o método padrão e através dele é que foi obtida a grande maioria das linhagens atualmente disponíveis. Por isso é que a obtenção de células-tronco embrionárias é associada à destruição do embrião. Como se vê, a principal diferença apontada entre as células-tronco embrionárias e as adultas, no que se refere a sua capacidade terapêutica, reside na flexibilidade ou plasticidade. O art. 3º da Lei 11.105/2005, sob exame, indica essa característica ao conceituar as células-tronco embrionárias como “células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer organismo”. Sem sombra de dúvida, há praticamente um consenso quanto às expectativas despertadas pelas células-tronco embrionárias, mas é bom deixar claro que a promessa a elas atribuída não tem, pelo menos ainda, garantia de concretização. Nesse sentido, o respeitado cientista Stevens Rehen, em entrevista concedida ao Instituto Virtual de Células-Tronco, acredita “ser precoce qualquer sugestão de aplicação terapêutica de células-tronco embrionárias humanas”. (Disponível em: <http://www.ivct.org/index.php?option=com_content&task=view&id=38&Itemid=2>. Acesso em 26 de

1592 maio de 2008.) São pertinentes as palavras do deputado da Assembleia Nacional francesa, Pierre-
1593 LouisFagniez, ao assinalar que as "células-tronco adultas, as células-tronco embrionárias e a clonagem
1594 terapêutica são incontestavelmente os grandes personagens da pesquisa atual. Eles cativam a sociedade e
1595 alimentam um imaginário que fascina os homens desde a Antiguidade: o da regeneração, caminho para a
1596 imortalidade. Um grande prêmio literário não foi atribuído a um romance que versava justamente sobre o
1597 tema da clonagem? As pesquisas nesse domínio bastante sensível suscitam reações passionais,
1598 constituídas de esperança e de angústias. Chamadas a revolucionar a medicina regenerativa, elas
1599 poderiam levar a terapias de um novo século. Mas previsões não são antevistas: ainda que
1600 verossimilhanças, é bem difícil de antecipar seus resultados. A razão e a emoção se misturam sempre,
1601 confundindo os argumentos que derivam de verdades científicas ou meras convicções". (Cellules souches
1602 et choix éthiques – rapport au premier ministre. p. 5, grifou-se.) É importante afirmar e reafirmar que a
1603 qualidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para a investigação científica não pode ser
1604 desconsiderada. Nem nos cabe fazer, sob nenhum ângulo, avaliações científicas sobre o assunto. Isso
1605 quer dizer, no meu entender, que a comparação entre as duas fontes de células-tronco não é argumento
1606 a ser considerado para o julgamento da presente ação. Muito menos a tentativa de desqualificação da
1607 pesquisa com células-tronco embrionárias, considerando que os cientistas trabalham com a perspectiva de
1608 melhores resultados com esse tipo celular. O que se examina, repita-se, é se o método de obtenção
1609 dessas células através da destruição do embrião pode ser admitido. A menção comparativa das células-
1610 tronco diante do estado atual das pesquisas com cada um de seus tipos releva apenas para o
1611 cumprimento do dever de esclarecimento que entendo necessário no desenvolvimento do meu raciocínio.
1612 Um levantamento das últimas notícias publicadas em páginas especializadas da internet, como Publimed,
1613 Nature, New Scientist e Bio-Medicine, mostra que algumas pesquisas com células-tronco adultas já
1614 resultam em determinadas terapias, enquanto que as pesquisas com células-tronco embrionárias
1615 humanas, mesmo que bastante promissoras, ainda se encontram, até mesmo pelo curto tempo de
1616 existência, em fase inicial. No caso de células-tronco adultas, além do transplante de medula óssea, que
1617 serve para combater a leucemia e os linfomas, já se noticiam resultados, ainda que modestos, no
1618 tratamento de algumas doenças cardíacas, foi o que constatou o Dr. RichardK. Burt, da Faculdade
1619 Feinberg de Medicina da Northwestern University, ao analisar centenas de estudos realizados entre janeiro
1620 de 1997 e dezembro de 2007, dos quais 323 avaliaram viabilidade e toxicidade e 69 avaliaram resultados
1621 em pacientes. Em 17 estudos envolvendo 1.002 pacientes que sofreram ataques cardíacos, 16 deles, com
1622 493 pacientes, mostraram evidências sugerindo que o transplante de células-tronco adultas levou a
1623 modestas melhoras na função cardíaca. (Disponível em: <

1/Adult-Stem-Cells-Help-Those-With-Immune-Disorders-Heart-Disease-12798-1/>; v. tb. The Journal of American Medical Association, v. 299, n. 8, de 27 de fevereiro de 2008.) No Brasil, o Dr. Julio César Voltarelli, defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias, avança no tratamento do diabetes mellitus, como ele mesmo teve a oportunidade de registrar na audiência pública de 20-4-2007. Além dele, e entre outros: (a) o Dr. Adalberto Luiz Rosa, na Universidade de São Paulo, unidade de Ribeirão Preto, investiga a utilização de células-tronco derivadas de medula óssea na reparação de tecidos ósseos; (b) o Dr. Alfredo de Miranda Góes, na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), tenta promover a osteogênese usando células-tronco mesenquimais humanas; (c) no Centro de Pesquisa Gonçalo Muniz, da Fiocruz, busca-se a terapia com células-tronco de medula óssea em indivíduos portadores de mielopatia associada à infecção por HTLV-1 e de traumatismo agudo; (d) na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), o Dr. Clodomiro Alves Júnior tenta a diferenciação, a adesão e a proliferação de células-tronco de cordão umbilical em biomateriais com superfícies modificadas; (e) o Dr. Hans Jurgen Fernando Dohmann pesquisa, no Centro de Ensino e Pesquisa do Pró-Cardíaco (PROCEP), o transplante autólogo de células mononucleares da medula óssea – angiogênese na cardiopatia isquêmica; (f) o Dr. Ibsen Bellini Coimbra tenta a indução de condrogênese a partir de células-tronco de cordão umbilical; (g) na PUC do Rio Grande do Sul, o Dr. Jaderson Costa Dacosta busca o transplante de células-tronco da medula óssea para tratamento do processo neurodegenerativo induzido por epilepsia, enquanto o Dr. Jefferson Luis Braga da Silva tenta a utilização de células-tronco adultas no tratamento de cicatrizes queloidianas e de lesões nervosas periféricas; (h) o Dr. Ricardo Ribeiro dos Santos, da Fiocruz, trabalha com células-tronco adultas do fígado com vistas à reparação de tecidos desse órgão; (i) a Dra. Maria Eugênia Leite Duarte, na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), tenta utilizar células-tronco mesenquimais no reparo da osteonecrose e na reconstrução de perdas ósseas; e (j) também relacionada a cardiopatias, a pesquisa de Renato Abdala Karam Kalil (transplante autólogo de células-tronco da medula na miocardiopatia dilatada não isquêmica – Instituto de Cardiologia do Rio Grande do Sul/Fundação Universitária de Cardiologia (IC-FUC)). A imprensa noticiou há poucos dias que cientistas da PUC do Paraná, em parceria com a Santa Casa de Misericórdia de Curitiba e a Fundação Oswaldo Cruz, do Rio, conseguiram criar vasos capilares através do uso de células-tronco adultas extraídas do cordão umbilical (O Estado de São Paulo, edição de 14-5-2008, p. A47). No que concerne às células-tronco embrionárias, em um dos artigos mais citados pelos estudiosos na área biotécnica, os autores dão conta de que, no período entre 1º-1-1998 e 31-12-2005, 315 relatos de pesquisas com essas células foram publicados, dos quais 28% diziam respeito à sua diferenciação em células ou tecidos especializados, enquanto outros 27,5% à sua caracterização molecular. Outros 33% relacionavam-se à derivação de linhagens ou ao desenvolvimento de melhores

técnicas de cultura (GUHR, Anke et al. Current state of human embryonic stem cell research: an overview of cell lines and their use in experimental work. Stem Cells, 2006). As notícias acerca de pesquisas com células-tronco embrionárias extraídas da página Bio-Medicine, em 13-3-2008, confirmam esse quadro, anunciando experimentos em fase de testes que podem levar a terapias para inibir melanomas; curar a diabetes, tendo sido criadas células produtoras de insulina; tratar derrames; reparação do tecido muscular cardíaco; recriar cartilagem; e contra a catarata (exemplos foram retirados da página Bio-Medicine.org. Disponível em: <<http://news.bio-medicine.org/medicine.asp?s=Stem%20Cell%20Research&w=Stem%20Cell&page=1&i=1>>). No Brasil, atualmente, são desenvolvidas as seguintes pesquisas relacionadas com células-tronco embrionárias humanas: (a) no Instituto Nacional de Cardiologia de Laranjeiras e na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), o Dr. Antonio Carlos Campos de Carvalho busca mecanismos de diferenciação e uso terapêutico; (b) na Universidade Federal de Goiás, a Dra. Lídia Andreu Guillo testa o uso de nanopartículas magnéticas na expansão in vitro dessas células; (c) a Dra. Lygia Pereira, no Laboratório de Genética Molecular da Universidade de São Paulo (USP), tenta estabelecer novas linhagens; (d) também na USP, a Dra. Mari Cleide Sogayar testa o uso de células-tronco embrionárias no reparo de lesões em doenças degenerativas (diabetes, hepatopatias, neuropatias, lesões ósseas e lesões renais); e (e) no Rio de Janeiro, o Dr. Stevens Kastrop Rehen, no Laboratório de Neurogênese e Diferenciação Celular da UFRJ, busca o controle da aneuploidia e a diferenciação neural. Aliás, é importante que se registre o empenho e a seriedade dos respeitados pesquisadores que atuam na UFRJ, vencendo dificuldades materiais, como o próprio Dr. Stevens e os Doutores Radovan Borojevic e Cláudia Maria de Castro Batista, Pós-Doutora em Neurociências pela Universidade de Toronto, Canadá, e responsável pelo estudo de células-tronco neurais em modelos pré-clínicos e em doenças neurodegenerativas. Muito importante é o registro da descoberta de Shinya Yamanaka, cientista da Universidade de Kioto, Japão. Ele conseguiu, em novembro de 2007, transformar células-tronco adultas em células de caráter pluripotente, ou seja, equiparáveis às células-tronco embrionárias, através do que se chamou de "reprogramação celular", um método alternativo que vem sendo considerado bastante promissor e capaz de suplantar, como fonte de células-tronco pluripotentes, o método corrente. Algum tempo depois, cientistas americanos igualaram o feito, um deles o próprio Dr. James Thomson. Embora ambos afirmem que ainda levará certo tempo para que essas células possam ser usadas da mesma forma que as células embrionárias, James Thomson, que confessou ter sempre se preocupado com as implicações éticas das pesquisas com embriões, prevê que "daqui a uma década, isso [a problemática das pesquisas com células-tronco embrionárias] será apenas uma histórica nota de rodapé". A propósito das descobertas, o Dr. Ian Wilmut, criador da ovelha "Dolly", acabou declarando que iria abandonar as pesquisas com

1688 transferência nuclear para se dedicar à reprogramação celular. De todos os modos, não é razoável, como
1689 já acentuei, sob nenhum ângulo, desqualificar a qualidade das células-tronco embrionárias, reconhecidas
1690 cientificamente como de maior espectro para as pesquisas com objetivo terapêutico. A circunstância de
1691 oferecerem maior risco carcinogênico do que as células-tronco adultas não quer dizer que estas não sejam
1692 suscetíveis de riscos assemelhados. A questão, portanto, está assentada no plano científico, a cargo dos
1693 pesquisadores, não nos cabendo analisar ou avaliar. No atual contexto, os avanços e resultados
1694 diariamente obtidos nas pesquisas com células-tronco adultas e embrionárias ora aumentam, ora reduzem
1695 as diferenças entre um e outro tipo e, por conseguinte, as suas reais possibilidades de aplicação
1696 terapêutica. Por isso, segundo boa parte dos cientistas, ainda não seria interessante abandonar uma ou
1697 outra linha de pesquisa. Permanece, então, no presente estado da ciência, uma divisão intransponível, que
1698 subjaz a este julgamento: para serem obtidas as células-tronco embrionárias, segundo o método adotado
1699 como padrão, o embrião humano é destruído, o que é inaceitável para muitos. Do debate que vem sendo
1700 travado em praticamente todo o mundo ocidental, colhem-se argumentos de diferentes naturezas,
1701 favoráveis e contrários às pesquisas com embriões em geral e com células-tronco embrionárias em
1702 particular. Os argumentos favoráveis às pesquisas são geralmente: (i) o custo da destruição do embrião é
1703 coberto pelos benefícios a serem obtidos; (ii) o embrião não é apenas um aglomerado de células, mas não
1704 tem o mesmo valor que o ser humano vivo ou mesmo o feto; (iii) considerando que são embriões
1705 excedentes de um processo de FIV e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas
1706 só traria benefícios; (iv) as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas.
1707 Por sua vez, os argumentos contrários às pesquisas amparam-se: (i) na premissa de que o óvulo
1708 fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo,
1709 já é vida humana; (ii) na existência de métodos alternativos de pesquisa que dispensariam a destruição do
1710 embrião; (iii) na existência de insubsistências nas pesquisas com células-tronco embrionárias; (iv) na
1711 superestimação das potencialidades dessas pesquisas. No meu entendimento, a valoração do embrião é
1712 crucial para o debate. De fato, a se entender que não tem nenhum valor especial, pelo menos um valor
1713 diverso do que aquele de um conjunto de células em cultura, todos os empecilhos éticos desapareceriam.
1714 A conclusão não é muito diversa se a medida desse valor supera a de um grupo de células, mas não
1715 alcança aquela de um ser humano formado ou mesmo de um feto. Sua destruição, nessa visão, não
1716 passaria da eliminação de um material biológico. É essa, por exemplo, a visão de Fukuyamae
1717 Furgerquando anotam que “nós não partimos de uma posição pró-vida. Nós acreditamos que os embriões
1718 humanos têm um status moral intermediário. Eles não são moralmente equivalentes aos recém-nascidos;
1719 a destruição de um embrião para nós não se compara a um homicídio” (op. cit., p. 44/45). O problema

1720 ganha corpo e substância quando se entende que o embrião tem um valor idêntico ao de um ser humano
1721 já nascido. Jürgen Habermas, como de hábito, estuda em profundidade esse tema, merecendo destacado
1722 o trecho que exhibe a polaridade que o assunto provoca: Um lado descreve o embrião no estágio prematuro
1723 de desenvolvimento como um "amontoado de células" e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a
1724 quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera
1725 a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já
1726 individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente
1727 determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa em potencial e como um portador de
1728 direitos fundamentais. (O futuro da natureza humana. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 44.) Uma
1729 alegoria filosófica bem antiga torna-se apropriada neste tema: o Paradoxo Sorites, atribuído ao filósofo de
1730 Mégara Eubulides de Mileto e popularizado pelos estoicos, talvez inspirado por Zenão de Eleia, também
1731 referido por Aristóteles, que autoriza um questionamento sobre a fluidez dos conceitos. Um grão de areia
1732 forma um monte de areia? Dois grãos? Três? Um milhão? Talvez sim. Indaga-se, então, em que momento
1733 a adição de um único grão de areia origina o monte. Os problemas que se encaixam nesse paradoxo
1734 podem ser geralmente resolvidos adotando-se uma convenção. E é isso que muitos se propõem a fazer,
1735 com base em alguns eventos bem identificados durante o processo de reprodução humana: blastocisto,
1736 formação da linha primitiva, nidação, movimento, nascimento etc. Em Roe vs Wade, Justice Harry
1737 Blackmun adotou uma dessas convenções. Não para determinar o início da vida, mas para estabelecer em
1738 que momento passaria a existir um direito do feto à vida, inviolável mesmo em contraste com o direito da
1739 mãe. De certa forma, foi o que fez o douto Ministro Carlos Britto ao comparar a vida do embrião
1740 preservado em laboratório com a vida do embrião implantado no útero de uma mulher e a vida de um
1741 recém-nascido (vida biográfica), para não reconhecer ao primeiro um direito absoluto à sua preservação.
1742 Leia-se: (...) as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa
1743 humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o
1744 produto final dessa metamorfose. (Grifos originais.) A idéia da metamorfose, contudo, é desafiada pelos
1745 que valorizam o embrião. Um dos principais argumentos em contrário é amparado em estudos que
1746 indicam haver diversos estágios contínuos no processo de desenvolvimento embrionário e fetal, não sendo
1747 possível isolar as etapas e, portanto, considerar algumas mais importantes que outras. Essa visão não
1748 seria, assim, fruto de uma crença ou de um dogma, mas de uma inferência lógica a partir dos dados que
1749 informam o processo de reprodução humana. Nessa linha, fixar um marco por convenção, ao meu sentir,
1750 não passaria de uma escolha arbitrária. A dificuldade do problema fica clara quando são analisadas as
1751 decisões tomadas pelos diversos países do mundo sobre o tema, o que mostra sua universalidade e sua

[JC60] Comentário: 4, 1

desvinculação da dogmática religiosa. O dissenso em escala global impediu que a Organização das Nações Unidas (ONU) regulamentasse as pesquisas com células-tronco embrionárias, limitando-se a divulgar, em 8-3-2005, uma declaração sobre a clonagem humana, que foi rejeitada por diversos países, entre os quais o Brasil, por conta da alegada ambigüidade do termo “vida humana”, que poderia impedir a clonagem terapêutica, método adotado por algumas nações e do qual deriva, segundo muitos, um organismo em nada diferente de um embrião (Declaração das Nações Unidas sobre Clonagem Humana, 59ª Assembleia Geral; 82ª Reunião, item 150 – Disponível em: <<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/493/06/PDF/N0449306.pdf?OpenElement>>). A União Europeia não fugiu ao debate, mas tampouco obteve o consenso de seus membros quanto a uma posição única e, por decisão de 25-4-2007, deixou os Estados-membros livres para autorizar ou proibir as pesquisas com células-tronco embrionárias, o que se interpretou como estímulo ao desenvolvimento de pesquisas inovadoras (cf. *Le Monde*, edição de 27-4-2007). Assim, a Europa se divide exatamente entre os países que proíbem e os que autorizam as pesquisas com células-tronco embrionárias, sendo que estes últimos praticam diferenciados graus de intervenção na respectiva regulamentação. Alinham-se entre os países que proíbem as pesquisas a Alemanha, a Itália, a Áustria e a Polônia (*Cellules souches et choix éthiques*. p. 140-3; e *Beyond bioethics – a proposal for modernizing the regulation of human biotechnologies*. Também <<http://www.mbbnet.umn.edu/scmap.html>>).

Na Alemanha, a proibição é a regra, mas, excepcionalmente, é admitida a importação e a utilização de células-tronco embrionárias, desde que: (i) tais células-tronco tenham sido obtidas até determinada data no país de origem, de acordo com a legislação respectiva, e tenham sido preservadas em cultura ou por meio de métodos criogênicos (a data-limite prevista originalmente era a de 1º de janeiro de 2002, tendo sido revista recentemente para 1º de maio de 2007 (Parlamentares Alemães Diminuem Restrições Sobre Células-Tronco, *O Estado de São Paulo*, 11-4-2008); (ii) os embriões dos quais se originaram tenham sido obtidos através de fertilização in vitro conduzida por médico e com o propósito de induzir a gravidez, não servindo mais a esse fim por razões inerentes ao próprio embrião; (iii) nenhum pagamento ou outra vantagem patrimonial tenha sido prometido em troca da doação desses embriões; (iv) a pesquisa seja aprovada pela agência competente, mediante análise da descrição do projeto e da compatibilidade de suas razões científicas com o objetivo de (a) gerar conhecimento em pesquisa básica ou (b) desenvolver métodos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos a serem aplicados a seres humanos; (v) o objeto da pesquisa já tenha esgotado todos os meios envolvendo células animais ou experimentos com animais; (vi) o conhecimento científico a ser obtido não possa ser alcançado senão através do uso de células-tronco embrionárias; (vii) tais células-tronco sejam aquelas registradas em um registro público, cientificamente

reconhecido, mantido por agências governamentais ou agências autorizadas pelo respectivo governo; e (viii) receba a aprovação de um comitê ético (Stem Cell Act – Stammzellgesetz – StZG, 28 de junho de 2002). A autorização ainda pode ser concedida por tempo limitado. De acordo com a Lei de Proteção ao Embrião, de 1º de janeiro de 1991 (Gesetz Zum Schutz Von Embryonem), só é permitida a fertilização de três óvulos por ciclo e também não se permite a implantação de mais de três embriões. A legislação alemã foi novamente submetida ao Parlamento neste ano, tendo sido elaborados quatro modelos básicos de regulamentação: o que mantinha o modelo atual; o que previa a liberação de todas as pesquisas e formas de manipulação do embrião; o que buscava a proibição integral; e, finalmente, o que foi aprovado, contendo apenas uma extensão do termo final de congelamento dos embriões admitidos para pesquisa (Germany eases stem cell restrictions. Deutsche welle. Disponível em: <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,3259556,00.html?maca=en-kalenderblatt_topthema_englisch-347-rdf>. Acesso em: 11 de abril de 2008). A França, através de lei de 6 de agosto de 2004 (Lei 2004-800 – Relative à la Bioéthique), adotou uma interessante posição. Embora mantendo o princípio de proibição de pesquisas com células-tronco embrionárias estabelecido desde a Lei de Saúde Pública de 1994, concedeu uma permissão temporária, uma moratória de cinco anos, contada da data de publicação do decreto regulamentar de 7-2-2006, ou seja, até 2011. Até lá, as pesquisas dependem dos seguintes requisitos: (i) devem se dar a partir de embriões oriundos de FIV para fins de procriação, que não sejam mais objeto de um projeto parental; (ii) devem se destinar a projetos terapêuticos significativos; (iii) não podem ser substituíveis por métodos alternativos de eficácia comparável; e (iv) devem ser autorizadas pela Agence de la Biomédecine (ABM) após ouvido o conselho de orientação (Cellules souches et choix éthiques. p. 174/175; Agence de la Biomédecine – página na Internet: <<http://www.agence-biomedecine.fr/fr/index.aspx>>). Dentre os países que autorizam a pesquisa, destacam-se, na Europa, a Grã-Bretanha, a Bélgica e a Suécia. A Grã-Bretanha regula as pesquisas com células-tronco embrionárias desde 1990, com a edição do Human Fertilisation and Embriology Act – HFE (§ 11(1) c e Anexo 2, § 3), sobressaindo-se por já não proibir sequer a clonagem terapêutica e a criação de embriões para fins de pesquisa. Exerce papel fundamental no sistema britânico a autoridade criada pelo HFE (Human Fertilisation and Embriology Authority – HFEA). Suas principais atribuições são: (i) conceder licenças para fiscalizar as clínicas de reprodução assistida que utilizem de processos de fertilização in vitro (FIV); (ii) conceder licenças para funcionamento dos centros de pesquisa com embriões humanos e fiscalizá-los; (iii) conceder licenças e fiscalizar os bancos de estocagem de gametas e embriões; (iv) manter um registro de doadores de gametas, tratamentos de fertilização e crianças nascidas desses tratamentos; e (v) elaborar um código de conduta a ser observado pelas clínicas de reprodução assistida e centros de pesquisa.

Existem rigorosos controles de acompanhamento (relatórios periódicos devem ser enviados às autoridades de seis em seis meses), de necessidade (as pesquisas não serão autorizadas, por exemplo, se podem ser substituídas por aquelas com células-tronco de animais ou adultas) e de objetivos (as pesquisas devem buscar a implementação de técnicas de tratamento de esterilidade ou de diagnóstico de doenças hereditárias, o conhecimento relativo a abortos espontâneos, o desenvolvimento de técnicas de contracepção mais eficazes e de detecção de anomalias cromossômicas hereditárias, o conhecimento do desenvolvimento dos embriões e o tratamento de doenças graves – Anexo 2, § 3(2)). A despeito da liberalidade do legislador, que admite até mesmo a fertilização de óvulo animal com espermatozóide humano (Anexo 2, §1(1)f e § 3(5)), as proibições não deixam de ser enumeradas, demonstrando a preocupação com o sempre real e iminente perigo de utilização indevida do material de pesquisa. Assim, por exemplo: (i) introduzir no útero de uma mulher um embrião que não seja humano ou gametas que não sejam humanos; (ii) guardar ou manipular embriões após o aparecimento da linha primitiva (14 dias); e (iii) substituir o núcleo celular de um embrião com o núcleo de outro embrião ou de outra pessoa (§ 3(3)). Atualmente, está em discussão no Parlamento uma revisão do HFE, apelidada de Human Fertilisation and Embryology Bill, que pretende ampliar ainda mais as possibilidades de pesquisa com embriões. Uma das mais destacadas envolve a criação de embriões híbridos (DNA humano em citoplasma de vaca) para lidar com a escassez de células-tronco para pesquisa, ensejando a criação de novas linhagens (Disponível em: <<http://services.parliament.uk/bills/2007-08/humanfertilisationandembryology.html>>). A Suécia também se destaca ao permitir, desde 1991, as pesquisas diretamente com os próprios embriões (também até o seu 14º dia de existência e vedada sua implantação) e a partir de 2005 com as células-tronco embrionárias, desde que autorizadas por um comitê ético que determina, antes de cada pesquisa, um estudo sobre seus benefícios e riscos (Cellules souches et choix éthiques. p. 137). A Espanha, que em 2003 editou uma lei que restringia as pesquisas com embriões que já estivessem congelados até aquele ano, editou, em 26 de maio de 2006, a Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, levantando essas restrições e deixando aos pais biológicos a decisão sobre sua utilização. Esse país foi mais além e se juntou à Grã-Bretanha, Suécia e Bélgica na lista de países que admitem a clonagem terapêutica. Interessante é a preocupação no sentido de que “el tratamiento deberá evitar la gestación múltiple, la práctica de la reducción embrionaria y la generación de preembriones supernumerarios”, limitando a implantação a três pré-embriões (considerados os óvulos fecundados com até quatorze dias de existência). A imposição da lei anterior, que limitava a fecundação a um máximo de três ovócitos por ciclo foi retirada. Na Bélgica, a lei de 11 de maio de 2003 (loi relative à la recherche sur les embryons in vitro) admitiu a pesquisa com embriões em cultura, desde que: (i) tenha objetivo terapêutico ou de contribuição

1848 para o conhecimento em matéria de fertilidade, de esterilidade ou de formação de órgãos e tecidos; (ii)
1849 seja baseada nos conhecimentos científicos mais atualizados e satisfaça as exigências de uma metodologia
1850 correta de pesquisa científica; (iii) seja efetuada em um laboratório autorizado, ligado a um programa
1851 universitário de medicina reprodutiva; (iv) seja supervisionada por um médico especialista ou um doutor
1852 em ciências; (v) os embriões tenham até quatorze dias de existência sem congelamento; e (vi) não
1853 existam outros métodos de pesquisa alternativos com eficácia comparável. Exige-se, ainda, o
1854 consentimento prévio dos doadores. A criação de embriões in vitro somente é autorizada se o objetivo da
1855 pesquisa não for alcançável com os embriões excedentes (Disponível em: <[http://www.staatsbladclip.be/](http://www.staatsbladclip.be/lois/2003/05/28/loi-2003022592.html)
1856 [lois/2003/05/28/loi-2003022592.html](http://www.staatsbladclip.be/lois/2003/05/28/loi-2003022592.html)>). Em Portugal, a Lei 32/2006, de 26 de julho, permitiu, através de
1857 seu art. 9º, as pesquisas com embriões, sempre que observadas as condições ali estabelecidas, como a
1858 proibição da criação de embriões e da investigação científica para fins outros que não a prevenção, o
1859 diagnóstico ou a terapia de embriões, aperfeiçoamento das técnicas de reprodução assistida e para a
1860 constituição de bancos de células-tronco para transplante ou quaisquer outras finalidades terapêuticas. O
1861 uso de embriões para pesquisa somente será admitido se for razoável esperar que resulte em benefício
1862 para a humanidade. A pesquisa, de todo modo, deverá ser previamente apreciada e aprovada pelo
1863 Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Nos Estados Unidos, como se sabe, os Estados
1864 federados estão livres para baixar suas próprias políticas, havendo restrição apenas no que se refere ao
1865 financiamento público federal. Nessa linha, proíbem quaisquer pesquisas envolvendo embriões os Estados
1866 da Flórida, Louisiana, Maine, Michigan, Minnesota, Dakota do Norte, Pensilvânia e Dakota do Sul.
1867 Permitem-nas, com exceção da transferência celular, os Estados de Arkansas, Indiana, New Hampshire e
1868 Virgínia. Além desses, e permitindo a transferência celular, os Estados da Califórnia, Connecticut, Illinois,
1869 Iowa, Maryland, Massachussets, Missouri, Nova Jersey e Rhode Island. Financiamentos públicos são
1870 expressamente proibidos nos Estados do Arizona, Geórgia, Michigan, Missouri e Nebraska; e permitidos na
1871 Califórnia, Connecticut, Illinois, Maryland, Nova Jersey, Ohio e Virgínia (Disponível em:
1872 <http://www.hinxtongroup.org/usa_map.html>). Há registro de que a Califórnia tenha aprovado um
1873 investimento total de três bilhões de dólares nas pesquisas com células-tronco embrionárias (Disponível
1874 em: <<http://www.mbbnet.umn.edu/scmap.html>>). O Canadá editou, em 29 de março de 2004, um ato
1875 (Assisted Reproduction Act) que autoriza as pesquisas com embriões e que também impõe alguns
1876 requisitos, destacando-se a exigência de consentimento informado (Disponível em: <[http://www.hc-](http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/index_e.html)
1877 [sc.gc.ca/hl-vs/reprod/index_e.html](http://www.hc-sc.gc.ca/hl-vs/reprod/index_e.html)>). Na Ásia, Japão, China, Coreia do Sul e Cingapura autorizam tanto a
1878 pesquisa com embriões quanto a clonagem terapêutica, sendo que, no primeiro, apenas uma instituição (a
1879 Universidade de Kioto, através de seu Stem Cell Research Center) está autorizada a produzir linhagens de

1880 células-tronco embrionárias. A Austrália, por fim, adota um critério, chamado por Fukuyama e Furger (op.
1881 cit.) de "autorregulamentação regulamentada" (p. 153), que autoriza a pesquisa com embriões, mas
1882 restringe uma série de técnicas. O que se verifica no direito comparado é que há preocupação não apenas
1883 quanto à definição do estatuto do embrião, mas também quanto às consequências do progresso das
1884 técnicas de manipulação genética e celular, especialmente aquelas relacionadas ao uso de gametas e de
1885 embriões. Questões como seleção de sexo, comercialização de gametas e embriões, diagnóstico genético
1886 pré-implantação, clonagem reprodutiva, aperfeiçoamento genético, cisão de embriões, criação de
1887 embriões para fins de pesquisa e experimentos com quimeras mostram que há um universo de
1888 possibilidades e riscos que não pode ser desprezado. Será possível deixar de enxergar a gravidade do
1889 cenário montado, por exemplo, pelas técnicas de diagnóstico genético de embriões, em que se torna
1890 possível selecionar geneticamente aqueles que mereçam seguir adiante, descartando os demais porque
1891 portadores de defeito genético? Isso quer dizer que é possível descartar aqueles embriões em que se
1892 diagnostica a trissomia do cromossomo 21, como se os portadores da Síndrome de Down não tivessem o
1893 direito de viver. A busca da eugenia, da raça pura, do ser humano programado em laboratórios, não é,
1894 certamente, um ideal para a humanidade. Ao contrário, a diversidade que torna iguais os desiguais e
1895 transplanta a noção de igualdade para o tratamento jurídico dos desiguais como iguais na sua diversidade
1896 é um valor ético que não pode ser menosprezado. Observo, desde logo, que na lei brasileira sob exame
1897 não existe nenhum protocolo para orientar os procedimentos, que são hoje integralmente liberados
1898 ensejando os grandes riscos da má utilização que os contemporâneos do século XX já viveram,
1899 enlouquecidos pela purificação racial, na pior perspectiva para a grandeza infinita do ser do homem. Não
1900 me parece que esse cenário que estamos vendo autorize a simplificação do controle de constitucionalidade
1901 que agora examinamos. Com todo o maior respeito aos que entendem em contrário, na minha
1902 compreensão, não é possível declarar-se simplesmente constitucional ou inconstitucional uma lei que
1903 desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade. Será razoável acreditar que a ciência
1904 tudo pode e que por isso não se há de impor limites, sem falar naqueles limites éticos que são essenciais
1905 à convivência social? Será que devemos pôr no plano mais geral de absoluta liberdade das pesquisas do
1906 poder dito incontestável da ciência ou da proibição terminante delas, a catalogar os que se alinham na
1907 primeira como vanguardistas e os que se encontram na segunda como obscurantistas? Será que devemos
1908 fechar nossos olhos para os que na dor, no sofrimento, na angústia, juntam a fé para que um caminho
1909 seja descoberto curando os enfermos que estão próximos de nós? Será que devemos, nessa hora, liberar
1910 uma paixão sem prover uma razão? Respondo, sem o ceticismo de David Hume, que não! Ao revés, a
1911 impaciência deve ceder à tolerância com o tempo para buscar convergências que nos permitam encontrar

1912 iluminados amanheceres. Estou convencido de que este tema que nos ocupa põe em evidência a
 1913 necessidade de criar mecanismos adequados de controle, uma limitação, no campo das pesquisas que
 1914 avancem sobre o genoma humano. Limites não apenas decorrentes do medo do desconhecido, do temor
 1915 de nossa própria irresponsabilidade. Limites que não se originem somente de uma ponderação de
 1916 benefícios e riscos, como parece ter ocorrido em grande parte do mundo ocidental, mas que decorram de
 1917 uma escolha ética, livre e responsável, consciente de nossa imperfeição. Uma consciência que,
 1918 paradoxalmente, terá vindo à tona apenas em virtude de nosso próprio progresso, de nosso caminhar
 1919 incessante na busca da perfeição. Nesse sentido tenho como preciso o magistério de Hans Jonas ao
 1920 afirmar "que os novos tipos e limites do agir exigem uma ética de previsão e responsabilidade compatível
 1921 com esses limites, que seja tão nova quanto as situações com as quais ela tem de lidar (...). O homo faber
 1922 aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a re-fabricar inventivamente o inventor e confeccionador de
 1923 todo o resto. Essa culminação de seus poderes, que pode muito bem significar a subjugação do homem,
 1924 esse mais recente emprego da arte sobre a natureza desafia o último esforço do pensamento ético, que
 1925 antes nunca precisou visualizar alternativas de escolha para o que se considerava serem as características
 1926 definitivas da constituição humana" (JONAS, Hans. O Princípio responsabilidade. Rio de Janeiro: PUC,
 1927 2006. p. 57). E avançou afirmando que "(...) o homem quer tomar em suas mãos a sua própria evolução,
 1928 a fim de não meramente conservar a espécie em sua integridade, mas de melhorá-la e modificá-la
 1929 segundo seu próprio projeto. Saber se temos o direito de fazê-lo, se somos qualificados para esse papel
 1930 criador, tal é a pergunta mais séria que se pode fazer ao homem que se encontra subitamente de posse
 1931 de um poder tão grande diante do destino" (op.cit. p. 61). O ponto que se deve relevar agora e sempre é
 1932 que a biologia, o desenvolvimento das pesquisas que mexem com a vida humana, a dignidade do ser do
 1933 homem, tudo isso deve necessariamente estar subordinado a valores éticos. Esses valores devem
 1934 prevalecer sobre os argumentos meramente utilitaristas ou sobre aqueles que pretendem tornar ilimitada
 1935 a busca científica. Não foi outro propósito que levou Edgar Morin a advertir que a ciência, aventura
 1936 desinteressada, cai nas malhas dos interesses econômicos; a ciência, aventura apolítica, torna-se refém
 1937 das forças políticas, em primeiro lugar pelo Estado. (...) Foi muito difícil por muito tempo conceber que a
 1938 ciência, identificada à razão, ao progresso, ao bem, podia ser profundamente ambivalente em sua
 1939 natureza. (...) Os espíritos formados, por um modo de conhecimento que repudia a complexidade, logo a
 1940 ambivalência, não conseguem conceber a ambivalência inerente à atividade científica, em que
 1941 conhecimento e manipulação são as duas faces um mesmo processo. (...) Como a ciência moderna, pela
 1942 própria natureza, é indiferente a qualquer consideração ética estranha à ética do conhecimento e à ética
 1943 do respeito às regras do jogo científico, há uma cegueira de muitos cientistas em relação aos problemas

[JC61] Comentário: 5.1 -
 Dignidade como parte do ser humano

1944 éticos postos pela atividade científica. Essa cegueira é criada por um processo de cegamento inerente ao
 1945 conhecimento objetivo. Husserl, numa célebre conferência feita há 70 anos sobre a crise da ciência
 1946 européia, mostrou que havia uma mancha cega no objetivismo científico; era a mancha da consciência de
 1947 si” (O Método – 6. Ética. Sulina, 2005. p. 70 a 72). É claro que os cientistas não são apenas cientistas.
 1948 Eles exercem suas atividades a partir de uma condição de cidadãos e cidadãs, pais e mães de família,
 1949 maridos e esposas, filhos e filhas, muitos com suas próprias convicções morais e até mesmo religiosas. É
 1950 isso que pode colocá-los em condições éticas de discutir seus próprios limites ou a ausência deles; nunca
 1951 a sua posição de cientistas. A questão das relações entre ética e ciência não é nova. Os iluministas Hume
 1952 e Kant, no século XVIII, procuraram sentar as bases de uma moral secular livre de conotação religiosa. A
 1953 idéia central era a de a moral não decorrer da mera experiência, porque esta apenas nos fornece o ser,
 1954 jamais o dever-ser. Kant escreveu no seu clássico *Fundamentação da metafísica dos Costumes* (1785) que
 1955 a moral não é um fato, mas uma exigência da vontade humana livre. Isso faz com que a moral seja uma
 1956 exigência racional, embora sem experiências confirmadoras. Como assinala o Professor Júlio Cabrera, da
 1957 Universidade de Brasília (UnB), em texto não publicado, mesmo em um cenário onde a totalidade da
 1958 comunidade concordasse, por exemplo, com práticas segregacionistas baseadas na raça, uma única
 1959 pessoa que se manifestasse contra poderia estar representando a exigência racional, mesmo se opondo à
 1960 totalidade da evidência factual. Uma verdade epistêmica ou uma certeza moral não dependem
 1961 diretamente do clamor unânime das comunidades empíricas por mais insistente que tal clamor possa ser.
 1962 Já no século XX, o austríaco Ludwig Wittgenstein (*Tractatus Logico-Philosophicus*, aforismo 6.52) resgata
 1963 esse motivo iluminista e afirma que mesmo que todos os problemas científicos fossem resolvidos, o
 1964 problema do sentido da vida humana permaneceria o mesmo. Em nossos dias, o alemão Karl-otto Apel
 1965 retoma o tema kantiano de a impossibilidade moral fundar-se na experiência, para pôr a exigência moral
 1966 na era da ciência (Necessidade, dificuldade e possibilidade de uma fundamentação filosófica da ética na
 1967 época da ciência, 1980). Para ele, seguindo os passos de Kant, a própria idéia de objetividade científica
 1968 pressupõe um ethos, ou seja, uma perspectiva filosófica sobre o real que sempre pode ser discutida e não
 1969 simplesmente aceita como dogma. De fato, o tema central da segunda crítica kantiana deveria ser levado
 1970 em consideração nessa época quase totalmente dominada pelas éticas utilitaristas, instrumentalistas e de
 1971 resultados. Assim, toda a atitude diante da finitude, da dor e da morte deveria ser repensada do ponto de
 1972 vista da criação de valores dos seres humanos em lugar de ser vista apenas como problemas técnicos,
 1973 segundo a visão dominante dos especialistas em saúde. Disso resulta que todos os argumentos técnicos
 1974 em favor da manipulação genética e experimental em geral não são relevantes por si mesmos, sem uma
 1975 aguda e nada ingênua ponderação pragmática do que os humanos com o poder de experimentar serão

capazes de fazer em um mundo onde muitas idéias aceitáveis no plano semântico transformam-se, no plano da pragmática, em oportunidades de manipulação de grandes fontes de renda, espaços de comercialização e de deturpação de valores. Tratando das relações entre ciência, ética e direito, Catherine Puigelier e Jerry Sainte-Rose anotaram sobre duas tentações contrárias à natureza do direito: "Uma incitando a ignorar os dados novos da ciência fundando as respostas apenas sobre o peso da tradição, o que é inútil, inoportuno e mesmo perigoso. A outra tentação, inversa, leva a inclinar-se passivamente diante das façanhas da ciência, confundindo normas científicas e normas jurídicas, tirando estas daquelas pela só leitura de uma realidade constantemente renovada" (*Juge et progrès scientifique. In: Science, Éthique et Droit*. Paris: Odile Jacob, 2007. p. 280). É necessário considerar também que a ciência, na área biológica, apresenta inovações em espaços de tempo a cada vez mais curtos. O que é problemático hoje, amanhã já não é mais; o que parece intransponível torna-se superado rapidamente; o que é complexo torna-se simples e assim por diante. Os meios disponíveis aos cientistas acarretam uma tal modificação na estrutura dos conceitos que há permanente substituição de uma dúvida por outra. E assim se há de reconhecer que inexistem certezas, salvo aquelas que estão no campo dos valores éticos porque, estes sim, são revestidos da certeza do ser do homem, na projeção de sua natureza, pouco relevando que sejamos materialistas ou crentes. Veja-se, por exemplo, as anotações dos padres dominicanos sobre as Questões 118 e 119 de Tomás de Aquino na *Suma Teológica*, em que se reconhece a evolução da embriologia a partir da antiga embriologia escolástica, a ponto de refutar-se a frase de Aristóteles que afirmava ter o sêmen alma em potência (*Summa theologica*, tratado do governo divino do mundo, versão e introdução do Padre Jesus Valbuena, O.P., BAC, Madrid, 1959. p. 1041/1042). Por outro lado, é indiscutível que a partir da descoberta do código genético a pesquisa científica alcançou resultados significativos. O avanço da ciência nesse campo traduz a expectativa de aumentar o nível de invasão científica no mistério da vida. E a discussão que pode alcançar tanto representa esperança quanto preocupação. Esperança, porquanto as pessoas humanas buscam expandir o seu tempo de vida com a cura das doenças e a redução do sofrimento, que são, sem dúvida, mananciais de felicidade. Claro que tantas doenças ainda permanecem, embora muitas pesquisas há muitos anos estejam em andamento sem nenhuma solução, desde um simples resfriado até o flagelo da aids. Isso está a revelar que a morte é uma certeza da vida, e a ciência, por mais valiosa que seja, não é o absoluto para afastá-la. E a discussão alcança a preocupação porque é necessário estabelecer padrões éticos, os únicos fortes o bastante para impedir riscos severos que toda a humanidade não deseja mais correr. A manipulação genética e a produção da raça pura, no fantasma da geração artificial da vida, são perigosas sombras para o existir do homem. Esperança e preocupação andam juntas e devem renascer para a promoção do homem todo e de

2008 todos os homens, sob a regência de valores éticos, que não se confundem com a fé, ato de vontade, que
 2009 cada qual, nas sociedades democráticas, deve professar com alegria e convicção. Parece-me necessário,
 2010 para enfrentar a questão da constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, adotar posição clara sobre
 2011 o início da vida, sem o que será impossível definir a proteção constitucional que se invoca. A idéia de
 2012 metamorfose, lembrada pelo culto Ministro Carlos, Britto, não pode, na minha avaliação, ser colocada em
 2013 paralelo com a de potencialidade. Não segundo Aristóteles. O que contribui para causar dificuldade quanto
 2014 a esse termo é que o estagirita costuma usar muitos exemplos, que acabam sendo mal interpretados e
 2015 usados fora de seu contexto, fazendo com a que a potência seja incorretamente tomada por uma mera
 2016 possibilidade. Tenha-se presente o comentário de Julián Marías mostrando em Aristóteles a divisão do ser
 2017 segundo a potência e o ato, ao dizer que um "ente pode ser atualmente ou apenas uma possibilidade.
 2018 Uma árvore pode ser uma árvore atual ou uma árvore em possibilidade, por exemplo uma semente. A
 2019 semente é uma árvore, mas em potência, como a criança é um homem, ou o pequeno, grande. Mas é
 2020 preciso ter em mente duas coisas: em primeiro lugar, não existe uma potência em abstrato, uma potência
 2021 é sempre uma potência para um ato; isto é, a semente tem potência para ser carvalho, mas não para ser
 2022 cavalo, nem sequer pinheiro, por exemplo; isso quer dizer, como afirma Aristóteles, que o ato é anterior
 2023 (ontologicamente) à potência; como a potência é potência de um ato determinado, o ato já está presente
 2024 na própria potencialidade" (História da filosofia. Martins Fontes, 2004. p. 75). Além disso, o termo d..ap..
 2025 (dínamis) pode ser encontrado em uma dupla conotação. Uma, como fonte de mudança de algo ou de si
 2026 mesmo, um movimento. Outra, e esta sim a potencialidade, como um fator de atualização, um ato. Essa
 2027 distinção é bem fixada pela Filosofia. Assim, José Ferra temor a assinala que como é "típico do Estagirita,
 2028 acumulam-se os significados e os exemplos (...). Ainda aí, sem prejuízo, são várias as significações de
 2029 'potência'. Sobretudo, existem duas. Segundo uma, a potência é o poder que tem uma coisa de produzir
 2030 uma mudança em outra coisa. Segundo outra, a potência é a potencialidade residente em uma coisa de
 2031 passar a outro estado. Esta última significação

 2032 é a que Aristóteles considera como a mais importante em sua metafísica" (Dicionário de filosofia. T. II,
 2033 Buenos Aires: Sul Americana, 1971. p. 459). O mesmo indica Nicola Abbagnano, mostrando que o
 2034 conceito "implica uma ambiguidade fundamental porque pode ser entendido: A) como possibilidade; B)
 2035 como preformação e, portanto, predeterminação ou preexistência do atual" (Dicionário de filosofia. São
 2036 Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 751). Para a Stanford Encyclopedia of Philosophy, "a dínamis nesse sentido
 2037 não é o poder de algo para produzir uma mudança, mas uma capacidade de estar em um estágio
 2038 diferente e mais completo" (Disponível em: <<http://www.science.uva.nl/~seop/entries/aristotle-metaphysics/#ActPot>>). O texto de AnneFagot-Largeault (Embriões, Células-Tronco e Terapias Celulares:

2040 Questões Filosóficas e Antropológicas. In: Revista de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.
2041 18. ed., 2004. p. 234), mencionado pelo Ministro Carlos Britto, na minha avaliação, revela essa dificuldade
2042 conceitual entre as duas conotações de “potência”. É que não tenho por compatível, na perspectiva
2043 aristotélica, a afirmação de que a atualização é promovida por outrem de fora. A atualização, na verdade,
2044 está no próprio ente. É ato próprio, independente. Isso quer dizer que o embrião, mesmo in vitro, não se
2045 reduz a algo que depende de uma interferência externa para a sua transformação, como a madeira, ou o
2046 mármore, caso em que, de fato, nada obrigaria a essa atualização. O embrião não é um objeto de
2047 transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A fertilização in vitro não lhe retira a potência,
2048 mas apenas o meio em que no atual estado da ciência pode se atualizar. Penso que o próprio Aristóteles
2049 revelou o alcance dos dois sentidos, deixando clara a diferença. A escolha adequada de um trecho da
2050 Metafísica onde os dois sentidos são abordados permite uma fácil distinção entre um e outro: 7.É
2051 necessário, contudo, distinguir quando uma coisa particular existe em potência, e quando não, uma vez
2052 que ela não existe a qualquer tempo e em todo tempo. Por exemplo, é a terra potencialmente um
2053 homem? Não, exceto quando já se tornou sêmen, e talvez nem mesmo nessa ocasião, tal como nem tudo
2054 pode ser curado pela medicina, ou até mesmo pelo acaso; havendo algum tipo definido de coisa que disso
2055 é capaz, sendo isso o que é saudável em potência. A definição daquilo que, como um produto do
2056 pensamento, vem a existir em ato, a partir da potência existente, é que quando foi desejado, se não
2057 houve o impedimento de qualquer influência externa, instaura-se; e a condição no caso do paciente, isto
2058 é, na pessoa que está sendo curada, é que nela nada deve obstar o processo. Assim, também, uma casa
2059 existe em potência se nada na coisa que sofre a ação, isto é, na matéria, a impede de vir a ser uma casa,
2060 e se não há nada que tenha que ser acrescentado ou subtraído, ou alterado: isso é potencialmente uma
2061 casa. E analogamente em todos os demais casos nos quais o princípio gerador é externo. E em todos os
2062 casos em que o princípio gerador está contido na própria coisa, uma coisa é em potência uma outra
2063 quando – se nada externo o impede – tornar-se por si mesma a outra. Por exemplo, o sêmen não é ainda
2064 em potência um ser humano, pois necessita adicionalmente sofrer uma alteração em algum outro meio.
2065 Mas quando, devido ao seu próprio princípio gerador, chegou a reunir os atributos necessários, nesse
2066 estado é então um ser humano em potência, ao passo que no estado anterior necessitava de um outro
2067 princípio; tal como a terra não é ainda potencialmente uma estátua, porque precisa sofrer uma mudança
2068 antes de tornar-se bronze. (Metafísica. Bauru: Edipro, 2006. p. 236.) Essa perspectiva aristotélica, por
2069 exemplo, contraria a afirmação de que o fato de estar o embrião in vitro, posto que valioso por si mesmo,
2070 se assim permanecer, jamais será alguém. De fato, Aristóteles tem serventia para afastar essa idéia de
2071 que o embrião congelado não será alguém fora da recepção uterina. É possível dizer o contrário, ou seja,

quando há a fecundação ele já é, e se há interrupção do que é, aí sim, ele não será. Ele já é ser porque foi gerado para ser, não para não ser. O embrião não é ente que se transmuda para além de sua essência. É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência, em ininterrupta atualização que em seus primeiros estágios e, mesmo em cultura, é representada por suas sucessivas divisões. Como bem expõe Aristóteles, a atualização somente deixará de se verificar se algo externo se interpuser ao processo. O desenvolvimento do embrião é contínuo e progressivo. Nesse sentido, a intervenção do Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos na audiência pública (fl. 1063) ao afirmar que o desenvolvimento do embrião “é progressivo porque, se oferecermos a ele as condições necessárias, o amparo, a acolhida de que precisa, ele sempre passará para o estágio seguinte. Ultrapassada uma etapa de desenvolvimento, passa, em condições normais, à etapa seguinte, sem regressos; evoluções que vão compor uma biografia”. O coração e o sistema circulatório existem porque estão presentes no embrião em potência; os movimentos somente são possíveis porque os membros já existem na essência do embrião, assim como as propriedades da fala e tudo o mais que forma e caracteriza o ser humano relacional. Da mesma forma, a estrutura neural existe porque há no embrião em potência. Dizer o contrário, na minha avaliação, é contrariar a própria natureza das coisas. Procura-se achar abrigo com relação ao tema que está em julgamento na legislação sobre a morte cerebral. Mas, embora o nascer e o morrer sejam processos da existência humana, não creio que se deva confundi-los. De todos os modos, poucos se dão conta da enorme controvérsia em torno do diagnóstico de morte cerebral a partir da introdução do termo coma dé passé, coma irreversível, introduzido por Mollaret e Goulon em 1959. Basta ler o estudo oriundo da Clínica Mayo advertindo para erros de diagnóstico de morte cerebral diante de circunstâncias outras que não são reconhecidas, como a hipotermia ou a intoxicação por drogas (WIDDICKS, Elco F. M. The diagnosis of brain death. Department of Neurology, Neurological Intensive Care.). No Brasil, a Lei 9.434, de 1997, atribuiu ao Conselho Federal de Medicina a definição dos critérios para diagnóstico da morte encefálica. E este regulou a matéria com a Resolução 1.480, de 1997, estabelecendo que a morte cerebral “deverá ser consequência de processo irreversível e de causa reconhecida” (art. 3º), com os parâmetros clínicos assim definidos: “coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia” e mencionando exames complementares a serem observados. Vê-se, portanto, que esses passos adiante no domínio científico da vida e da morte não são dados sem o estabelecimento de regras com a previsão possível, na melhor dimensão da humildade do cientista no trato desse mistério. Aliás, a utilização da analogia entre vida cerebral e morte cerebral não é mais que a representação de uma posição preconcebida acerca da dualidade do homem no corpo e no pensamento. Essa dualidade, implícita na herança cartesiana, deve, porém, ser superada. O homem é complexo, mas uno. Sua compreensão exige uma visão que não o

2104 divida, como assinalou Edgar Morin: "(...) a compreensão complexa do ser humano não aceita reduzir o
2105 outro a um único aspecto e o considera na sua multi dimensionalidade" (op.cit., p. 114). Outra coisa é
2106 dizer que o homem reúne um complexo de sistemas. Como escrevi em outra oportunidade, sendo
2107 indivíduos, "sem dúvida, existe uma massa corporal de células geradas de outros indivíduos da mesma
2108 espécie animal. Enquanto células todos são, também, energia, e a massa corporal vive e se mantém
2109 porque diversos sistemas de células, geradas da reunião de gametas, são produzidos a partir do momento
2110 em que ocorre a chamada fecundação e dão origem aos órgãos que mantêm o funcionamento sistêmico
2111 do corpo. Antônio Damásio, no livro O Erro de Descartes, tratando de organismos, corpos e cérebros,
2112 escreve que 'qualquer que seja a questão que possamos levantar sobre quem somos e por que somos
2113 como somos, uma coisa é certa: somos organismos vivos complexos, com um corpo propriamente dito
2114 ('corpo', para abreviar) e com um sistema nervoso ('cérebro', para abreviar)', possuindo o organismo uma
2115 estrutura e miríades de componentes com numerosos órgãos combinados em sistemas" (Estudos de
2116 direito público e privado. p. 286/287). A questão em torno da natureza do embrião autoriza desafiar,
2117 desde logo, a comparação que se procura fazer entre o embrião gerado em processo de fertilização in
2118 vitro e o embrião implantado no útero, ao argumento de que, sem este, não há vida possível. Essa
2119 interessante visão do problema está bem enunciada com clareza notável pela séria, respeitada e
2120 reconhecida pesquisadora Patrícia Pranke, Professora da Faculdade de Farmácia da Universidade Federal
2121 do Rio Grande do Sul e sócia fundadora do Instituto de Pesquisa com Células (In: O Terceiro Elemento da
2122 Vida, texto ainda não publicado). Nesse precioso trabalho acadêmico, ela escreve que a "implantação, e
2123 consequente gestação, só ocorre graças às moléculas que existem no útero. A gravidez é a sintonia entre
2124 o embrião e o próprio útero da mulher. A ovulação prepara o útero para receber o embrião. Tanto que, se
2125 o embrião gerado in vitro, crescido até o quinto dia, não for introduzido no corpo feminino enquanto
2126 organicamente o útero estiver preparado, e for introduzido no organismo da mulher dias mais tarde, a
2127 implantação não ocorre. Ou seja, aquele embrião só tem a potencialidade de se transformar em um bebê
2128 se for introduzido no útero em condições favoráveis de implantação, o que, de forma natural, só ocorre
2129 em sincronismo com o processo da ovulação, ou se, artificialmente, o endométrio materno for 'preparado'.
2130 Isso ocorre apenas durante a janela de implantação, em que todas as condições estão adequadas para
2131 receber aquele embrião. Afora essa condição, o embrião, mesmo introduzido no organismo materno, não
2132 tem como ser implantado. Então, não basta apenas colocar o embrião no organismo materno. Ele tem que
2133 estar lá no momento em que o útero está preparado para recebê-lo. E isso ocorre quando seu endométrio
2134 está secretando uma série de fatores que poderão interagir com o embrião para ajudar na sua
2135 implantação e transformação. Novamente, reforça-se a idéia de que sem as dezenas de moléculas

2136 envolvidas no processo não há como um embrião ter a potencialidade de se tornar 'ser humano'".
2137 Todavia, com o maior respeito e admiração que tenho pela Professora Patrícia Pranke, entendo que essa
2138 posição inovadora deixa ainda mais nítida a distinção conceitual entre potência e possibilidade que, como
2139 antes procurei mostrar, considero conceitos diversos. A possibilidade traz em seu âmago o seu próprio
2140 opósito, já que uma possibilidade é sempre e ao mesmo tempo uma impossibilidade, o que não se dá com
2141 a potência. Esta não encerra em si a sua negação e só não resulta em ato se, como visto, um
2142 impedimento externo se interpõe. Mas mesmo um impedimento externo não é capaz de privar o ser de
2143 sua potência e, conseqüentemente, de sua essência. Pode apenas impedir a sua atualização. E é esse
2144 empecilho que se constitui em artifício, contrário à natureza e à essência do ser. É importante lembrar que
2145 a "produção" dos embriões nos processos de fertilização in vitro é orientada teleologicamente. Não é lícita
2146 a fertilização in vitro para fins outros que não os da reprodução. Mesmo gerados através de um
2147 procedimento artificial, o destino dos embriões fertilizados in vitro é a implantação no útero. Uma vez
2148 criados, é essa a sua vocação natural. Sua potência, assim, em nada difere da potência encontrada
2149 naqueles embriões engendrados pela reprodução sexuada. Revela-se, aqui, segundo entendo, um desvio
2150 de perspectiva. Diz-se que o normal é que os embriões produzidos na fertilização in vitro e não utilizados
2151 nunca venham a nascer, como se o curso natural a ser seguido fosse esse. Esquece-se de que, quando
2152 gerados, foram gerados para a vida, pelo que a implantação é o seu destino. Por terem sido criados
2153 artificialmente, dependem de que algo seja feito, também artificialmente, para que voltem ao seu destino
2154 natural, sem o que não se dará a sua atualização. Isso confere ao destino dos embriões não implantados
2155 por escolha médica uma aparência de processo regular: como não há interferência de cientistas após o
2156 congelamento desses embriões, fica parecendo que o seu confinamento é o seu destino natural, o que
2157 contribui para facilitar a escolha, ao meu sentir apressada, entre essa sina dita inútil e a sua utilidade, com
2158 sua destruição, para pesquisa. Esse ponto de vista turva a visão do fim essencial do embrião: a geração
2159 da vida humana seja ela natural seja ela artificial. Isso não é um artifício como alguns parecem sustentar
2160 ou um desvio na trajetória do confinamento; é o ato que compensa a geração não natural do embrião, o
2161 resgate de sua natureza. Toda ação que não se volta para esse fim impede a sua atualização. O
2162 congelamento, diga-se, não é irreversível, porque não põe termo definitivo à atualização. A destruição do
2163 embrião, por seu turno, é impedimento externo, que corta o seu desenvolvimento, tira-lhe a vida. Ele
2164 deixa, por isso, de ter um vir a ser. A vida humana é a vida de um organismo autônomo, com movimento
2165 e projeto próprios, que evolui de acordo com um programa contido em si mesmo e que pode ser
2166 executado independentemente de impulsos externos. Chama a atenção o descuido com que se invoca
2167 Tomás de Aquino neste tema, no ponto em que se afirma o reconhecimento do ser somente após a

2168 animação. O problema não é tão simples quanto parece, o que, de resto, é característico de tudo aquilo
 2169 que diga respeito ao Doutor Angélico, como já alertava Chesterton. Se de fato ele entendia que a
 2170 animação se dava algum tempo após a fecundação (quarenta ou noventa dias, conforme o sexo), isso
 2171 dizia respeito à alma racional, ao entendimento. As outras faculdades, vegetativa e sensitiva, vinham
 2172 anteriormente, decorrentes da matéria germinal, como bem anota Jesus Valbuena O. P., em seus
 2173 comentários sobre o Tratado do Governo Divino do Mundo (op. cit., p. 1042/1043). Diga-se que em se
 2174 tratando de embriologia o que foi já não é, daí o cuidado de Padre Jesus Valbuena ao encerrar a
 2175 introdução às Questões 118 e 119 do Tratado com a lembrança da frase de Agostinho de Hipona: “Não sei
 2176 se poderei chegar a saber quando começa o homem a viver no seio materno” (op.cit., p. 1044). Tudo isso
 2177 só demonstra a potência (totipotência) presente no embrião desde o início e sua constante atualização.
 2178 Mesmo assim, a se comparar o momento da animação racional e a formação do sistema nervoso, o gênio
 2179 de São Tomás não impediu que chegasse incrivelmente perto da cronologia moderna do desenvolvimento
 2180 do embrião. E, como sustenta Stephen J.Heaney, Professor de Filosofia da Universidade Saint Paul,
 2181 Minnesota, se tivesse os conhecimentos hoje disponíveis ele teria revisto seu entendimento para
 2182 reconhecer a animação desde o momento da fecundação (Disponível em:
 2183 <<http://studentorgs.vanderbilt.edu/sfl/ThomistFertilization.htm>>. Acesso em: 27 de março de 2008). A
 2184 embriologia moderna dispõe de conhecimentos extraordinários e um dos mais importantes textos de
 2185 referência do mundo nessa área, adotado em inúmeras faculdades de medicina, o de Moore e Persault,
 2186 ensina que o desenvolvimento humano se inicia exatamente na fecundação (Embriologia clínica. Rio de
 2187 Janeiro: Elsevier. 7. ed., 2004). No mesmo sentido Jan Langman (Medical embryology. Baltimore: Williams
 2188 and Wilkins. 3. ed., 1975. p. 3) e Brucem. Carlson (Patten’s foundations of embryology. N. York: McGraw-
 2189 Hill. 6. ed., 1996. p. 3). Assim também sustenta o Doutor Gerson Cotta-Pereira, destacado médico
 2190 patologista, chefe do Serviço de Imunoquímica e Histoquímica da Santa Casa de Misericórdia do Rio de
 2191 Janeiro, em trabalho ainda não publicado e no qual descreve detalhadamente o processo de reprodução
 2192 (O exato momento em que se inicia a vida humana e a terapia com as células-tronco). Não se trata,
 2193 portanto, de um “problema de regressão infinita”, como foi mencionado na audiência pública. Em alusão à
 2194 sua conhecida alegoria, o rio de Heráclito é diferente em cada mergulho, mas não deixa de ser o próprio
 2195 em sua essência. No seu Ensaio sobre o Homem, Ernst Cassirer já lembrava que “ao tratar do problema
 2196 da vida orgânica precisamos, antes e acima de tudo, livrar-nos daquilo que Whitehead chamou de
 2197 preconceito da ‘localização simples’. O organismo nunca está localizado em um único instante. Em sua
 2198 vida, três modos de tempo – passado, presente e futuro – formam um todo que não pode ser dividido em
 2199 seus elementos individuais. ‘Le présent est chargé du passé, et gros de l’avenir’, disse Leibniz. Não

podemos descrever o estado momentâneo de um organismo sem levar em consideração a sua história e sem referi-lo a um estado futuro para o qual este estado é apenas um ponto de passagem” (São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 86). O embrião é, desde a fecundação, mais precisamente desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozóide, um indivíduo, um representante da espécie humana, com toda a carga genética (DNA) que será a mesma do feto, do recém-nascido, da criança, do adolescente, do adulto, do velho. Não há diferença ontológica entre essas fases que justifique a algumas a proteção de sua continuidade e a outras não. Como escreveu Vincent Bourget, o “uso do termo ‘zigoto’ (usualmente aplicado da fecundação às primeiras mitoses), o de blástula, gástrula, feto (aplicado quando os principais órgãos já estão constituídos, ou seja, por volta da 7ª semana... ou da 13ª – de acordo com a obra) tem apenas um valor de baliza para o observador e tampouco tem um alcance ‘ontológico’: não se trata de modo algum de, por meio desses termos, designar a emergência de um novo ser, mas de um simples balizamento ‘fenomenológico’ em um mesmo indivíduo” (Ser em gestação, Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo, 2002. p. 54). A individualidade decorre de sua distinção com o meio em que vive e de sua autonomia, principalmente de seu projeto de individuação, de seu desenvolvimento, de sua renovação e atualização, através de uma atividade orientada por um programa, o programa genético, “o que implica consequências importantes referentes à maneira de conceber a individualidade e, portanto, também o estatuto do embrião” (op.cit., p. 27). E não se diga que a individualidade não se sustenta por conta da possibilidade de formação de gêmeos univitelinos através de divisão espontânea, porque isso equivale a sustentar que algo que é, não é mais apenas porque pode deixar de sê-lo. Esse argumento apenas reforça a tese que defende a proteção do embrião. Se essa proteção é devida àquele que pode se tornar um sujeito de direitos, o que se dirá daquele que pode se tornar dois. Há uma dificuldade lógica a desafiar o raciocínio que coloca marcos temporais no desenvolvimento do embrião para fixar o início da vida após a fecundação. É que se de um lado reconhece haver vida no embrião, mas uma vida ainda não humana, para a qual não caberia a proteção do direito constitucional à vida, de outro, entende não haver pessoa (personalidade) no embrião, mas lhe reconhece a proteção da dignidade da pessoa humana. Com todo respeito, essa engenhosa solução é compartilhada por boa parte do mundo ocidental para justificar a violação do embrião: um estatuto intermediário, fundado em uma dignidade também intermediária, geralmente associada à ausência de capacidade moral ou racional. Curiosamente, esse fundamento foi adotado a partir da obra de um dos principais defensores da ética relacional, Kant. Ao mesmo tempo em que nos legou a famosa segunda formulação do imperativo categórico, à qual se deve uma importante base da bioética (“age de tal maneira que uses a tua humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”), ele não se preocupou em

[JC62] Comentário: 4.1

[JC63] Comentário: 4.2 Nem muito, nem pouco, intermediário.

2232 definir o que seria essa "humanidade", ensejando o reconhecimento, por parte de alguns, da racionalidade
 2233 como fundamento único e exclusivo da condição humana. Veja-se o que escreveu Susanm.Shell: seres
 2234 humanos têm dignidade, para Kant, porque eles são capazes de agir moralmente. Mas essa capacidade só
 2235 pode ser realizada dialeticamente, através de nossas interações pragmáticas com o mundo" (Kant's
 2236 concept of human dignity in human dignity and bioethics – essays commissioned by the president's council
 2237 on bioethics. Washington, 2008. p. 347). Aliou-se a essa interpretação de Kant a consolidação e a
 2238 legitimação do critério para constatação da morte a partir da ausência de impulsos elétricos no cérebro
 2239 (morte cerebral). Foi essa construção que acabou levando à conclusão do relatório Warnock e à fixação do
 2240 termo inicial da proteção ao embrião no 15º dia de existência. Baseando-se na constatação da Embriologia
 2241 no sentido de que a estrutura neural não se forma antes do 14º dia de existência do embrião, o relatório
 2242 do Comitê, presidido pela filósofa inglesa Mary Warnock, a pedido do Secretário de Saúde britânico,
 2243 entendeu que até essa data não poderia haver indício de atividade racional. Consequentemente, até essa
 2244 data, o embrião poderia ser objeto de pesquisas (esse foi, na verdade, o segundo relatório Warnock, já
 2245 que a ilustre acadêmica de Oxford já presidira um grupo que discutiu os rumos da educação na Grã-
 2246 Bretanha em 1978). O marco do 14º dia, como já se viu, veio a ser adotado por diversas legislações. Com
 2247 a morte, hoje reconhecida por convenção ao término da atividade cerebral, o homem perde a vida, mas
 2248 não a sua dignidade. Essa dignidade seria, contudo, uma dignidade reduzida, que protege o corpo, o
 2249 nome e outros atributos da pessoa humana, mas não impede sua violação em casos específicos.
 2250 Analogamente, diz-se, o embrião que ainda não desenvolveu uma mínima capacidade racional (sabe-se lá
 2251 quando isso se dá) também mereceria uma proteção diminuída (mas ainda uma proteção) fundada
 2252 exatamente em uma dignidade atinente à sua condição de futuro ser racional. Esse seria, em suma, com
 2253 todas as vênias devidas por conta da necessária redução, o discurso filosófico do estatuto intermediário do
 2254 embrião. O que talvez não se queira perceber é que essa solução foi idealizada por meio de uma analogia
 2255 com situações obrigatoriamente relacionadas à morte, ou seja, com situações em que não há mais vida.
 2256 Existe a dignidade nessas situações porque nelas se reconhece a dignidade que passou a merecer a
 2257 pessoa em vida. Não se trata de uma dignidade do cadáver ou do nome do morto por si sós. A dignidade
 2258 é a dignidade do corpo da pessoa que era viva e que morreu. A dignidade é a dignidade do nome da
 2259 pessoa que era viva e que morreu. Apenas por isso se fala (enganosamente) em "transbordamento". É um
 2260 transbordamento de efeitos, não de causas. No caso do embrião, a se seguir essa linha, nenhuma
 2261 dignidade poderia ser reconhecida, pois nenhuma dignidade teria sido ainda conquistada, o que afastaria
 2262 qualquer tipo de escrúpulo quanto ao seu uso. Na verdade, não há dignidade autônoma, isto é, não há
 2263 dignidade da pessoa humana desligada da vida humana. Mesmo os defensores do estatuto intermédio do

[JC64] Comentário: 4.1

[JC65] Comentário: 7. Direitos post mortem...

[JC66] Comentário: 4.3
Dignidade reduzida

[JC67] Comentário: 6.1

[JC68] Comentário: 4.1

[JC69] Comentário: 4.1

[JC70] Comentário: 5.1

[JC71] Comentário: 5.1

[JC72] Comentário: 5.1

[JC73] Comentário: 7

[JC74] Comentário: 4.4

[JC75] Comentário: 4.1

[JC76] Comentário: 4.1

embrião reconhecem essa vinculação, embora lidem com uma vida qualificada de racional, moral. Toda essa discussão aponta para a inadequação da dignidade da pessoa humana como fundamento para a proteção do embrião, porque, repita-se, se a vida racional é que justifica o reconhecimento da dignidade, não há motivo para reconhecer dignidade no embrião. A construção do estatuto intermédio do embrião, capitaneada, sobretudo, pelos filósofos dos países da Common Law, acaba revelando uma indevida aplicação do belo conceito de dignidade da pessoa humana, a tanto custo desenvolvido pelo direito romano-germânico. A constatação é simples. Sem vida não há dignidade, e a dignidade é uma exigência da vida humana. Logo, o estatuto intermédio do embrião conduz a uma contradição, pois enquanto o reconhecimento do direito à dignidade depende de um “transbordamento”, para o direito à vida não se pede mais que reconhecê-lo sobre o que está vivo. É, pois, a vida que regulará a proteção merecida pelo embrião. Não me parece razoável afirmar que a vida sem personalidade não é vida humana, como se a personalidade é que atribuisse a condição de vida e não que fosse um atributo dela. A pessoa (do art. 2º do Código Civil) é tão somente uma sombra na caverna das legislações. O ser que a projeta é que merece a atenção do jurista. É de se perguntar se o mutismo e a surdez da sombra, se a sua forma distorcida, é que definirão o tratamento a ser dado à sua realidade. Na verdade, o direito à vida tem extensão abrangente, que enlaça a dignidade da pessoa humana, justificando-a. O embrião é vida, vida humana. Uma vida que se caracteriza pelo movimento de seu próprio e autônomo desenvolvimento, representado nas suas seguidas divisões, nas suas clivagens. O embrião já traz em si toda a carga genética do futuro ser que originará. E mais: traz em si o próprio patrimônio genético da humanidade, toda a sua potencialidade e toda a sua diversidade, sem a qual nenhum homem teria chegado até aqui hoje, pelo que sua destruição é muito mais até que a interrupção de uma vida; é o descarte da diversidade, da nossa própria origem, da base que nos sustenta como espécie. Doris Lessing, em Shikasta, muito antes do Nobel, descreve uma bela imagem dessa conscientização: E essa é a questão, essa é sempre a questão que eles tinham que lembrar: que toda criança tem a capacidade de ser tudo. Uma criança era um milagre, uma maravilha! Uma criança detinha toda a história da raça humana, que se estendia para trás, para trás, muito além do que eles podiam imaginar. Isso mesmo, que esta aqui, a pequena Otilie, tinha na essência de seu corpo e de seu pensamento tudo aquilo que já tinha acontecido com cada pessoa da humanidade. Assim como uma fatia de pão carrega em si a essência de todos os grãos de trigo que o formaram, misturados a todos os grãos da colheita e a essência do solo em que cresceu, também esta criança continha e foi gerada por todas as colheitas da humanidade.(...) Lembrem-se disso, lembrem-se... como se homens descessem daquela pequena estrela logo ali, brilhando acima daquelas árvores escuras, sim, aquela mesmo! E de repente trouxessem para esta pobre aldeia, tão castigada pela privação e pelo

[JC77] Comentário: 6.1

[JC78] Comentário: 7

[JC79] Comentário: 7

[JC80] Comentário: 4.1

[JC81] Comentário: 4.1

[JC82] Comentário: 7.

[JC83] Comentário: 5.1

2296 sofrimento, coisas boas e esperança. Lembrem-se que esta criança não é o que parece, é mais, é tudo e
 2297 traz consigo, ou em si, todo o passado e todo o futuro – lembrem-se. (Canopus in argos: archives.
 2298 Shikasta. v. 1. New york: Vintage, 1992. p. 167/168.) Mas a conclusão pela existência de vida no embrião
 2299 e o reconhecimento, nele, de uma natureza humana, não pode significar, ainda, a solução da questão
 2300 posta a julgamento. Ao contrário do que ocorreria a partir da desqualificação ontológica do embrião, a
 2301 solução, na minha linha de raciocínio, não se extrai in abstracto, de forma automática, ou seja, não é
 2302 porque se reconhece a qualidade da vida humana no embrião que se concluirá necessariamente pela
 2303 procedência ou improcedência da presente ação. É que se deve apurar em sede constitucional o alcance
 2304 da garantia da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade da pessoa humana. A doutrina do direito
 2305 constitucional dá conta de que o direito à vida comporta duas acepções: o direito de permanecer vivo (v.,
 2306 por exemplo, José Afonso da Silva, Comentário contextual à Constituição, 4. ed. São Paulo: Malheiros,
 2307 2007, p. 66; J.Cretella Jr., Comentários à Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense Universitária,
 2308 1988, p. 183; e Alexandre de Moraes, Constituição da República Federativa do Brasil interpretada, 7. ed.
 2309 São Paulo: Atlas, 2003, p. 108 a 111); e o direito à subsistência (idem, com exceção de José Afonso da
 2310 Silva). De fato, só permanece vivo aquele que o é. Ora, se o embrião, como se viu, é vida, e vida humana,
 2311 a decorrência lógica é que a Constituição o protege. Não há termos inúteis na Constituição. Estatuída a
 2312 inviolabilidade do direito à vida, fica claro que o constituinte dos oitenta pretendeu evitar o aviltamento
 2313 desse direito fundamental. A essa conclusão chegou mestre José Afonso da Silva: “Vida”, no texto
 2314 constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante
 2315 autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua
 2316 riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente,
 2317 sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção
 2318 (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que mude de qualidade,
 2319 deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e
 2320 incessante contraria a vida. (Comentário contextual à Constituição, p. 38.) É preciso assinalar que o Pacto
 2321 de São José da Costa Rica, tratado ao qual o Brasil aderiu e que tem fundamentado diversas decisões
 2322 desta Suprema Corte, simplesmente garantiu, desde 1969, a proteção da vida desde a concepção (art. 4º,
 2323 1). Uma vez esclarecido que o embrião está protegido pela garantia prevista na Constituição, há que se
 2324 determinar em seguida se todo o texto do art. 5º da Lei 11.105/2005 encobre uma violação da vida do
 2325 embrião e, portanto, da norma constitucional que assegura a inviolabilidade do direito à vida. Vale dizer,
 2326 há que se verificar se todas as formas de obtenção de células-tronco embrionárias atentam contra a vida
 2327 do embrião. Do dispositivo atacado decorre que a utilização de células-tronco embrionárias humanas é

[JC84] Comentário: 4.1

2328 autorizada, desde que: (1) venham a ser objeto de pesquisa ou meio de terapia; (2) sejam obtidas de
 2329 embriões humanos que: (2.a) tenham sido produzidos por fertilização in vitro; e (2.b) não tenham sido
 2330 utilizados no respectivo procedimento; e (2.c) apresentem qualquer das seguintes condições: (2.c.i) sejam
 2331 inviáveis; (2.c.ii) estejam congelados há três anos ou mais na data da publicação da Lei 11.105/2005 (28-
 2332 3-2005); ou (2.c.iii) estando congelados na data da publicação da Lei 11.105/2005 (28-3-2005), tenham
 2333 completado três anos de congelamento; e ainda (3) haja, em qualquer caso, consentimento dos genitores
 2334 desses embriões. Assim, todos os embriões enumerados pela lei como fonte de células-tronco
 2335 embrionárias devem ter sido produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo
 2336 procedimento. A partir daí, podem ser, alternativamente: (a) embriões já congelados na data da
 2337 publicação da lei há mais de três anos; (b) embriões já congelados na data da publicação da lei que
 2338 tenham completado três anos de congelamento; ou (c) embriões inviáveis. Nenhum embrião congelado
 2339 após a data da entrada em vigor da lei poderá ser fonte de células-tronco. Os embriões congelados são
 2340 embriões preteridos para a implantação no útero da paciente. Já foi visto que no procedimento de
 2341 fertilização in vitro somente pode ser implantado um máximo de quatro óvulos fecundados (embriões),
 2342 sendo normal haver embriões excedentes que, longe de serem inviáveis, podem ser utilizados em uma
 2343 nova tentativa de implantação ou para a geração de outro filho, como acontece com relativa frequência
 2344 (Disponível em: <<http://www.bebedeproveta.com/transferecia.htm>>;
 2345 <http://www.clinicadale.com.br/fertilizacao_in_vitro.htm> e <http://www.arquivoshellis.com.br/revista/03_030607/03_030607_ahellis_01.pdf>. Acesso em: 4 de abril de 2008). Daí advém que os
 2346 embriões submetidos a congelamento são embriões com vida e não é o próprio congelamento que lhes
 2347 retira tal condição, ainda que existam registros de queda nas taxas de nascimento, como mostram
 2348 Donadio e outros, que apontam uma queda média de 10 pontos percentuais no índice de implantação
 2349 após o congelamento (op. cit.). Tampouco lhes retira essa condição o fato de estarem congelados há mais
 2350 de três anos. Há inúmeros registros de nascimentos relacionados a embriões congelados há cinco, oito e
 2351 até treze anos (Disponível em: Folha de São Paulo, edição de 22-3-2008;
 2352 <http://veja.abril.com.br/220306/p_114.html>; <http://www.folhape.com.br/folhape/sc-segunda.asp?data_edicao=8/2/2006&mat=15041> e
 2353 <http://www.ivf.net/ivf/woman_gives_birth_after_embryo_frozen_for_13_years-o1537-en.html>).
 2354 Segundo o artigo de Tummone outros (Frozen-thawed embryo transfer and live birth: long-term follow-up
 2355 after one oocyte retrieval), embriões descongelados representaram 39% de nascimentos com vida (249
 2356 em 639). A sobrevivência após o descongelamento alcançou um índice de 95% (2.129 de 2.247)
 2357 (Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6T6K-4K18VWK-

5&_user=10&_rdoc=1&_fmt=&_orig=search&_
 sort=d&view=c&_acct=C000050221&_version=1&_urlVersion=0&_userid=10
 &md5=362ecb3f0e331380b7f1fff7d008d5c8>). Sendo assim, conclui-se que os embriões congelados a
 que se refere o inciso II do art. 5º da Lei 11.105/2005 são embriões com vida. O método de extração de
 células-tronco embrionárias que acarrete a sua destruição violará, na minha compreensão, o direito à vida
 de que cuida o caput do art. 5º da Constituição da República. No ponto exato em que o autoriza, a lei é
 inconstitucional.

É preciso considerar que a fertilização in vitro é realizada, já se disse, com o objetivo da geração de uma
 vida. Não foi destinada à pesquisa científica pura ou terapêutica. É claro que o argumento utilitarista
 valoriza o eventual descarte, o jogar fora dos embriões fertilizados in vitro e não utilizados pelos genitores.
 Assim, se estes não pretendem mais utilizar a fecundação que procuraram, então podem autorizar que
 sejam usados para a pesquisa. O argumento é poderoso em duas frentes. A primeira, diz com a
 mobilização de pessoas portadoras de patologias para as quais se promete a cura. A segunda, com a
 inutilidade de manter-se o congelamento indefinidamente. Quanto à primeira frente, não me parece
 correta. E assim é pelo simples fato de não ser possível prometer cura quando ainda não se tem dados
 científicos disponíveis que autorizem essa conclusão. O processo é longo e isso deve ser reconhecido,
 mesmo para as pesquisas com células-tronco adultas. Por outro lado, é preciso compreender e acolher as
 angústias das pessoas que padecem de patologias alcançadas pelo descortinar das pesquisas tanto com
 células-tronco embrionárias quanto com células-tronco adultas. A esperança é viva e devemos tudo fazer
 para torná-la realidade. De fato, essa é a razão pela qual afirmei antes e reafirmo agora que não se está
 pretendendo enxergar solução que não seja aquela capaz de tornar real a esperança, de trazer para a
 prática a teoria, de abrir o dom da vida pelo pensar e agir do homem, preservando-se esse mesmo dom
 para os que vão nascer. É assim o mais belo encontro entre o que é e o que está sendo. E por isso
 mesmo é que merece destacado que no Brasil, ainda este ano, existe forte possibilidade de o sistema
 público de saúde oferecer tratamento oriundo dessas células-tronco adultas para portadores de algumas
 patologias: cardiomiopatia dilatada, cardiopatia chagásica, cardiopatia isquêmica e infarto agudo do
 miocárdio. Esse objetivo consta do Estudo Multicêntrico Randomizado de Terapia Celular em Cardiopatias
 (EMRTCC), um dos maiores estudos do mundo envolvendo a avaliação da eficácia do implante autólogo de
 células-tronco de medula óssea e que já se encontra em sua fase final, previstas para o segundo semestre
 deste ano a análise e a divulgação dos resultados (Disponível em:
 <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=13034> e
 <<http://www.incl.rj.saude.gov.br/incl/celula-tronco/laboratorio.asp>>. Acesso em: 5 de maio de 2008).

2392 Quanto à segunda frente, não é o fato de existir o congelamento que alivia a questão de modo a
2393 simplificá-la ao ponto de afirmar que se o que foi fecundado não for usado para gerar uma vida, então
2394 deixe isso para a manipulação dos cientistas. Ora, nenhum de nós pode ter o poder de manipular ao seu
2395 talante o que foi fecundado para ser vida. É como se nós déssemos aos cientistas desse ramo uma carta
2396 branca para fazer da genética um campo aberto para a sua curiosidade científica. É claro que devemos
2397 estimular o conhecimento de como uma célula-tronco embrionária se transforma em um tecido do fígado
2398 e outra no pâncreas e outra no pulmão. Mas é imperativo que isso seja feito com apropriado controle sem
2399 causar a morte do que é vida. Esse domínio da ciência deve também considerar a ética e a filosofia,
2400 ciências que são inerentes à existência do homem e ao equilíbrio da humanidade. Creio que a razão nos
2401 autoriza a afirmar, **respeitando com a mesma dignidade que todos os contrários devem exigir uns dos**
2402 **outros, que assim deve ser feito.** E, ainda, assim é, porque este é um campo em que não há certezas,
2403 tantas são as interrogações que nos invadem a cada passo adiante. Não merecem consideração, portanto,
2404 os argumentos utilitaristas que se assentam no aproveitamento de embriões fertilizados in vitro e que
2405 serão descartados. E desse modo entendo pela simples razão de que não há de se sacrificar o meio para
2406 privilegiar o fim. Todas as vezes que a humanidade fica cega na busca de resultados, resvala para a
2407 deformidade. Isso precisa ser repellido. O princípio da ponderação entre meio e fim resulta sempre na
2408 afirmação de que os fins não justificam os meios. Por isso é que devemos retornar à questão jurídica que
2409 estamos examinando. **Simplificar a solução pela justificativa utilitarista é criar para a humanidade opções**
2410 **que esmagam a dignidade da pessoa humana.** Se pelo bem praticamos o mal, se para salvar uma vida
2411 negamos outra, ficará sem salvação o homem, que estará aguardando a sua vez de ser sacrificado. Os
2412 cientistas, sejam os da área médica, sejam os da área biológica, sejam os da área jurídica, não podem,
2413 diante de seus compromissos com o futuro da humanidade, cair no abismo do

2414 utilitarismo. As opções que fazemos no mundo científico não serão exitosas pelos resultados que
2415 alcançarmos se esses resultados ferirem valores éticos que não são contingentes. Para viver com esses
2416 valores será necessário muitas vezes morrer por eles. Assim, para sermos dignos da vida, devemos
2417 valorizar a vida. Essa valorização da vida é que nos torna responsáveis para abraçar aqueles que esperam
2418 renascer para a plenitude com a cura de suas patologias. E essa responsabilidade é que nos faz encontrar
2419 a saúde sem sacrificar a vida. E a ciência em todos os seus níveis deverá construir esse caminho, na
2420 melhor expectativa de fazer o bem a partir do bem e não a partir do mal. Esse caminho já está aberto. A
2421 própria ciência apresenta método alternativo de extração de células-tronco de embriões com vida que não
2422 resulta necessariamente em sua destruição. Conseqüentemente, não viola o direito fundamental à vida.
2423 Trata-se da extração de uma única ou no máximo duas células (blastômeros) de um embrião com oito

[JC85] Comentário: 4.1**[JC86] Comentário:** 5.1

2424 células através de uma punção celular. Essa extração é realizada rotineiramente no processo de
2425 fertilização in vitro para possibilitar o diagnóstico pré-implantação que investiga, através de uma única
2426 célula do embrião, se ele é portador de alguma anomalia genética. Nesse procedimento, se o diagnóstico
2427 é negativo, o embrião é implantado e pode nascer, como tem ocorrido ordinariamente, com vida e saúde
2428 (tanto as informações colhidas por correio eletrônico do Professor Luiz Fernando Dale, Médico Especialista
2429 em Reprodução Humana pela Universidade de Paris V, quanto as conclusões da Sociedade Européia para
2430 Reprodução Humana e Embriologia (ESHRE) dão conta de que o diagnóstico pré-implantação não acarreta
2431 mais riscos do que o processo de fertilização in vitro por meio de ICSI – HARPER et al. ESHRE PGD
2432 consortium data collection VII: cycles from january to december 2004 with pregnancy follow-up to october
2433 2005. In: Human Reproduction. v. 23, 2008. p. 741 a 755). Já se levantou grande objeção a essa técnica
2434 de extração de células-tronco, baseada na totipotência que geralmente se reconhecia nas primeiras células
2435 do embrião. Nesse sentido, por ter a capacidade de gerar um indivíduo completo, o blastômero extraído
2436 seria um verdadeiro embrião, pelo que seu uso para gerar uma linhagem de células-tronco atentaria
2437 contra a sua vida da mesma maneira que o método padrão na fase de blastocisto. Essa objeção está,
2438 contudo, superada. É que a pesquisa realizada pela Dra. Magdalena Zernicka-Goetz identificou as duas
2439 primeiras células do embrião através de coloração e constatou que cada uma gerava um tipo diverso de
2440 tecido, permitindo a conclusão de que, mesmo nessa fase, já há uma nítida especialização das células,
2441 não podendo ser reconhecida a totipotência senão no zigoto (PEARSON, Helen. Developmental biology:
2442 your destiny from day one. In: Nature, 418. p. 14/15. jul. 2002). Diga-se que a possibilidade de extração
2443 de uma única ou duas células-tronco de um embrião sem destruí-lo já constava de estudos de 2005 como
2444 informaram Eric Scott Sills, Tackumi A. Takeuchi, Noriko Tanaka, Quennie V. Nerie Gianpero D. Palermo (cf.
2445 Identification and isolation of embryonic stem cells in reproductive endocrinology: theoretical protocols for
2446 conservation of human embryos derived from in vitro fertilization): Blastômeros obtidos para PGD são
2447 geralmente fixados e processados com fluoretos de cromo para a detecção de aneuploidias através de
2448 análise parcial do cariótipo, ainda que o processo tenha recentemente evoluído para permitir testes para
2449 desordens específicas via PCR e para a amplificação do genoma de uma única célula através de
2450 deslocamento múltiplo amplificado. Esse processo altera irreversivelmente o blastômero destinado para
2451 PGD – a viabilidade dessa célula é sacrificada em prol da obtenção de informações genéticas essenciais.
2452 Todavia, presumindo que dois blastômeros distintos sejam extraídos por uma biópsia para PGD e desde
2453 que na ausência de mosaicismo cada blastômero detenha potencial para se tornar um organismo
2454 completo, existe a possibilidade de que um dos blastômeros extraídos possa ser mantido em cultura para

2455 a produção de células-tronco embrionárias. E a geração de células-tronco a partir dessa fonte foi
 2456 confirmada pelos

2457 trabalhos de Strelchenko (STRELCHENKO, N. et. al. Morula-derived human embryonic stem cells
 2458 reproductive biomedicine online 9(6), 623-629 2004); Klimanskaya (KLIMANSKAYa et. al. Human
 2459 embryonic stem cell lines derived from single blastomeres. Nature 444:481-485 2006, estes citados no
 2460 Relatório Alternative Sources of Human Embryonic Stem Cells. The President's Council on Bioethics) e
 2461 RobertLanza (CHUNG et. al. Human embryonic stem

2462 cell lines generated without embryo destruction, in: Nature 2(2): 113-117 2008). Lanza mostra que a
 2463 eficiência desse método é comparável àquela do método que envolve a destruição do embrião (20% dos
 2464 embriões dando origem a linhagens), bem como que as características das linhagens obtidas em nada se
 2465 diferenciam daquelas obtidas da massa celular interior (ICM – inner cell mass) do blastocisto, tendo as
 2466 três camadas germinais sido identificadas. Um levantamento feito por iniciativa da autoridade inglesa
 2467 responsável pela regulamentação das pesquisas com embriões (HFEA – Human Fertilisation and
 2468 Embryonic Authority) dá conta de que a equipe de RobertLanza obteve cinco linhagens de células-tronco
 2469 embrionárias humanas ao mesmo tempo que os embriões continuaram a se desenvolver, mas concluiu
 2470 que ainda seriam necessários mais estudos para mostrar o bom desenvolvimento do embrião sujeito à
 2471 biópsia (RICHERS, Helen. Alternatives to embryonic stem cells. HFEA. The Scientific and Clinical Advances
 2472 Group. Disponível em: <[http://www.hfea.gov.uk/docs/2008-02-21_SCAG_paper_-](http://www.hfea.gov.uk/docs/2008-02-21_SCAG_paper_Alternatives_ES_cells.pdf)
 2473 [Alternatives_ES_cells.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/2008-02-21_SCAG_paper_Alternatives_ES_cells.pdf)>). De fato, o estudo menciona a adoção de um método similar ao do
 2474 diagnóstico pré-implantação e, portanto, não idêntico, o que poderia levar à conclusão de que a diferença
 2475 poderia acarretar mais riscos ao embrião do que aqueles gerados por diagnósticos pré-implantação. Para
 2476 esclarecer esse ponto, entramos em contato direto com o Professor Lanza. Na resposta, este confirmou
 2477 que o método de retirada da célula do embrião é o mesmo utilizado nos diagnósticos pré-implantação e,
 2478 por isso, o risco ao embrião é mínimo. Disse, ainda, não haver diferença de custo ou de eficiência. Mesmo
 2479 diante da ressalva de que seriam necessários mais estudos mostrando que os embriões que sofrem essa
 2480 intervenção se desenvolvem normalmente, e a despeito de ainda não ser adotado como método regular
 2481 de obtenção de células-tronco humanas, o método de Lanza serve para demonstrar que é possível
 2482 compatibilizar a lei com a Constituição, abrindo espaço para a pesquisa sem atentar contra a vida do
 2483 embrião. Diante dos nascimentos saudáveis após o diagnóstico pré-implantação, especula-se que os
 2484 genitores não estariam dispostos a correr riscos autorizando a extração de um blastômero de um embrião
 2485 sobre o qual não pairasse uma razoável probabilidade de anomalia genética. A lei, contudo, trata de

embriões congelados por pelo menos três anos e de embriões inviáveis. Assim, se a lei presume que os pais autorizariam a destruição mesma desses embriões, por que não autorizar a retirada de uma única célula sem feri-lo? De todo modo, ainda que não haja risco maior para o embrião – e anote-se que qualquer procedimento em matéria médica envolve sempre algum risco, ainda que risco mínimo –, **é preciso averiguar eventual ofensa à sua dignidade, que não é reduzida pelo só fato de estar o embrião congelado ou ser inviável.** A extração de um blastômero para fins de produção de uma linhagem de células-tronco não deixaria de constituir uma utilização do embrião como meio para o atingimento de um fim, o que faz lembrar a censura de Kant. Há que se ponderar, todavia, se essa não é uma visão equivocada. Não se trata de um embrião produzido apenas para a extração de células-tronco e, ao contrário do método padrão, essa extração não resultará na sua destruição, o que não inviabiliza os fins naturalmente concebidos para ele. Após a extração, que pode ser comparada à doação de uma célula epitelial ou de qualquer outro tecido renovável, e, ainda, à doação de um órgão, como o rim, o embrião poderá cumprir seu destino natural, isto é, a implantação e o nascimento. De acordo com o padrão que a Lei 11.105/2005 pretendeu estabelecer no Brasil, outra fonte de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia é o embrião dito inviável. A lei, contudo, não o define, pelo que talvez fosse o caso de deixar tal definição à ciência. Ocorre que a ciência não encontra, ainda, uma conceituação precisa. Esse termo, em verdade, foi adotado e tem sido utilizado principalmente por profissionais envolvidos com os processos de reprodução assistida e tem servido para designar o embrião inadequado para fins de reprodução, ou seja, aquele que tem menos chance, não só de nascer, mas de vir à luz como um indivíduo saudável. Assim é que não há um padrão ou um protocolo rígido para a identificação desse embrião inviável. Diversos critérios são hoje aceitos e costumam ser aplicados em paralelo em uma mesma clínica ou laboratório. São em geral visuais: velocidade da divisão/clivagem, emparelhamento de núcleos, integridade do citoplasma e da membrana envoltória. Há muitos conceitos utilizados pelo direito que são emprestados a língua-gem corrente e também de outras ciências, sem que alterem seu significado preciso. Afinal, são necessários para a formulação de uma regra precisa (hora, animal, rio e aluvião, por exemplo, têm os exatos significados do colóquio e da técnica). A matemática é essencial. No direito das obrigações, na regra do concursu partes fiunt, e no direito das sucessões, quando da sucessão por representação, a aritmética da divisão e as frações são conceitos naturalmente aplicados. Outros termos, contudo, mesmo sendo idênticos aos utilizados em outras esferas do conhecimento, geram conceitos bem mais restritos e até bem mais distintos. Esse fenômeno da apreensão de um termo lingüístico pelo direito e sua anexação aos domínios de sua ciência, com uma nada rara emancipação ou independência a filologia, tem grande importância quando se trata de um termo com mais de um

[JC87] Comentário: 4.1

significado e que vem a ser apreciado no âmbito constitucional. Um deles pode ser perfeitamente compatível com o conjunto de normas constitucionais enquanto que o outro não. Embora a lei não tenha definido o conceito de inviabilidade, o Decreto 5.591/2005 o fez no art. 3º. O termo inviabilidade, portanto, é um termo incorporado pelo direito positivado e, diante de seu confronto com a Constituição, exige investigação hermenêutica para determinar se pode ser utilizado com seu significado original da origem técnico-científica da medicina reprodutiva ou se requer uma interpretação diversa ou, ainda, se pode ser utilizado com um ou alguns de seus significados originais embora não com outros. Na linha do Decreto 5.591/2005, embriões inviáveis são aqueles que: (i) apresentam alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde; (ii) sofreram ausência espontânea de clivagem após um período superior a vinte e quatro horas; ou (iii) apresentam alterações morfológicas que comprometem o seu pleno desenvolvimento. Cabe determinar, portanto, se a extração de células-tronco desses embriões atenta contra a inviolabilidade do direito à vida. É bom enfatizar que a inviabilidade de que trata o decreto não é relacionada à ausência de vida. Como visto, o Poder Executivo parece ter incorporado o conceito extraído da técnica de fertilização in vitro que, repita-se, diz respeito à probabilidade de gerar o nascimento de um indivíduo saudável da espécie humana. Esse conceito não reflete uma preocupação com a condição atual de vida do embrião. E, por isso, merece reparo. Vejamos. Independentemente das normas a serem baixadas pelo Ministério da Saúde, embriões com alterações genéticas não são, por óbvio, embriões sem vida e sem chances de subsistirem por si mesmos. Na rotina das clínicas de reprodução assistida, como visto, são aqueles que, submetidos a um diagnóstico pré-implantação, recebem um resultado positivo quanto à presença de determinada alteração genética, especialmente quanto às trissomias e às anomalias do cromossomo sexual. Para as clínicas de reprodução assistida não interessa a sua implantação, não interessa o seu nascimento. Seu destino é o descarte ou, nas clínicas que obedecem às regras deontológicas, o congelamento. Não há nenhuma distinção entre esses embriões e aqueles classificados como bons para implantação. Esses embriões são submetidos ao teste genético exatamente porque foram considerados viáveis para a implantação. Uma vez implantados, têm as mesmas chances de alcançarem gravidez e nascimento. Deve ficar claro que o diagnóstico pré-implantação não inviabiliza o embrião e muito menos lhe retira a vida, tanto é assim que se o diagnóstico é negativo, ele é implantado no útero da paciente e pode vir a nascer, como ocorre com frequência. Nesse caso, então, também incide a proteção constitucional. A extração de células-tronco desses embriões com a sua destruição atenta contra o direito à vida. Outra característica da inviabilidade, segundo o decreto, seria a do embrião que apresenta alterações morfológicas que comprometem seu pleno desenvolvimento. Como já visto, a observação da

2550 morfologia dos embriões permite a sua classificação conforme graus de viabilidade. Aos graus mais
2551 elevados está associada uma alta taxa de sucesso na gravidez e aos mais baixos, taxas muitas vezes
2552 irrisórias. Em verdade, há, no que diz respeito a estes, uma baixa ou baixíssima viabilidade de gravidez e
2553 nascimento. Pelo critério de Donadio e outros (op.cit.), os embriões de classe A, B, C e D apresentam
2554 índices de implantação de 28%, 25%, 12% e 6%, respectivamente. Uma baixa ou baixíssima viabilidade
2555 não é, contudo, o mesmo que nenhuma. Inviabilidade, propriamente, não há. A inviolabilidade do direito à
2556 vida não admite que a possibilidade de alguns embriões tornarem-se inviáveis justifique o sacrifício dos
2557 demais. A inviolabilidade do direito à vida não admite nem mesmo que a possibilidade de muitos deles se
2558 tornarem inviáveis justifique o sacrifício dos remanescentes. Aqui também vislumbro inconstitucionalidade.
2559 Por fim, o decreto regulamentar menciona embriões que espontaneamente deixaram de se dividir após
2560 um período superior a 24 horas. A clivagem, para o embrião, é o reflexo de seu desenvolvimento, de sua
2561 atualização. Deixar de clivar equivale a deixar de se desenvolver. Os embriões referidos na parte média do
2562 inciso XIII do art. 3º do Decreto 5.591/2005 são aqueles que perderam a capacidade de se dividir, que
2563 não mais apresentam uma potência de atualização, de movimento e desenvolvimento. Perderam,
2564 portanto, a sua essência. Deixaram de ser. Quanto a estes não se vislumbra haver violação do direito à
2565 vida acaso deles se extraiam células-tronco. São, em verdade, embriões sem condições de ir adiante. São
2566 insubsistentes por si mesmos. A obtenção, deles, de células-tronco para pesquisa e terapia seria, a título
2567 de comparação, como a extração de órgão de alguém já morto. E não se diga que o embrião imobilizado
2568 em termos de divisão não seja fonte de células-tronco, pois a própria legislação o colocou entre elas já em
2569 2005. Desde então, a perspectiva de extração de células-tronco aptas para a constituição de uma
2570 linhagem se consolida. A partir da proposta de Donald Landrye Howard Zucker, a comunidade científica
2571 passou a considerar essa nova fonte. Diziam os autores: Aproximadamente 60% dos embriões gerados da
2572 fertilização in vitro deixam de atender aos critérios de viabilidade e são recusados para fins de
2573 transferência para o útero. A "inviabilidade", definida como a incapacidade de chegar ao nascimento,
2574 difere da morte orgânica; todos os embriões mortos são, é claro, inviáveis, mas muitos embriões inviáveis
2575 ainda não estão mortos. O critério morfológico de inviabilidade inclui clivagem anormal, perda de células e
2576 do material citoplasmático. Mas é o critério funcional – ausência de clivagem após 24 horas – que,
2577 mesmo não contendo em si a prova de irreversibilidade, melhor se adequa. A ausência de clivagem
2578 geralmente reflete graves anormalidades genéticas mas – e esse é o ponto crucial – nem todas as células
2579 de embriões estagnados precisam estar anormais para que a estagnação ocorra. (Embryonic death and
2580 the creation of human embryonic stem cells. In: The Journal of Clinical Investigation. v. 114, n. 9.

Disponível em: <http://www.jci.org/114/9/1184?content_type=abstract>. Acesso em: 13 de março de 2008.) A idéia por detrás do trabalho de Landrye Zucker não é complexa para entendimento. O embrião é mais que a soma de suas células. Assim, um embrião sem vida não é somente um embrião cuja totalidade de células esteja sem vida, sendo possível encontrar células ainda vivas (células-tronco). E o critério para identificar essa situação é um critério funcional: a ausência de clivagem. O estudo foi citado no já referido relatório *Alternative Sources of Human Embryonic Stem Cells*, de maio de 2005, como uma das fontes alternativas de células-tronco embrionárias. Essa e outras alternativas, como a extração de células-tronco na fase de blastômero sem prejudicar o desenvolvimento do embrião, foram analisadas pelo relatório, que buscou sua aceitação ética e sua factibilidade. A proposta de Landrye Zucker foi considerada promissora, mas foram levantadas dúvidas quanto à definição de um marco objetivo para determinar a morte do embrião e a real possibilidade de obtenção de células apropriadas para gerar linhagens, que poderiam apresentar as mesmas dificuldades do método de Lanza. Uma das relatoras, Janet Rowley, esclareceu, em palavras que refletem bem o interesse da comunidade científica apenas pela exploração da fonte de células-tronco embrionárias que se mostre mais acessível, que "seria estranho deixar grande número de embriões indesejados, porém normais, morrerem, e ao mesmo tempo pedir aos cientistas que fizessem enormes esforços para extrair células de embriões potencialmente normais, mas também potencialmente anormais, apenas dentre aqueles descongelados que deixaram espontaneamente de se dividir" (op.cit., p. 21). O relatório, porém, e conforme anotado, é de maio de 2005 e desde então muitos progressos foram feitos no que se refere a essa alternativa. Já em 2006, Landrye Zucker realizaram novo estudo, agora com a contribuição de Mark Sauer, Michael Reznik e Lauren Wiebw, buscando encontrar exatamente um critério objetivo para o reconhecimento da interrupção de clivagem. O trabalho envolveu a observação de um total de 142 embriões classificados como inviáveis pelo Centro de Reprodução da Universidade de Columbia e que, no seu quinto dia de existência, foram caracterizados como hipocelulares. Nenhum deles se desenvolveu mais. Concluíram os autores que: (...) com base nesses dados, propomos que a hipocelularidade e a falta de compactação no seu 5º dia de existência constituam um conjunto de critérios para diagnóstico de uma interrupção irreversível do desenvolvimento do embrião humano e que, em correspondência direta com o paradigma da morte encefálica, seja suficiente para diagnosticar a morte. O embrião humano que se enquadre nesse critério morreu como um organismo, ainda que algumas células individualmente continuem vivas. (Hypocellularity and absence of compaction as criteria for embryonic death. In: *Regenerative Medicine* 1, 3. p. 367 a 371.) Também em 2006, um grupo formado por Xin Zhang, Petra Stojkovic, Stefan Przyborski, Michael Cooke, Lyle Armstrong, Majlinda Lako e Miodrag Stojkovic demonstrou que embriões com seu desenvolvimento

estagnado também são fontes de células-tronco. No estudo, os cientistas relatam: Muitas linhagens de células-tronco embrionárias humanas foram obtidas até hoje e muitas delas já foram derivadas de embriões classificados como de baixa qualidade. Até aqui, a maioria derivou de massa celular interna (ICM – inner cell mass) ou de mórulas ou blastócitos de diferentes qualidades, com 4 a 8 dias de existência. Este estudo descreve, pela primeira vez, a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias humanas de mórulas de alta e baixa qualidade, assim como de embriões que pararam de se desenvolver. Nós demonstramos que esses embriões, que nunca alcançaram a fase de mórula ou blastocisto e são normalmente tidos por “mortos” têm um potencial de proliferação e podem ser utilizados para a derivação de células-tronco embrionárias humanas sob condições apropriadas de cultura. (Derivation of human embryonic stem cells from developing and arrested embryos, publicado no periódico eletrônico Stem Cells, em 21 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stemcells.com>. Acesso em 18 de março de 2008.) Em termos científicos, essa não é, em comparação com o embrião excedente e mesmo com o embrião considerado inviável com cinco dias na forma de blastocisto, a fonte primeira e privilegiada de células-tronco embrionárias. Isso é que mostra o grupo capitaneado por Paul Lerou (Akiko Yabuchi, Hongguang Huo, Ayumu Takeuchi, Jéssica Shea, Tina Cimini, Tan Ince, Elizabeth Ginsburg, Catherine Racowski e George Daley) ao afirmar em seu estudo: Em analogia às regras utilizadas para obter órgãos vitais para transplante após a morte cerebral, tem-se defendido que embriões organicamente “mortos”, definidos por uma estagnação irreversível da divisão celular, são fontes aceitáveis de células-tronco embrionárias. Alguns dos embriões de baixa qualidade inservíveis para uso clínico no terceiro dia após a fertilização cessaram sua divisão celular; todavia, nossos dados indicam que esses embriões são uma fonte pobre de linhagens de células-tronco embrionárias. Em contraste, embriões de baixa qualidade que chegaram até o estágio de blastocisto são uma robusta fonte de linhagens normais de células-tronco embrionárias. (Human embryonic stem cell derivation from poor quality embryos. In: Nature Biotechnology, fevereiro de 2008, v. 26, n. 2.) Curiosamente, nesse estudo, contudo, a única linhagem de células-tronco embrionárias humanas derivadas de um embrião de três dias (e inviável para fins da clínica de reprodução assistida) resultou exatamente de um espécime de seis células com desenvolvimento estagnado. Esse fato foi anotado em contato que fizemos diretamente com o próprio Landry e registrado em seu mais recente estudo, em conjunto com Svetlana Gavrillov, Robert Prossert, Imran Khalid, Joanne mac Donald, Mark Sauer e Virginia Papai Oannou. Esse trabalho, ainda não publicado, demonstra, para além de que os embriões com desenvolvimento estagnado no sexto dia (ED6) não tornam a se dividir, que estes são uma rica fonte de células-tronco embrionárias humanas. Foram examinados 227 embriões considerados inviáveis pelo centro de reprodução da Universidade de Columbia, dos quais 79 foram escolhidos

2645 aleatoriamente para permanecerem em cultura, de modo a verificar seu eventual desenvolvimento, que
 2646 não ocorreu. Os outros 148 embriões passaram por uma contagem de células, dos quais 20 se
 2647 encontravam totalmente desintegrados. Dos 128 restantes, 22 (17%) não tinham células vivas, 103 (80%)
 2648 apresentaram entre 1 e 32 células vivas, enquanto 3 (menos de 3%) tinham mais de 32 células vivas, o
 2649 que permitiu a conclusão: Aqui nós mostramos que embriões estagnados não retomam seu
 2650 desenvolvimento normal durante um período prolongado de cultura, ainda que a maior parte deles
 2651 contenha um número substancial de células vivas no 6º dia de existência (ED6) (72% têm mais de 1
 2652 célula viável, 47% têm mais de 5 células viáveis), indicando que esses embriões inviáveis poderiam ser
 2653 uma rica fonte de células viáveis para fins de geração de linhagens de células-tronco embrionárias.
 2654 (Irreversibly arrested, nonviable (organismically dead) human embryos as a source of viable cells for
 2655 human embryonic stem cell (hESC) derivation.) Confrontada com estudos como os de Lanza e Landry-
 2656 Zucker, a comunidade científica geralmente não valoriza a obtenção das células-tronco assim obtidas,
 2657 sustentando que não são confiáveis por ainda não terem sido replicados por outros grupos. E depois de
 2658 não lhes dedicar mais que um relance, volta os olhos para o método Thomson e nele persiste. É claro,
 2659 esse é o método padrão. Mas isso não quer dizer que não seja viável a utilização dos métodos abertos
 2660 pelas pesquisas de Lanza e Landry-Zucker. O desenvolvimento das pesquisas nessa área é que vai
 2661 autorizar a evolução do método e sua prática como meio de obtenção de células-tronco embrionárias. O
 2662 que merece relevado é a circunstância de o método possibilitar o avanço da ciência nessa área sem
 2663 comprometer a vida e sem malferir a dignidade da pessoa humana. Por isso, ao contrário do que se dá
 2664 com um simples programa de computador, a escolha dos métodos a serem praticados não pode ser
 2665 deixada a cargo de usuários interessados apenas na eficácia e no custo-benefício. Isso é que compatibiliza
 2666 o método com a disciplina constitucional. Assim, os métodos Lanza e Landry-Zucker, tal qual o de
 2667 Yamanaka e qualquer outro que não acarrete a morte do embrião, podem ser admitidos pela Constituição
 2668 brasileira por cumprirem o objetivo de estimular a pesquisa em área sensível para o desenvolvimento da
 2669 humanidade sem o sacrifício da vida, valor que deve ser respeitado e preservado. Nessa direção apontou
 2670 o Dr. Rao Mahendra, renomado pesquisador americano, em recente estudo sobre as fontes alternativas de
 2671 células-tronco embrionárias ou pluripotentes: Concluímos com um pensamento que para alguns pode
 2672 parecer herético: talvez as restrições impostas pela administração Bush tenham servido a um resultado
 2673 positivo, intencional ou não, por levar a um desenvolvimento de alternativas inovadoras. Mais ainda, talvez
 2674 tanto cidadãos quanto cientistas estejam mais preparados para essas inovações. A ciência ofereceu mais
 2675 de uma possível solução para o dilema ético que envolve as pesquisas com células-tronco. Agora é hora
 2676 de incentivar os criativos desenvolvimentos nas pesquisas que se verificaram em diversas frentes e de

[JC88] Comentário: 4.1

2677 receber aqueles dentre nossos colegas que conseguiram, sozinhos e com reduzidos recursos, esses
2678 avanços (...). Por outro lado, torna-se relevante assinalar que não é possível manter nessa área uma
2679 autorização independente de qualquer controle estatal centralizado seja no que diz com a fiscalização das
2680 clínicas de reprodução assistida, seja no desenvolvimento das pesquisas com relação às células-tronco.
2681 Não foram tomados nem mesmo os mais óbvios cuidados no trato de um procedimento tão delicado,
2682 cujos desvios éticos oferecem gravíssimos riscos de manipulação da espécie humana e de utilização
2683 indevida do mais importante objeto da pesquisa científica na atualidade. É fácil perceber que o art. 5º foi
2684 inserido em lei que originariamente não se destinava a cuidar das pesquisas com células-tronco
2685 embrionárias. Tudo isso enseja a sua disciplina através da interpretação constitucional em suas diversas
2686 modalidades. De nada adianta a existência de comitês éticos nas universidades se não existir um sistema
2687 único nacional capaz de concentrar os dados e estabelecer registros apropriados para fiscalização,
2688 autorização e controle do que está sendo feito, a exemplo do que ocorre na grande maioria dos países
2689 que á estão desenvolvendo essas pesquisas. E isso quer dizer, também, impedir a mercantilização que
2690 pode, como em qualquer setor, dominar essa área crítica para o próprio fortalecimento da humanidade.
2691 Como todos sabem, a disputa por patentes nesse segmento é assustadora e os recursos financeiros
2692 envolvidos são enormes. Não se pode, na minha compreensão, pôr essa complexa questão em termos tão
2693 simplistas como aqueles que opõem radicais de toda posição. E não é fácil reconhecer esse fato. É
2694 necessário evitar qualquer tipo de fundamentalismo. Seria, por exemplo, o dizer da Antiguidade em que a
2695 garantia do solo fértil ou da colheita abundante exigia a oferta de presentes aos deuses. E o maior deles
2696 era o sacrifício de uma vida humana, que abria as portas pelas quais adentraria a abundância (BLAINEy,
2697 Geoffrey. Uma breve história do mundo, 2. ed. Fundamento, 2007, p. 38). Esse simplismo, que a história
2698 da humanidade conhece, repete-se exaustivamente de tempos em tempos e serve de alerta para que o
2699 crescimento humano do mundo não se faça com preço que sacrifique a natureza humana. Em nosso caso,
2700 a perspectiva do uso de células-tronco embrionárias a partir dos embriões ditos inviáveis ou daqueles
2701 congelados nas clínicas de reprodução assistida não pode, sob nenhum pretexto, resvalar para o absoluto
2702 sem a preservação da vida. Impõe-se estabelecer padrão ético que nem deixe de considerar a bem-
2703 aventurança da pesquisa, seja para fins puramente científicos, seja para fins terapêuticos, nem deixe de
2704 privilegiar a importância do destino desejado pelos genitores ao procurar a continuidade biológica por
2705 meio da fertilização in vitro. O que se há de buscar é a preservação da vida e da dignidade do homem,
2706 assim, a integridade da vida que nascerá se não sofrer interrupção natural ou provocada e a possibilidade
2707 de avançar na descoberta do próprio mistério da vida. De tudo o que foi exposto até aqui, são duas as
2708 conclusões a que forçosamente se chega: (i) há uma urgente necessidade de controle da atividade das

2709 clínicas de reprodução assistida, especialmente no que se refere aos procedimentos de fertilização in vitro
2710 em geral e aos diagnósticos pré-implantacionais; e (ii) as pesquisas com células-tronco embrionárias são
2711 importantes e não merecem ser obstadas, observados limites e controles e desde que não causem a
2712 destruição do embrião, vida humana protegida pela Constituição Federal. O que causa perplexidade e,
2713 mais do que perplexidade, representa fonte de grande preocupação é que a origem das pesquisas com
2714 células-tronco embrionárias, nos termos da lei brasileira, está nas clínicas de fertilização in vitro que
2715 operam, independentemente da seriedade de seus respeitáveis profissionais, sem nenhuma fiscalização ou
2716 controle. Veja-se que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não fiscaliza nem controla as
2717 clínicas, salvo quanto aos aspectos físicos, das instalações. Mas não há nenhum sistema organizado de
2718 supervisão do processo, com cadastro de embriões e registros adequados, incluída a identificação
2719 genética, assim, por exemplo, nos diversos casos em que são realizados os diagnósticos pré-implantação.
2720 De fato, com a Resolução 33, de 2006, da Diretoria Colegiada da Anvisa, os chamados Bancos de Células
2721 e Tecidos Germinativos (BCTG), assim entendidos como todos os estabelecimentos que possuam em seu
2722 poder gametas e embriões, neles incluídas as clínicas que guardam os embriões congelados, e vem
2723 informar semestralmente dados como (i) quantidades de sêmen, o ócitos e embriões congelados; (ii)
2724 tempo de congelamento; (iii) taxa de fertilização; (iv) taxa de clivagem; (v) procedimentos adotados; e
2725 (vi) processos de classificação de embriões (ou pré-embriões), o que já é alguma coisa. No entanto,
2726 segundo informação da própria agência, através de sua Gerência Geral de Sangue, Outros Tecidos,
2727 Células e Órgãos (GGSTO), ainda não foi possível, até o dia 10-4-2008, obter informações consolidadas
2728 sobre os serviços dessas clínicas, até porque as vigilâncias sanitárias estaduais e municipais ainda estão
2729 sendo capacitadas para a fiscalização. Apenas no dia 12 de maio deste ano é que a Agência baixou a
2730 Resolução 29, pretendendo organizar um banco de dados sobre os embriões em poder dos Bancos de
2731 Células e Tecidos Germinativos a ser alimentado pelos próprios bancos, com obrigatoriedade somente
2732 após o prazo de sessenta dias. Vê-se, portanto, que atualmente não há nenhum controle. Tampouco há
2733 norma legal que proíba ou impeça a realização de procedimentos inadmitidos em diversos ordenamentos,
2734 como a fertilização para fins não reprodutivos, o uso do diagnóstico pré-implantação para seleção de sexo,
2735 a destruição de embriões considerados inviáveis, a geração de grande número de zigotos, a redução
2736 embrionária etc. Muito menos se vê algum tipo de controle e reprimenda a procedimentos que põem em
2737 risco os limites da própria espécie humana, como a clonagem reprodutiva, a transferência nuclear, o
2738 transplante pro nuclear, a fabricação de quimeras, a conjugação de tecidos humanos e animais, tudo isso
2739 com conseqüências ainda não vislumbradas. A já citada Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de
2740 Medicina serve como uma boa orientação ao estabelecer para a comunidade médica "Normas Éticas Para

2741 a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida”. Mas é pouco. A realidade mostra que o conselho, por
2742 suas limitações materiais e por suas próprias atribuições, tem agido reativamente, por meio de sanções de
2743 ordem profissional. E o que é preciso é uma ação preventiva, fiscalizadora. Tramita no Congresso Nacional
2744 o Projeto de Lei do Senado 90, de autoria do Senador Lúcio Alcântara. Apensados a ele, estão os Projetos
2745 de Lei 2.855/1997; 4.664/2001; 6.296/2002; 120/2003; 2.061/2003; 4.889/2005; 5.624/2005; e
2746 3.067/2008, este último de autoria do Deputado José Aristodemo Pinotti, que também estabelece algumas
2747 condições para a pesquisa com células-tronco ao propor a alteração do próprio art. 5º da Lei 11.105/2005.
2748 O Projeto de Lei 90, contudo, é de 1999 e recebeu parecer desfavorável do Relator na Câmara dos
2749 Deputados (PL 1.184/2003), Deputado Colbert Martins. Aguarda-se sua apreciação na Câmara para que
2750 seja novamente submetido ao Senado Federal. A existência de um grande número de proposições
2751 legislativas sobre o tema da reprodução assistida é indício mais que suficiente para demonstrar a
2752 necessidade de regulamentação desse setor da atividade médica. As inúmeras possibilidades propiciadas
2753 pela fertilização in vitro e os grandes riscos daí decorrentes exigem que o Estado se faça presente. Impõe-
2754 se, por isso, fixar limites que, ao mesmo tempo em que ensejem o desenvolvimento científico nesse tema
2755 e a manutenção de terapias eficazes para a infertilidade do casal, estabeleçam um nível de segurança
2756 adequado para as futuras gerações e um grau mais elevado de respeito ao ser humano, em todas as suas
2757 fases. Entende-se que esse nível e esse grau seriam alcançados através de um procedimento de
2758 fertilização in vitro que, mesmo não obrigando a transferência de todos os embriões produzidos,
2759 observasse as seguintes regras: (i) emprego apenas para fins reprodutivos; (ii) emprego somente na
2760 ausência de outras técnicas aptas para solucionar o problema da infertilidade; (iii) proibição de seleção de
2761 sexo; (iv) emprego de ICSI apenas quando ineficaz a fertilização através da aproximação dos gametas; (v)
2762 limitação do número de óvulos a serem fertilizados; (vi) limitação do uso do diagnóstico pré-implantação,
2763 restringindo-o para investigação de determinadas anomalias com vistas à cura; (vii) limitação do número
2764 de embriões a serem transferidos; (viii) proibição de redução embrionária; (ix) proibição de descarte de
2765 embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação;
2766 (x) proibição de comercialização de embriões; e (xi) proibição de doação de embriões, salvo daqueles
2767 estagnados e registrados em registro único constituído para esse fim, com abrangência nacional, e
2768 somente para pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa
2769 com fins terapêuticos que tenham sido aprovadas por órgão com abrangência nacional, sempre com o
2770 consentimento livre e informado dos genitores, de acordo com as normas de deontologia médica adotadas
2771 mundialmente, e a supervisão de médico especializado. Se a autorização para utilização de células-tronco
2772 embrionárias deve alcançar apenas aquelas que preservem a vida do embrião, não será admitida a

2773 obtenção de células-tronco de embriões congelados, de embriões com alterações genéticas ou de
2774 embriões com alterações morfológicas, quer comprometam ou não o seu desenvolvimento, pelo método
2775 Thomson, ou seja, pela aspiração de células da massa central interna do blastocisto. Pelo uso desse
2776 método, somente poderia ser admitida a obtenção de células-tronco de embriões estagnados, assim
2777 entendidos aqueles que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem
2778 após período de observação que permita caracterizar a irreversibilidade da estagnação, de acordo com
2779 normas especiais estabelecidas pelo Ministério da Saúde. Nesse caso, não se agride a vida do embrião,
2780 porque esses embriões são insubsistentes por si mesmos, já não vivem. Em qualquer hipótese, sempre
2781 com o prévio e exposto consentimento informado por escrito dos genitores, poderão ser utilizadas para
2782 pesquisa e terapia, nas condições adiante definidas para estas e desde que não ameaçada a sobrevivência
2783 do embrião, células-tronco obtidas de blastômeros, assegurada a restituição do embrião ao meio de
2784 conservação em que se encontrava anteriormente para fins de reprodução assistida. O crime previsto no
2785 art. 24 da Lei 11.105/2005 inclui a autorização para utilização de embriões humanos em desacordo com
2786 as condições estabelecidas na lei, alcançando, na minha compreensão, os responsáveis pela autorização e
2787 pela fiscalização. As investigações com células-tronco embrionárias, repita-se, devem se limitar à pesquisa
2788 básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e à pesquisa com fins terapêuticos;
2789 devem ser autorizadas por órgão federal, integrado por equipe multidisciplinar, composta por membros
2790 com larga experiência, inclusive em pesquisa, nos ramos da medicina, da biologia e da química, além de
2791 outras áreas do saber, como o direito, a sociologia, a teologia, a ética e a matemática; devem ser
2792 supervisionadas por especialistas com comprovada experiência nos métodos de manipulação dessas
2793 células; e devem ser devidamente registradas e autorizadas pelo mencionado órgão federal. Anote-se que
2794 a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), por sua composição e competência, foi
2795 constituída com vistas à regulação, ao acompanhamento e à autorização das atividades relacionadas a
2796 organismos geneticamente modificados (OGM) e seus derivados, entre os quais não se incluem os
2797 embriões humanos e as células-tronco embrionárias humanas (art. 3º, § 1º, Lei 11.105/2005). Destaco
2798 que até a presente data apenas o grupo da Dra. Lygia Pereira, séria, respeitada e destacada professora da
2799 Universidade de São Paulo, tentou a derivação de linhagens de células-tronco embrionárias no Brasil.
2800 Destarte, com as razões acima deduzidas, julgo procedente, em parte, a ação direta de
2801 inconstitucionalidade para, nos termos que se seguem: 1. no caput do art. 5º, declarar parcialmente a
2802 inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as células-tronco embrionárias
2803 sejam obtidas sem a destruição do embrião, as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo
2804 Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-

se as expressões “pesquisa e terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com fins terapêuticos; 2. ainda no caput do art. 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a fertilização in vitro seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde; 3. no inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco; 4. no inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que sejam considerados os embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei 11.105/2005, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição; 5. no § 1º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores; e 6. no § 2º, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei 11.105/2005 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto. Por fim, torna-se necessário examinar a aplicação do art. 27 da Lei 9.868/1999, que autoriza a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. É que já estão em curso diversas pesquisas com células-tronco já obtidas por pesquisadores brasileiros. Para preservar o andamento dessas pesquisas, entendo necessário modular os efeitos da declaração parcial de inconstitucionalidade a partir da data deste julgamento.

DEBATE O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, uma explicitação apenas quanto ao alcance do voto de Sua Excelência. Pelo que percebi, haveria, no bojo, a própria criação de um tipo penal, pela decisão do

2837 Tribunal? O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte
2838 por Sua Excelência), foi. O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Está se estendendo ao art. 27? O Sr.
2839 Ministro Menezes Direito: Não. Talvez tenha me explicitado mal. O que eu estou dizendo é que o art. 24,
2840 que tem essa tipificação, deve considerar também, para os efeitos do que está previsto no próprio art. 5º,
2841 que esses autores da autorização e fiscalização sejam alcançados. Foi só isso que eu disse. O Sr. Ministro
2842 Cezar Peluso: Na verdade, Sua Excelência está propondo, mediante interpretação – que não é objeto da
2843 ação – do art. 27, uma modalidade de controle da interpretação de constitucionalidade do art. 5º. Noutras
2844 palavras, ele está recorrendo à interpretação de outro artigo para assegurar uma limitação inerente ao
2845 alcance da declaração de inconstitucionalidade que reconhece. Não está julgando o art. 27, mas o art. 5º!
2846 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas com consequências penais? Porque, pelo que percebi, o art. 5º somente
2847 contempla um tipo penal, se houver a comercialização. Quer dizer, passaríamos a ter o tipo penal pelo não
2848 respeito à decisão do Tribunal quanto à interpretação conforme. Poderíamos chegar a esse ponto?

2849 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua
2850 Excelência), e não é uma cláusula em branco.

2851 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): E o art. 25 também, porque apenas a prática de engenharia genética
2852 em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano. Aqui sim.

2853 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, eu ponderaria à Corte – e não apenas porque o voto de Sua
2854 Excelência foi, além de erudito e brilhante, alentado – que deixássemos todas essas considerações para
2855 depois de todos terminarem os votos, porque, se avançarmos intervenções e pedidos de esclarecimentos a
2856 cada voto, não vamos sair daqui antes de uma semana.

2857 VOTO (Confirmação)

2858 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, a lei agora impugnada autoriza o uso de células-
2859 tronco embrionárias produzidas in vitro, ou seja, em vidro, para fins de pesquisa científica e tratamento
2860 médico. Relembro, ela porta as seguintes condições para as pesquisas: Primeira: o não aproveitamento
2861 para fim reprodutivo do embrião congelado in vitro (não aproveitamento por livre decisão do casal).
2862 Segunda: que o embrião se caracterize pela sua inviabilidade reprodutiva, ou seja, ele já não detenha a
2863 capacidade de clivagem ou de reprodução celular numa progressão verdadeiramente geométrica. Terceira:
2864 que esteja congelado o embrião há pelo menos três anos da data da publicação da lei, ou que, já
2865 efetivamente congelado nessa data, venha a completar três anos. No particular, a lei é de eficácia
2866 exaurida, porque os três anos de congelamento já decorreram em qualquer das duas situações do inciso

2867 II. E, finalmente, quarta condição: o consentimento do casal-doador do material genético, biológico (é
2868 preciso o consentimento expresso do casal-doador). Além disso, a lei estabelece a obrigatoriedade de
2869 encaminhamento de todos os projetos de pesquisas com células-tronco aos comitês de ética e pesquisa
2870 respectivos, que funcionam basicamente nas universidades federais; e veda, tipificando como crime, a
2871 comercialização do material biológico. No art. 6º, a lei toma outras cautelas ou sobrecautelas, como, por
2872 exemplo, proibir a prática de engenharia genética em organismo vivo ou o manejo in vitro de ADN/ARN
2873 natural ou recombinante. A engenharia genética é proibida, também, no inciso III do art. 6º, com célula
2874 germinal humana, zigoto humano e embrião humano. Vai além a lei. A lei proíbe, no inciso IV do art. 6º, a
2875 clonagem humana. Senhor Presidente, eu disse em meu voto e repito, a Constituição Federal não faz de
2876 qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma
2877 concreta pessoa, a vida de alguém, de um indivíduo já adornado da personalidade civil. Vale dizer, nessa
2878 perspectiva que tenho como rigorosamente constitucional, a vida humana ou a pessoa humana se define
2879 como o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral. Fui muito criticado por
2880 essa definição, mas as pessoas que criticavam invariavelmente mutilavam o meu conceito. Em todas as
2881 críticas a esse conceito, eu pude verificar isso. A pessoa humana, o indivíduo biográfico, o ser humano
2882 adornado de personalidade civil é o fenômeno que transcorre do nascimento com vida à morte cerebral.
2883 Muito bem, eu disse isso porque tentei fugir de uma perspectiva analítica teológica ou filosófica, ou
2884 mesmo científica mais aprofundada, uma vez que esse terreno nos leva a uma discussão interminável. Nós
2885 vamos nos perder no infinito, dado que há correntes ponderáveis, consistentes de opinião em um sentido
2886 e de opinião em outro sentido. Eu, também, tentei evitar dizer que as células-tronco embrionárias são
2887 mais promissoras para a Medicina do que as células-tronco adultas, porque também há opiniões
2888 ponderáveis nos dois sentidos. Recentemente, um dos vencedores do prêmio Nobel de Medicina e
2889 Fisiologia, aqui, no Brasil, Oliver Smithies, prestou depoimentos dizendo que o debate sobre o uso de
2890 células-tronco embrionárias humanas, em pesquisa, tomou o rumo errado. Ou seja, uma coisa não
2891 inviabiliza a outra. As duas são pesquisas válidas e podem caminhar pari passu. Falou sobre o Supremo
2892 Tribunal Federal, dizendo o seguinte: Gostaria que o Supremo Tribunal Federal pensasse em células-
2893 tronco de modo diferente. Imagine que eu seja um jovem morto num acidente de carro. Há partes do
2894 meu corpo que ainda são úteis e podem ser dadas a outras pessoas para manter suas vidas. Então, parte
2895 de mim vive em outra pessoa. Se uma célula-tronco embrionária é feita para terapia, aquele embrião não
2896 é morto, [vale dizer, não há destruição] aquele embrião dá vida a outra pessoa. Quer dizer, é um prêmio
2897 Nobel de Medicina e Fisiologia deixando claro que o que se chama de destruição do embrião não é senão,
2898 em verdade, o resgate de uma perspectiva de vida em uma terceira pessoa, dentro de uma filosofia

2899 rigorosamente fraternal ou solidária. Se aquele embrião não tem a menor chance de entrar no útero
 2900 feminino – não é redundante dizer isso –, que ele seja aproveitado para outros fins de terapia e assim
 2901 servir à humanidade. O que se extrai dessas iniciais considerações é o seguinte: a Constituição, no rt. 1º,
 2902 inciso III, fala, sim, de dignidade da pessoa humana, mas ela já se autoexplica: dignidade da pessoa ou
 2903 de um ser dotado de personalidade, porque só a pessoa humana detém personalidade. A personalidade é
 2904 um atributo da pessoa humana. Quando a Constituição, no art. 5º, fala “Dos Direitos e Garantias
 2905 Fundamentais”, inclusive da vida, diz que assegura tais direitos “aos brasileiros e aos estrangeiros
 2906 residentes no País”. Ora, a toda evidência, um embrião não é um brasileiro. Ele não tem nacionalidade. E,
 2907 enquanto permanecer ali in vitro, fora do útero materno, sem possibilidade de nidação, ele jamais vai
 2908 ganhar uma nacionalidade. Também não é um estrangeiro. Esta categoria de brasileiro e de estrangeiro
 2909 como condição para gozo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, essa condição, para o embrião, é um
 2910 indiferente jurídico. O embrião jamais vai alcançar o status de brasileiro ou de estrangeiro. Para que o
 2911 embrião tenha direito à vida, nos termos da Constituição, é preciso reconhecer a ele o direito a um útero.
 2912 E o embrião tem direito a um útero? Claro que não! Eu estou falando do embrião in vitro, daquele embrião
 2913 produzido sem ato sexual, sem acasalamento, sem conúbio, que não é produzido pela natureza, mas
 2914 produzido pelo homem. Não é só a natureza que produz o homem; o homem produz cientificamente o
 2915 homem. Quer dizer, é um embrião que não saiu de nenhuma mulher. O que saiu do corpo da mulher foi
 2916 um singelo óvulo desfecundado até então. Não saiu de nenhum homem também. O que saiu do homem
 2917 foi um jato, um jorro de espermatozóides. Esse embrião in vitro jamais entrará – nos termos da lei – no
 2918 corpo de uma mulher. Nem saiu do corpo feminino, nem vai entrar. Não há nidação; não há gravidez; não
 2919 há maternidade no sentido que eu expus; não há cérebro. É isso o que está causando perplexidade aos
 2920 juristas de uma maneira geral. É que nós estamos lidando com uma realidade absolutamente insimilar. É
 2921 um embrião que não corresponde jamais ao conceito de nascituro. Não há nascituro, muito menos alma. É
 2922 de se supor que a alma vem ao mundo para cumprir uma função e ela é inteligente o suficiente para não
 2923 ficar confinada em um vidrinho, sob a forma de embrião. De maneira que, à luz da Constituição, a vida
 2924 não pode começar senão por um embrião e que o embrião humano é, portanto, o início de toda a vida.
 2925 Daí não se pode derivar, extrair o raciocínio de que embrião é pessoa humana. Ele é um bem a proteger
 2926 juridicamente. É um interesse juridicamente protegido, mas, à luz da Constituição, não é uma pessoa. Até
 2927 porque, Senhor Presidente, nos trabalhos constituintes, houve três propostas para se proteger o embrião,
 2928 para se proteger o ser humano desde a concepção: uma proposta da então Deputada Rita Camata; do
 2929 então Deputado Carlos Virgílio; e da então Deputada Sandra Cavalcanti, nos capítulos “Da Saúde” e “Da
 2930 Família”. Todas as três propostas foram rejeitadas. A Comissão de Constituição e Justiça remeteu o tema

[JC90] Comentário: 6.1

[JC91] Comentário: 7

2931 para a lei ordinária. O Código Civil diz, efetivamente, que “a personalidade civil da pessoa começa do
 2932 nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 2º do
 2933 Código Civil). Ora, sem o ímã do útero, sem a vis atrativa do útero, sem o húmus do útero, não há
 2934 nascituro. Não há como alguém nascer do lado de fora dessa entidade mágica que é o útero humano.
 2935 Feminino. Então, derivar do raciocínio de que não há vida humana que não comece pelo embrião a
 2936 afirmativa de que o embrião já é uma pessoa não procede. Não é correto. Não se pode confundir embrião
 2937 de pessoa com pessoa embrionária. Não existe pessoa embrionária, mas simples embrião de pessoa
 2938 humana. Não incorramos na falácia indutiva de que falava David Hume, ou seja, as premissas não
 2939 autorizam a conclusão. Depois, a Constituição, no art. 6º, faz da saúde um direito fundamental. E nós
 2940 sabemos quantos cadeirantes estão à espera das pesquisas com células-tronco embrionárias e sabemos o
 2941 que significa o Supremo Tribunal Federal cortar toda essa expectativa, esse alento, ainda que a eficácia do
 2942 tratamento só ocorra daqui a cinco, seis, sete, oito anos, não interessa. É preciso recomençar o processo
 2943 que foi estancado há três anos. E a saúde é um direito fundamental que está no art. 6º da Constituição.
 2944 Não pode esperar. Mas não é só. A Constituição também, no art. 5º, inciso IX, diz: é livre a expressão da
 2945 atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (...) Ou seja, a inviolabilidade não é para o
 2946 embrião in vitro, mas para a atividade científica em si. Aliás, a Constituição prestigia tanto a liberdade
 2947 acadêmica, a liberdade de cátedra, a liberdade de pesquisa, a liberdade científica, enfim, que abriu todo
 2948 um capítulo com o nome de “Da Ciência e Tecnologia”. Como se não bastasse isso, Senhor Presidente.
 2949 Olha, não estou falando de filosofia nem teologia, nem de ciência pura, nem de pesquisa básica, estou
 2950 falando da Constituição brasileira. Estou desfilando pela passarela da Constituição, de ponta a ponta, para,
 2951 na Constituição, buscar os fundamentos de meu voto, porque, como disse a Ministra Ellen Gracie, no seu
 2952 luminoso voto na primeira assentada, o que nos cabe é dar uma resposta jurídica constitucional para a
 2953 questão que nos é posta. Porque, no plano do direito, não devemos nos perder no infinito das discussões.
 2954 Há um ponto de partida e há um ponto de chegada. A Constituição diz no art. 226, § 7º, com todas as
 2955 letras, em alto e bom som: **Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana.** Agora, sim, a
 2956 Constituição diz **dignidade da pessoa humana.** Não é por ilação; não é por abstração; não é por uma
 2957 construção cerebrina; estou lendo o texto: e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre
 2958 decisão do casal. Ou seja, a **dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisório-**
 2959 **familiar.** Planejar o número de filhos, a quantidade de filhos, a possibilidade de assisti-los afetiva e
 2960 materialmente, tudo isso é matéria regradada pela Constituição com este emblemático nome de
 2961 “paternidade responsável”. O planejamento familiar responsável é liberdade, direito fundamental do casal.
 2962 Como se fosse pouco, a Constituição arremata o seu discurso por esta forma: competindo ao Estado

[JC92] Comentário: 6.1

[JC93] Comentário: 4.1

[JC94] Comentário: 3

2963 propiciar recursos educacionais e científicos. Daí a reprodução assistida; daí a produção do embrião in
2964 vitro, em placa de Petri. Enfim, diz a Constituição: para o exercício desse direito. E vai além. Não fica nisso
2965 não. vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Então, quando uma
2966 sentença “aditiva” é proposta, fico preocupado porque me remeto para essa parte final do dispositivo
2967 constitucional: vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Essa
2968 liberdade científica, signo de evolução ou de status civilizatório avançado e de consolidação do processo
2969 democrático, está numa pesquisa recentemente feita pela Anis dando conta de que – Vossas Excelências
2970 devem ter recebido o memorial – dos 25 Estados com nível de desenvolvimento tecnológico comparado ao
2971 Brasil, 24 fazem pesquisas com células-tronco embrionárias. O estudo desenvolvido sob os auspícios do
2972 Ministério da Saúde abrangeu 25 países, nos quais se concentram – isso é muito importante – mais da
2973 metade da população do planeta. Noventa por cento das publicações científicas e onde se encontram
2974 presentes todas as principais religiões praticadas no mundo: cristianismo, judaísmo, islamismo, budismo e
2975 hinduísmo. Nele se constatou que um único país, a Itália, proíbe as pesquisas; outros dois apresentam
2976 restrições que não impedem sua realização: os Estados Unidos, onde se limita o financiamento por parte
2977 do governo federal, mas não dos Estados, que têm investido maciçamente, e a Alemanha, que proíbe a
2978 utilização de embriões produzidos em seu território, mas não a importação; ou seja, não a importação de
2979 linhagens embrionárias. Fiz uma pesquisa sobre essa lei italiana e constatei que ela, de tão detalhista,
2980 praticamente engessa a ciência. Impõe metodologias rigorosas e especificação de procedimentos e
2981 definições técnico-científicas nela própria, na lei, e o fato é que tudo isso foi objeto de declaração de
2982 inconstitucionalidade por três tribunais italianos; quer dizer, é uma lei que peca por excesso. Estamos a
2983 falar de uma lei brasileira supostamente defeituosa por insuficiência regratória, e temos, na Itália, um
2984 caso absolutamente inverso em que a lei – exatamente por engessar a ciência e trabalhar com conceitos
2985 que a própria ciência vai produzindo à medida que as novas tecnologias e o redimensionamento de novos
2986 quadros mentais vão surgindo – sofreu um contraponto por parte de três tribunais, o de Cagliari, o de
2987 Firenze e o de Lazio, na Sentença 398, datada de 31 de outubro de 2007 e depositada em 21 de janeiro
2988 de 2008. Essas decisões suspenderam dispositivos da lei que vedavam a verificação de má formação
2989 genética do embrião antes do implante e a limitação em três do número de embriões fecundados com a
2990 obrigatoriedade de implante imediato deles; ou seja, obrigando as mulheres a engravidarem. Tudo isso os
2991 tribunais decidiram com base na Constituição italiana, que se aproxima muito da nossa. Diz a Carta
2992 italiana: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” e “são iguais perante a lei”. Diz mais: “a
2993 saúde é direito fundamental do indivíduo”. Logo, a lei não pode, em nenhum caso, atentar contra a
2994 dignidade da pessoa humana. Por isso que, diante do risco ou do perigo de excesso do poder do

[JC95] Comentário: 7

[JC96] Comentário: 3

2995 legislador, consignaram os tribunais: não há um direito absoluto do embrião frente ao da “dona” ou
 2996 mulher que o abrigue. É que os italianos vivenciaram recentemente o que estamos experimentando aqui
 2997 nesta sessão. Está-se a propor, aqui, uma sentença de caráter aditivo, mesclada com interpretação
 2998 conforme, para dotar a lei brasileira de uma exuberância regratória que, em matéria científica e de saúde,
 2999 já foi considerada inconstitucional pela Corte italiana; depois, a proposta de interpretação conforme
 3000 pressupõe – todos nós sabemos – uma polissemia, uma plurissignificatividade do texto legal sob exame
 3001 que não me parece própria do artigo sob análise. Pelo que não tenho como cabível para o caso a técnica
 3002 de interpretação “conforme a Constituição”. Senhor Presidente, concluo dizendo que nossa Constituição,
 3003 legitimadora da Lei de Biossegurança, só merece elogios. A lei, em si, não é de bioinsegurança, vamos
 3004 atentar bem para as coisas. Ao contrário, a lei é de biossegurança. Conforme disse o Ministro Celso Lafer,
 3005 chanceler tão respeitado por todos nós, que é um jusfilósofo de reconhecido peso científico no Brasil e no
 3006 mundo, a lei fez adequadamente a ponderação de interesses e de valores pelo seu art. 5º, que estamos
 3007 examinando, e está ancorada numa Constituição da mais enxuta contemporaneidade. Tenho para mim
 3008 que, em matéria de saúde, em matéria de ciência, em matéria de dignidade da pessoa humana e
 3009 liberdade do casal para procriar a seu modo e tempo, a nossa Constituição homenageou dois luminares do
 3010 pensamento ocidental. O primeiro foi Goethe, que morreu dizendo “luz, mais luz ainda”; e o segundo foi
 3011 Victor Hugo, dizendo o seguinte: “nada é tão irresistível quanto a força de uma idéia cujo tempo
 3012 chegou”. E a Medicina Celular ou Regenerativa encontrou, nas palavras precisas de Dráuzio Varella,
 3013 também acatado médico brasileiro, a seguinte emissão de juízo, com a qual termino minha intervenção.

3014 O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, só queria registrar, com todo respeito, que eu não vou
 3015 redarguir as observações feitas pelo meu eminente querido amigo Carlos Britto, incluída a questão técnica
 3016 que nós todos, o Ministro Carlos Britto sabe que, se estamos sentados aqui, a conhecemos razoavelmente
 3017 bem, em respeito ao tempo dos Colegas e ao adiantado da hora, mas presto também as minhas
 3018 homenagens ao Ministro Carlos Britto. O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, renovo
 3019 meu juízo de louvor ao voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes. É que o ordenamento jurídico
 3020 é assim mesmo. Ele se vaza numa estrutura de linguagem. Estamos aqui dissentindo no plano das idéias,
 3021 mas sem nenhum confronto de ordem pessoal. Finalmente, Dráuzio Varella disse o seguinte: Ninguém se
 3022 engane, a Medicina celular ou regenerativa vai cumprir no século XXI a mesma função revolucionária que
 3023 o antibiótico cumpriu no século XX.

3024 EXPLICAÇÃO

[JC97] Comentário: 6, 4

3025 O Sr. Ministro Gilmar Mendes(Presidente): Senhores Ministros, terminamos mais uma vez uma parte desta
3026 sessão, mais uma assentada memorável. Gostaria, ao encerrar esta parte da sessão, de registrar a
3027 importância deste debate, e a importância, inclusive, do pedido de vista previsto regimentalmente e,
3028 também, no Código de Processo Civil. Não podemos olvidar que a jurisdição constitucional legitima-se
3029 democraticamente pela reflexão e pela argumentação produzidas segundo a racionalidade própria das
3030 normas e procedimentos que conduzem os julgamentos. Trago à tona as lições de Robert Alexy, para
3031 afirmar que “o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional
3032 argumentativamente”. É o que nós estamos a fazer aqui. A sociedade brasileira só tem a ganhar com a
3033 produção de um debate qualificado argumentativamente, com a reflexão pormenorizada, com o
3034 julgamento rigoroso por parte desta Corte.

3035 VOTO

3036 (Antecipação)

3037 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, sejam de cumprimento as minhas primeiras palavras ao
3038 eminente Ministro Relator que, na assentada inicial – e hoje ainda –, ao concluir pela total improcedência
3039 da presente ação, apresentou um primoroso pronunciamento. Hoje, na seqüência do julgamento, o
3040 insigne Ministro Menezes Direito igualmente apresentou um voto elaborado, profundo, e, tal como o
3041 Ministro Relator, debruça-se sobre as questões aqui trazidas com percuciência e rigor, e demonstra,
3042 inclusive, a necessidade desses estudos que se fazem após a apresentação de dados tão sérios como os
3043 que foram feitos na assentada inicial pelo eminente Ministro Relator. Por isso, inicio cumprimentando
3044 esses votos pronunciados pelos nobres Pares que já apresentaram as suas manifestações. Gostaria de
3045 pedir licença a Vossa Excelência, antes de adentrar os fundamentos do voto que proferirei, para, muito
3046 breve, fazer algumas observações preliminares para pontuar – muito breve, como disse – alguns itens
3047 importantes que não se referem apenas a uma postura relativa a este julgamento, mas a um dado
3048 institucional que se torna, penso, relevante acentuar em face de todo o grande, necessário, positivo e
3049 muito democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação.

3050 VOTO

3051 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, como observações preliminares e antes de adentrar nos
3052 fundamentos do voto que proferirei em seguida, gostaria de pontuar, brevemente, alguns itens
3053 importantes, e que não se referem apenas a uma postura relativa a este julgamento, mas a um dado
3054 institucional que se torna, penso, relevante acentuar em face de todo o grande, necessário, positivo e

3055 democrático debate havido na sociedade sobre a matéria discutida nesta ação. Tais observações
3056 préambulares, Senhor Presidente, faço-as para realçar notas que, no trânsito democrático das idéias
3057 amplamente divulgadas sobre a matéria objeto da presente ação, devem ser perfeitamente interpretadas
3058 e acreditadas segundo as balizas que conduzem os julgamentos por este Supremo Tribunal. A matéria de
3059 que aqui se cuida tem traços que a distinguem daquelas que comumente são trazidas a este Supremo
3060 Tribunal, donde a enorme gama de opinamentos – legítimos, seja realçado – de todos e que poderiam,
3061 eventualmente, fazer supor que a condução das idéias e definições desta Casa seguiriam opções forçadas
3062 segundo fatores momentâneos externos. Por isso é que enfatizo que as manifestações sobre as idéias
3063 relativas à questão do uso das células-tronco embrionárias em pesquisa são legítimas e desejáveis. Afinal,
3064 pesquisa científica diz com a vida, com a dignidade da vida, com a saúde, com a liberdade de pesquisar,
3065 de se informar, de ser informado, de consentir, ou não, com os procedimentos a partir dos resultados
3066 obtidos com as pesquisas. Logo, diz respeito diretamente a todos e todos têm o legítimo e democrático
3067 interesse e direito de se manifestar. Entretanto, as manifestações, dotadas – repito – de profunda,
3068 legítima e compreensível emoção a envolver o tema e as suas conseqüências sociais, não alteram, não
3069 desviam – nem poderiam – o compromisso do juiz do seu dever de se ater à ordem constitucional vigente
3070 e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer. Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única
3071 religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer
3072 e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial. Por isso, como
3073 todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade,
3074 que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com
3075 células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005. Também manifesto nestas
3076 ponderações iniciais, Senhor Presidente, a minha preocupação com as expectativas que parece ter sido
3077 suscitadas na sociedade quanto aos efeitos práticos e imediatos deste julgamento. A esperança é um
3078 direito natural que as pessoas têm e que não podem perder, para continuar a ter força para lutar pelo que
3079 cada um e todos mais precisam. Mas não se há confundir a esperança de cura com a ilusão de uma
3080 imediata cura. Nem está no Direito, nem neste Tribunal, nem no resultado desta ação o bálsamo curador
3081 de quem mais precisa dos efeitos de novas terapias, que têm grande chance de poderem surgir em algum
3082 tempo (ainda não precisado pela ciência) se as pesquisas, liberadas, chegarem aos resultados hoje
3083 esperados pela comunidade científica dedicada ao tema. Mas que nem se use desta ação para impedir as
3084 pesquisas, nem para falsear ilusões que não podem ser garantidas agora a quem quer que seja, conforme
3085 a unânime opinião das pessoas sérias e responsáveis que trabalham com a matéria versada neste
3086 processo. Faço questão de realçar este ponto, Senhor Presidente, porque temo que a palavra pela qual se

[JC98] Comentário: 4, 3

3087 afirma e faz realizar o Direito possa vir a ser utilizada para iludir legítimas esperanças dos que dependem
3088 de soluções sérias e que se quer benéficas aos que mais diretamente dependem do êxito das pesquisas
3089 para sofrimentos que a só natureza (sem a mão do homem) não pode curar. Teço tais observações,
3090 Senhor Presidente, porque assisti a divulgações das mais diversas fontes e dos mais diferentes matizes,
3091 que poderiam ser lidos, ouvidos e até vistos como se a solução desta causa fosse o passaporte faltante
3092 para a salvação imediata daqueles que padecem de males que poderão vir a ser sanados ou diminuídos
3093 em seus efeitos pelo êxito de pesquisas científicas da medicina regenerativa. Entretanto, isso é uma
3094 promessa, mas é certo que não ocorrerá amanhã, qualquer que seja o resultado deste julgamento.
3095 Poderá, é certo, haver um amanhã para aqueles que padecem de males dependentes do êxito que se
3096 espera a partir das pesquisas com células-tronco embrionárias. Ilusão não é esperança. E como enfatiza
3097 Sophia de Mello Breyner, "com fúria e raiva acuso o demagogo, que se promove à sombra da palavra, e
3098 da palavra faz poder e jogo...". São demagogos, Senhor Presidente, todos os que se valem da palavra
3099 para enganar os que querem, mais ainda os que precisam acreditar para persistir em suas lutas para viver
3100 ou para não morrer. Por isso tanto mais inaceitável a oferta fácil de falsas ilusões, que não podem ser
3101 honradas e que não ajuda a que se mantenham as esperanças, necessárias, reitero, para que as pessoas
3102 não desanimem e persistam a acreditar que haverá de haver soluções para os seus dilemas. Finalmente,
3103 Senhor Presidente, e ainda como observação preliminar, a se tomar não apenas quanto a esse, mas em
3104 relação a qualquer julgamento de controle abstrato de constitucionalidade, preocupa-me o que foi aqui
3105 afirmado por um dos ótimos advogados que assomaram a tribuna, na inicial desse julgamento. Segundo o
3106 que anotei nas alegações lançadas da tribuna, afirmou um dos eminentes procuradores, que, no presente
3107 julgamento, não teria muito a fazer este Supremo Tribunal, pois não haveria um vazio legislativo sobre a
3108 matéria. A questão resumir-se-ia na indagação que poderia ser assim traduzida: que legitimidade teria o
3109 Poder Judiciário para afirmar inconstitucional uma lei que o Poder Legislativo votou, o povo quer e a
3110 comunidade científica apóia? No Estado Democrático de Direito, os Poderes constituídos desempenham a
3111 competência que lhes é determinada pela Constituição. Não é exercício de poder, é cumprimento de
3112 dever. Ademais, não imagino que um cidadão democrata cogite querer um juiz-Pilatos dois mil anos
3113 depois de Cristo ter sido crucificado porque o povo assim queria. Emoção não faz direito, que é razão
3114 transformada em escolha jurídica. Quantos Cristos a humanidade já não entregou segundo emoções
3115 populares momentâneas? E quem garante quem será o próximo, que poderá sofrer uma injustiça, evitada
3116 pelo que o leigo, às vezes, considera ou apelida ser apenas uma "firula legal"? Anotava Hamilton, em O
3117 Federalista, que a "independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos
3118 direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que através das intrigas dos astuciosos ou da

3119 influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora o povo
3120 rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor – tendem, entretanto, a provocar
3121 inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. (...) é
3122 fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão por parte dos juízes para cumprirem seus
3123 deveres como guardiões

3124 da Constituição se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade”
3125 (HAMILTON, MADISON E JAY. O Federalista. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade
3126 de Brasília, 1984. p. 580). É com o só compromisso com a Constituição que há de atuar esse Supremo
3127 Tribunal, neste como em qualquer outro julgamento. O juiz faz-se escravo da Constituição para garantir a
3128 liberdade que ao jurisdicionado nela é assegurado. Passo, então, Senhor Presidente, aos fundamentos do
3129 meu voto. No mérito 1.Nesta ação direta de inconstitucionalidade, põe-se em questão a validade
3130 constitucional do art. 5º e seus parágrafos da Lei 11.105, de 24-5-2005, que dispõe: Art. 5º É permitida,
3131 para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos
3132 produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes
3133 condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na
3134 data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de
3135 completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é
3136 necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem
3137 pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à
3138 apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do
3139 material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei
3140 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. 2.O Procurador-Geral da República, autor da ação, afirma que seriam
3141 inconstitucionais aqueles dispositivos e que “a tese central desta petição afirma que a vida humana
3142 acontece na, e a partir da, fecundação.” A partir de marco assim exposto, segundo o qual o óvulo
3143 fecundado – o embrião em seus primeiros momentos – seria vida humana, cujo uso para pesquisa e
3144 terapia (nos termos dos dispositivos legais questionados) configuraria agressão ao direito à vida, nos
3145 termos constitucionalmente postos no art. 5º, da Constituição brasileira, o Procurador-Geral da República
3146 afirma ser o zigoto – constituído por uma única célula – “biologicamente um indivíduo único e irrepetível”
3147 (fl.). Sem mais, conclui ele que, ao permitir o uso dos embriões inviáveis ou congelados há mais de três
3148 anos, nos termos dos incisos I e II do art. 5º, da Lei 11.105/2005, com o consentimento dos genitores e
3149 sem fins comerciais (o que é constitucional e legalmente proibido), as normas em foco ofenderiam o
3150 princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição) e a inviolabilidade do direito

3151 à vida (art. 5º). 3.A indagação posta ao exame deste Supremo Tribunal marcou-se por densa
 3152 manifestação da comunidade científica, de comunidades acadêmicas e religiosas, e da opinião pública,
 3153 nesta preponderando a legítima presença daqueles que se vêem como potencialmente beneficiários de
 3154 resultados das pesquisas que se poderão levar a feito se o dispositivo legal se mantiver íntegro nos termos
 3155 positivados. Cogitou-se e divulgou-se que a ação teria o condão de transferir a este Supremo Tribunal a
 3156 obrigação de afirmar “quando começa a vida” ... Para o específico fim de se ter a resposta à questão de
 3157 saber se são, ou não, constitucionalmente válidas as normas enfocadas na presente ação, tenho que se há
 3158 de afirmarem os princípios constitucionais e a sua aplicação ao caso, sem que se tenha, necessariamente,
 3159 de afirmar, juridicamente, o momento de início da vida para os fins de garantia de direitos ao embrião ou
 3160 ao feto. Não que essa não seja uma questão que não tenha de vir a ser enfrentada por este Supremo
 3161 Tribunal. Apenas para o desate da indagação feita na presente ação, tenho como mister ponderarem-se
 3162 os princípios constitucionais que haveriam de ter sido respeitados pelo legislador e verificar se o foram –
 3163 caso em que a norma jurídica é constitucionalmente válida –, ou não. A Lei de Biossegurança e a ética
 3164 constitucional vigente 4.A Lei 11.105/2005 cuida de múltiplas matérias. O único dispositivo argüido como
 3165 inválido constitucionalmente pelo Procurador-Geral da República, como antes transcrito, foi o art. 5º e
 3166 seus parágrafos, que cuidam, especificamente, da utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-
 3167 tronco obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização in vitro e que, “não utilizados
 3168 no respectivo procedimento”, a dizer, não tendo sido implantados no útero materno, podem servir àqueles
 3169 objetivos mediante o consentimento dos genitores e desde que não se voltem à comercialização do
 3170 material biológico. Os embriões a que se referem os dispositivos são apenas aqueles tidos pela lei como
 3171 inviáveis (art. 5º, inciso I) ou “congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação... (da) Lei, ou
 3172 que, já congelados na data da publicação (da) Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir
 3173 da data de congelamento”. 5.Tem-se, pois, nas normas havidas no art. 5º e seus parágrafos da Lei
 3174 11.105/2005, que: a) Objeto do procedimento legalmente permitido há de ser a.1) embriões produzidos in
 3175 vitro (art. 5º, caput); a.2) embriões inviáveis ou congelados há três anos ou mais, na data da publicação
 3176 da lei ou que, já congelados naquela data, venham a completar três anos, contados a partir da data do
 3177 congelamento (art. 5º, incisos I e II); b) São fins únicos da utilização de células-tronco embrionárias a
 3178 pesquisa e a terapia (art. 5º, caput); c) São condições para a utilização legalmente permitida: c.1) o
 3179 consentimento dos genitores (art. 5º, § 1º); c.2) a aprovação prévia do comitê de ética da entidade
 3180 pesquisadora (art. 5º, § 2º); d) São vedações legais expressas (não apenas no art. 5º, questionado, mas
 3181 também no art. 6º, daquele mesmo diploma legal): d.1) a comercialização de embriões, células ou tecidos
 3182 (art. 5º, § 3º); d.2) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto e embrião (art. 6º, inciso

III) d.3) a clonagem humana (art. 6º, inciso IV). 6.O caput do art. 5º da Lei 11.105 dispõe ser permitida a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizadas no respectivo procedimento para duas finalidades: pesquisa e terapia. 7.Há que se distinguirem, pois, as finalidades pesquisa e terapia para o específico objetivo de se analisar a validade constitucional da norma posta em exame. Especialmente porque os princípios constitucionais relativos à liberdade de pesquisa aliam-se, mas não se confundem com aqueles que informam o legislador infraconstitucional na questão relativa à utilização de terapias. 8.A ética constitucional vigente afirma o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do que decorre a impossibilidade de utilização da espécie humana – em qualquer caso e meio – para fins comerciais, eugênicos ou experimentais.

[JC100] Comentário: 6.1

9.Ao escrever – antes do advento da Lei 11.105/2005 – sobre o tema, acentuava que “Não há determinismo ou definitividade no sofrimento do ser humano. Nem se há de admitir o sofrer pelo sofrer. O homem existe para ser feliz. Quer ser feliz. Tudo o que tolhe, limita, dificulta ou impede este estágio de realização humana pode conduzir à indignidade da pessoa. Paralelamente, o que alargue as humanas condições tende a ser benéfico à dignidade. (...) Por isto o direito há de cuidar da vida do homem com a indisponibilidade que o caracteriza, com a integridade que a assegura, com a liberdade que a humaniza, com a responsabilidade que a possibilita. Enfim, a dignidade humana não pode ser elemento de mínima concessão. Cabe ao direito assegurar que assim se cumpra. Mas esta garantia não se restringe a uma competência estatal; há que se converter em compromisso social. Na medida em que a ciência deixou de ser fechada e estática e passou a ser aberta e dinâmica e a atuar não apenas para sarar os homens, mas para transformá-los ou até mesmo permitir a sua vida e a sua morte em formatos forjados em laboratórios, a ciência (...) passou a constituir um fator de determinação social, até mesmo de organização político-social, pelo que passou a ser, paralela e necessariamente, objeto de cuidados jurídicos. É que a organização social legitima-se pelo pleno atendimento dos direitos humanos, os quais não podem ser sonegados, menosprezados ou desprestigiados em benefício de novos comportamentos que venham a ser adotados, ainda que sob o signo da melhoria das condições de vida de algumas pessoas. A ciência não pode, sozinha, legitimar-se como fonte nova e exclusiva da organização sócio-política, nem pode pretender que a dignidade humana seja subtraída e sua matricial importância e primado sobre todos os outros princípios, que se põem na base da ordem segundo a qual se organiza a sociedade contemporânea.

[JC101] Comentário: 4.1

[JC102] Comentário: 3

[JC103] Comentário: 4.2

O desenvolvimento científico e tecnológico não podem ser negados ou impedidos, nem é o que se propõe, por ser ele elemento de melhoria das condições humanas. O que não se pode admitir é que o direito deixe de considerar este novo quadro científico que faz valer os seus conhecimentos sobre o homem, sobre o seu corpo, a sua vida psíquica e o seu espírito. Chamar-se à responsabilidade de todos e de cada um não

3215 é suficiente para garantir o pleno respeito à liberdade dos homens, menos ainda para assegurar a
 3216 dignidade humana. A fragmentação do corpo humano, a venda de órgãos, ou, de maneira mais geral, a
 3217 comercialização do corpo humano esquarterado em vida e dissecado como se fosse objeto solto de um
 3218 quadro e que, em certos casos, pode não trazer mal imediato e direto à saúde do comerciante de si
 3219 mesmo, pode agradar ao negociador do laboratório e permitir o uso que até mesmo beneficie uma outra
 3220 pessoa, mas agride, fragorosamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, não podendo ser aceita,
 3221 menos ainda deixada ao exclusivo cuidado particular (ou de particulares). Desconhecer que o negócio de
 3222 embriões, a sua venda, a concepção para o uso posterior de embriões, indesejados como seres em fase
 3223 de formação, buscados apenas como bem a ser manipulado para fins cumpríveis por laboratórios, é
 3224 desatender as funções primárias dos Estados e das sociedades de proteger o princípio da dignidade
 3225 humana, que não se pode render a lucros materiais ou imateriais dos pesquisadores ou médicos
 3226 encarregados dos procedimentos (...).” (O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, p. 82.) O estudo
 3227 das normas questionadas na presente ação patenteia, entretanto, a preocupação do legislador em
 3228 atender, quanto à pesquisa, de um lado, a liberdade de permiti-la e, de outro, os limites que a
 3229 compatibilizam com os princípios constitucionais, na forma acima exposta, pelo que se há de analisar as
 3230 assertivas do Procurador-Geral da República, na peça inicial da presente ação, com todos os contornos
 3231 postos na Lei, aí incluídas as vedações expressas em outras normas daquele diploma e que se compõem
 3232 com o estatuído no art. 5º e seus parágrafos, objeto da presente ação. Desta composição é que se conclui
 3233 o quadro legal estabelecido e que guarda consonância com os princípios constitucionais, aí incluído,
 3234 primordialmente, o da dignidade da pessoa humana. Quanto à permissão para fins de terapia da utilização
 3235 das células-tronco embrionárias, também há que se compatibilizar, por meio de rigorosa interpretação, o
 3236 quanto posto na lei questionada com os princípios constitucionais vigentes. De pronto cumpre realçar a
 3237 distinção entre tratamento, cuja remissão constitucional é expressa como forma de acesso aos cuidados
 3238 com a saúde, direito fundamental da pessoa (art. 6º, 199, § 4º, da Constituição), e terapia. Palavras
 3239 geralmente tomadas como sinônimas, a terapia pode ser tida como a adoção de práticas e procedimentos
 3240 que conduzam a formas de tratamento. Entretanto, há terapias experimentais, o que poderia indicar, se
 3241 adotado aquele conteúdo normativo sem o conformar aos princípios constitucionais, que também nestes e
 3242 para estes casos estaria a lei validando a imediata utilização de embriões e o que é mais, a utilização das
 3243 pessoas submetidas a tais procedimentos. Terapias feitas a título de experimentação com o uso do ser
 3244 humano não se compatibilizam com os princípios da ética constitucional, em especial, com o princípio da
 3245 dignidade da pessoa humana. E neste caso, nem tanto pela utilização dos embriões, mas porque se
 3246 utilizariam pessoas como verdadeiras cobaias, serventes que seriam à experimentação de técnicas ainda

[JC104] Comentário: 4.1

[JC105] Comentário: 4.1

[JC106] Comentário: 6.3

[JC107] Comentário: 6.1

[JC108] Comentário: 4.1

sem qualquer amparo em bases científicas e resultados concretos obtidos nas pesquisas. A literalidade do texto do art. 5º, caput, da Lei examinada, na referência ali feita à utilização permitida de células-tronco embrionárias para fins de terapia, poderia conduzir à equívoca conclusão de que ela estaria agora – ou desde a vigência da norma – autorizada. Ocorre que não há pesquisa sobre células-tronco embrionárias terminadas ou assentadas em sólidas bases científicas que pudessem admitir tal conclusão. Em curso há apenas uma década, tais pesquisas não podem ainda ser consideradas validadas para fins de utilização como terapia, quando então não se teria tratamento, mas mera experimentação com seres humanos. E é isso que não se compatibiliza com o princípio da dignidade da pessoa humana. Repita-se: não por causa da utilização das células-tronco embrionárias, da natureza de que ela se dote em face do ordenamento jurídico (pessoa ou não), mas pela singela circunstância de que a sua utilização seria no corpo daquele que precisa de qualquer alternativa para buscar viver ou para não se deixar morrer, entregando-se a experimentos ainda não completados em suas fases de viabilização e utilização nos seres humanos. Daí a necessidade de se interpretar a norma, quanto à terapia, como dotando-se de conteúdo estrito e coerente com a regra constitucional, que assegura o direito ao tratamento. A terapia, como forma de tratamento a partir de bases e resultados científicos consolidados e aceitos pelos órgãos e instituições competentes, impede, assim, a auto-oferta do paciente como experimentação com animal nobre, o que não há de ser tido como compatível com a dignidade humana. Células-tronco embrionárias e princípios constitucionais: inviolabilidade da vida e dignidade da pessoa humana 10. As células-tronco embrionárias, imaturas, primitivas e pluri ou totipotentes, produzidas em laboratórios, é que são, portanto, objeto do dispositivo legal posto em questão. Essas células são consideradas – no atual estágio da pesquisa científica – potencialmente aptas a gerar quaisquer tecidos do organismo humano, permitindo a renovação das células linfoides e mieloides e, assim, a produção de células diferenciadas no tecido sanguíneo. É essa aptidão potencial das células-tronco embrionárias, não repetida nas células-tronco adultas, havidas no organismo desenvolvido, que distingue e valoriza as primeiras e torna-as especialmente atrativas para a pesquisa a partir da qual possam surgir novos tratamentos disponibilizados para o bem e a dignidade do ser humano. Podendo tornar-se diferentes tecidos do organismo são elas que podem conduzir a novos patamares de pesquisa em benefício de todas as pessoas, em especial das que padeçam de doenças degenerativas (mal de Alzheimer, mal de Parkinson, esclerose múltipla, diabetes, distúrbios cardiovasculares, entre outras). E não são poucas as pessoas que sofrem destes males e que têm nas pesquisas a possibilidade – conquanto ainda não a certeza – de poder resgatar a sua condição de saúde ou, ao menos, de melhoria das condições para o viver digno. Afirmou-se nas razões de apoio à tese de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei 11.105/2005, argüida pelo Procurador-Geral

[JC109] Comentário: 4.1

[JC110] Comentário: 4.1

[JC111] Comentário: 7

[JC112] Comentário: 4.3

3279 da República, que não haveria motivo para se admitir o uso de células-tronco embrionárias, controvertido
3280 em razão de ponderações éticas, uma vez que a utilização de células-tronco adultas demonstraria a igual
3281 condição dessas àquelas. Não é o que a pesquisa científica até aqui levada a efeito mostra: a célula-tronco
3282 embrionária tem a possibilidade de gerar todos os tecidos de um indivíduo adulto. Portanto, ao menos no
3283 plano das perspectivas das pesquisas até o presente, essa célula poderia originar todos os tipos de
3284 tecidos, razão pela qual ela é denominada totipotente (ou pluripotente). Em face desta sua característica,
3285 a célula-tronco embrionária não pode ainda ser substituída, sendo grande a expectativa suscitada de
3286 poder vir a ser aproveitada nos procedimentos reparatórios de tecidos devido àquela sua qualidade, pois
3287 implantada no tecido lesado ela se diferenciaria em células específicas do mesmo tecido, recuperando-o. É
3288 certo que o seu controle de diferenciação ainda não está completamente estudado, pois em diversos
3289 estudos feitos deu-se a formação de teratomas (tecidos não funcionais anômalos). Daí a importância da
3290 pesquisa com esse tipo celular para a conclusão sobre o processo de diferenciação quando essas células
3291 são implantadas em tecidos hospedeiros. Diferentemente do que foi carreado aos autos, quanto às
3292 células-tronco adultas não há dados científicos a mostrar poderem elas ser utilizadas para que se
3293 transformem em neurônios, o que é necessário para que se tenha o tratamento de doenças
3294 degenerativas. O seu aproveitamento é assegurado em tratamentos para doenças do sangue, como
3295 leucemia e talassemia, sendo comuns os procedimentos que delas se valem para a recuperação de
3296 músculo e ossos. Com mais de três décadas de pesquisa, as células-tronco adultas são utilizadas
3297 freqüentemente nos procedimentos voltados à renegeração daqueles tecidos. No Brasil, a Rede Sarah, por
3298 exemplo, utiliza célula-tronco adulta mesenquimal para o reparo de tecidos que acometem o aparelho
3299 locomotor, ossos e músculos há mais de dez anos. Mas elas não se transformam em neurônios, portanto
3300 não servem para reabilitação de problemas neurológicos como lesão cerebral, medular (paraplegia,
3301 tetraplegia) e doenças neuro-degenerativas (como, por exemplo, mal de Alzheimer, Parkinson, miopatias,
3302 neuropatias periféricas, dentre outras). A alegação, portanto, de que haveria desnecessidade de
3303 continuação das pesquisas com células-tronco embrionárias, para se dar cumprimento aos princípios e
3304 regras constitucionais relativas ao direito à saúde e à **dignidade da vida humana, não tem embasamento**
3305 **científico.** De resto, cumpre realçar que a lei em causa não está excluindo a utilização das células-tronco
3306 adultas em pesquisa e, nesse caso, até mesmo nas terapias já conhecidas e em outras novas, que possam
3307 vir a sê-lo. Não se cuidam de linhas de pesquisa e utilização em tratamento excludentes as que se referem
3308 às células-tronco adultas e às células-tronco embrionárias. Antes, elas devem ser auxiliares para o
3309 benefício de quem necessite do tratamento com que pode ser acudido o doente conforme o seu caso e a
3310 sua necessidade. 11. Tem-se, na peça inicial da ação, que “a vida humana acontece na, e a partir da,

[JC113] Comentário: 7

3311 fecundação (...) a vida humana é contínuo desenvolver-se (...) estabelecidas tais premissas, o art. 5º e
 3312 parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida,
 3313 porque o embrião é vida humana e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que
 3314 **radica na preservação da dignidade da pessoa humana (...)**". Quanto a ser a utilização de células-tronco
 3315 embrionárias uma forma de violação do direito à vida, talvez conviesse se partir do que significa a
 3316 violabilidade e o seu contrário, vedado constitucionalmente em relação ao direito à vida, à liberdade, à
 3317 igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput, da Constituição brasileira). Violar tem o sentido de
 3318 infringir com violência, transgredir ou ofender o que posto pelo direito. A inviolabilidade do direito à vida,
 3319 que o Procurador-Geral da República põe como estando descumprido pelo art. 5º e parágrafos da Lei
 3320 11.105/2005, não pode ser interpretada a partir da idéias de direito absoluto. Todo princípio de direito
 3321 haverá de ser interpretado e aplicado de forma ponderada segundo os termos postos nos sistema. Como
 3322 acentuado pelo Procurador-Geral da República em sua petição, **dignidade humana é princípio**, e esse se
 3323 aplica na ponderação necessária para que o sistema possa ser integralmente acatado. Mesmo o direito à
 3324 vida haverá de ser interpretado e aplicado com a observação da sua ponderação em relação a outros que
 3325 igualmente se põem para a perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional. Tanto é assim que o
 3326 ordenamento jurídico brasileiro comporta, desde 1940, a figura lícita do aborto nos casos em que seja
 3327 necessário o procedimento para garantir a sobrevivência da gestante e quando decorrer de estupro (art.
 3328 128, incisos I e II, do Código Penal). Comentando aquelas normas penais (referentes ao aborto
 3329 terapêutico e ao aborto necessário), acentuava Nelson Hungria que "o aborto terapêutico foi resolvido
 3330 pelo nosso legislador penal com critérios de política criminal, e não com princípios da religião católica.
 3331 Trata-se de um caso especialmente destacado de 'estado de necessidade'. (...) Muito antes da Reforma,
 3332 quando a religião católica era a religião do Estado e não sofria contrastes, já o direito secular não vacilava
 3333 em admitir a impunidade do aborto terapêutico. A palavra de Santo Tomás de Aquino, de que innocentes
 3334 nullo pacto occidere licet, não teve repercussão na lei social, que é editada para o plano terreno, e não
 3335 para a Civitas Dei. Do ponto de vista humano-social, é despropósito sacrificar a gestante e o feto, quando
 3336 aquela pode ser salva com sacrifício deste. Semelhante absurdo não passou despercebido ao padre
 3337 Agostinho Gemelli, o maior sábio que a Igreja possui na atualidade, e no Congresso Obstétrico reunido em
 3338 Milão, no ano de 1931, explicou ele, interpretando a encíclica Casti Connubii, que era permitido o aborto
 3339 indireto, isto é, conseqüente à ministração de meios terapêuticos sem intenção positiva de eliminar o feto,
 3340 ainda que este venha a morrer ou ser expulso prematuramente. Ora, esse apelo ao aborto indireto é
 3341 apenas uma acomodação com o céu, um expediente arditamente excogitado para conciliar escrúpulos
 3342 religiosos com a imperativa necessidade prática. Tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de

[JC114] Comentário: 4.1

[JC115] Comentário: 4.1

3343 produzi-lo” (Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. V, p. 307/8). De pronto se
 3344 registre que o presente caso nada tem a ver com o aborto, que é interrupção da gravidez. Na hipótese
 3345 prevista na lei em foco, não há gravidez, logo não se há cogitar, sequer longinquamente, da questão do
 3346 aborto. A citação aproveitada acima, portanto, tem o condão exclusivo de demarcar o estatuto jurídico-
 3347 constitucional do direito à vida e sua aplicação a situações diferentes. A inviolabilidade do direito à vida
 3348 constitucionalmente positivada é, nos termos precisos de José Afonso da Silva, “uma determinante
 3349 normativa, como objeto da garantia, em que o artigo definido revela o conteúdo intrínseco dos direitos
 3350 enunciados, valendo dizer que eles contêm em si a qualidade essencial de serem invioláveis. Não é a
 3351 Constituição que lhes confere a inviolabilidade; ela reconhece essa qualificação conceitual pré-
 3352 constitucional, e, por isso, preordena disposições e mecanismos que a assegurem (...)” (Comentário
 3353 contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65). Ao reconhecer a Constituição ser inviolável
 3354 o direito à vida, expressa ela, em todo o seu texto e no contexto traçado em torno dos direitos
 3355 fundamentais, outros direitos, como o da liberdade e o da saúde, que tornam possível a efetivação
 3356 daquele primeiro. Há de se interpretarem todos eles para se concluir sobre a validade constitucional, ou
 3357 não, do art. 5º e seus parágrafos, da Lei 11.105/2005. Os arts. 5º, inciso IX, e 218 da Constituição
 3358 brasileira e o art. 5º da Lei 11.105/2005 13. Ao fixar a liberdade de pesquisar cientificamente, de informar
 3359 e de ser informado sobre as pesquisas científicas e seus resultados, sobre usufruir deles quando positivos,
 3360 segundo padrões éticos que se afinem com os princípios democráticos, a Constituição garante a efetivação
 3361 do direito à vida digna, propiciando que vivam melhor aqueles que, por qualquer adversidade, não podem
 3362 contar com a plena condição de saúde física, psíquica e mental. Põem-se na esteira destes princípios as
 3363 normas contidas no art. 5º, e parágrafos, da Lei 11.105, pelo que não há discordância entre o que neles
 3364 contido e o que afirmado constitucionalmente. A Constituição garante não apenas o direito à vida, mas
 3365 assegura a liberdade para que o ser humano dela disponha; liberdade para se dar ao viver digno. Não se
 3366 há falar apenas em dignidade da vida para a célula-tronco embrionária, substância humana que, no caso
 3367 em foco, não será transformada em vida, sem igual resguardo e respeito àquele princípio aos que buscam,
 3368 precisam e contam com novos saberes, legítimos saberes para a possibilidade de melhor viver ou até
 3369 mesmo de apenas viver. Possibilitar que alguém tenha esperança e possa lutar para viver compõe a
 3370 dignidade da vida daquele que se compromete com o princípio em sua largueza maior, com a existência
 3371 digna para a espécie humana. 14. Preceituam os arts. 5º, inciso IX, e 218 da Constituição brasileira: Art.
 3372 5º (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,
 3373 independentemente de censura ou licença; (...) Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o
 3374 desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º A pesquisa científica básica

[JC116] Comentário: 4.3 –
 Adjetivação pura e simples.
 Não adiante o direito à vida,
 mas o direito à vida digna.

[JC117] Comentário: 4.3

[JC118] Comentário: 4.1

[JC119] Comentário: 4.3 –
 Qualificador puro e simples

3375 receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. A
 3376 liberdade de expressão da atividade intelectual e científica é considerada um dos fundamentos
 3377 constitucionais do art. 5º da Lei 11.105/2005. Bem assim o desenvolvimento científico e a pesquisa que
 3378 podem servir à melhoria das condições de vida para todos. A compatibilização de tais regras com os
 3379 princípios magnos do sistema, aí assegurada, sempre e em todo e qualquer caso a **dignidade humana,**
 3380 **dota-as do necessário fundamento constitucional,** de modo a não se reconhecer nelas qualquer eiva a
 3381 invalidá-las. Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias,
 3382 menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista
 3383 ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-
 3384 tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não
 3385 serão objeto de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do
 3386 tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado.
 3387 Liberdade de pesquisa com células-tronco embrionárias e o direito à vida. Alguns dos amici curiae fazem a
 3388 defesa da tese de inconstitucionalidade das normas questionadas pelo Procurador-Geral da República, com
 3389 base no art. 4º do Pacto de São José de Costa Rica – tratado de direitos humanos firmado pelo Brasil –,
 3390 segundo o qual “Artigo 4º – Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse
 3391 direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser
 3392 privado da vida arbitrariamente.” Se de um lado é garantido o direito à vida – e para os defensores da
 3393 tese sustentada na peça inicial desta ação haverá inconstitucionalidade nas normas questionadas
 3394 exatamente porque essa garantia vale desde a concepção e o embrião já seria vida garantida em sua
 3395 inviolabilidade e não poderia, então, ser destruído –, de outro lado aquela norma pactuada
 3396 internacionalmente há de receber interpretação a partir de todos os seus termos, nos quais se contém
 3397 proibição de que alguém possa dela ser privado arbitrariamente. Dá-se que a lei e o arbítrio são
 3398 impossíveis e, no caso agora analisado, não se cuida do segundo – arbítrio – exatamente porque os
 3399 termos da norma legal apreciada firmam o sentido contrário a abuso levado a efeito pela pesquisa com os
 3400 embriões. Nem se há de afirmar que haveria arbítrio no aproveitamento de células-tronco embrionárias,
 3401 porque ali se tem uma substância humana, **que se propõe seja utilizada para a dignificação da vida**
 3402 daqueles que se podem ver tratados com os procedimentos a que podem dar ensejo as pesquisas feitas. A
 3403 sua utilização conforma-se aos cuidados e condições definidas na lei, pelo que de arbítrio não se há de
 3404 falar aqui. O embasamento constitucional, neste caso, parece incontestável. Dispõe o art. 199, § 4º, da
 3405 Constituição brasileira: Art. 199 (...) § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a
 3406 remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem

[JC120] Comentário: 6.1

[JC121] Comentário: 4.3 –
Adjetivação

3407 como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de
3408 comercialização. A célula-tronco embrionária, mencionada na Lei 11.105/2005, tem exatamente a
3409 natureza de substância humana. Logo, não apenas não haveria incompatibilidade entre a norma
3410 constitucional e a norma legal questionada, como ainda se poderia afirmar que a lei cuida de um fator
3411 humano que não mais pode ser utilizado para os fins a que inicialmente ele se destinou, pois os incisos I e
3412 II do art. 5º daquele diploma legal estabelecem que será permitido pesquisa e terapia com células-tronco
3413 embrionárias inviáveis ou congeladas no período legalmente assinalado. O período de três anos de
3414 congelamento, registre-se, é aquele que determina um marco após o qual a viabilidade do procedimento
3415 de implante da célula-tronco embrionária torna-se pequena. As clínicas de reprodução assistida dispõem
3416 de estatísticas, apresentadas em trabalhos divulgados cientificamente, a comprovar que, após o triênio, a
3417 chance de o embrião se viabilizar é baixa. Apesar de congelado, as membranas tendem a oxidar-se, não
3418 lhes garantindo o resultado desejado. A substância humana aqui considerada consiste no que se
3419 denominou embrião, ou célula-tronco embrionária, que tem origem após a fecundação de um óvulo por
3420 um espermatozoide com a formação da célula ovo, que contém em seu núcleo 46 cromossomos, sendo 23
3421 originários do espermatozoide e os outros 23 do óvulo. Essa célula, substância genética, é resultado da
3422 junção de outras duas células humanas e tem a finalidade de gerar todos os tecidos de um indivíduo
3423 adulto devido a sua pluripotencialidade. Nessa condição, resultado do que acima asseverado, pode-se
3424 dizer que essa matriz humana há de ser tida como uma das substâncias humanas que a Constituição permite
3425 possam ser manipuladas com vistas ao progresso científico da humanidade e à melhoria da qualidade de
3426 vida dos povos, respeitados, como é óbvio, os demais princípios constitucionais afirmados e que se
3427 compatibilizam com o quanto posto naquela norma constitucional. O art. 225, § 1º, inciso II, da
3428 Constituição brasileira estabelece o princípio da solidariedade entre as gerações, como forma de garantir a
3429 dignidade da existência humana, quer dizer, não apenas a dignidade do vivente (agora), mas a dignidade
3430 do viver e a possibilidade de tal condição perseverar para quem vier depois. Reza aquele artigo: Art. 225.
3431 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial
3432 à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-
3433 lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao
3434 Poder Público: (...) II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar
3435 as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; Concebido como direito social
3436 fundamental do homem, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido em um
3437 contexto constitucional segundo o qual ao Estado brasileiro compete atuar de modo a assegurar a sua
3438 efetividade. Para tanto, como assevera José Afonso da Silva, no § 1º do art. 225 da Constituição da

[JC122] Comentário: 4 . 4

[JC123] Comentário: 4 . 3

[JC124] Comentário: 4 . 3

República foram estatuídos “instrumentos de garantia da efetividade do direito enunciado no caput, [que] não se trata[m] de normas simplesmente processuais, meramente formais, pois, nelas, aspectos normativos integradores do princípio revelado no caput se manifestam através de sua instrumentalidade. São normas instrumentais da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres (...)” (Comentário contextual à Constituição. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 838). As normas impugnadas na presente ação direta de inconstitucionalidade dão cumprimento à determinação de que se preserve a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e se fiscalizem as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Daí a importância em se afirmar que as pesquisas e o tratamento devem pautar-se pelos princípios da necessidade, segundo o qual deve haver comprovação real de que o experimento científico a ser realizado no material genético humano é necessário para o conhecimento, a saúde e a qualidade de vidas humanas; da integridade do patrimônio genético, proibindo-se a manipulação em genes humanos voltada para mudanças na composição do material genético com o fim de melhorar determinadas características fenotípicas; da avaliação prévia dos potenciais e benefícios a serem alcançados; e, ainda, o princípio do conhecimento informado, que impõe a garantia de manifestação da vontade, livre e espontânea, das pessoas envolvidas, com a divulgação de informações precisas sobre as causas, efeitos e possíveis consequências da intervenção científica.

Dignidade humana e utilização de células-tronco embrionárias. Afirma-se que a dignidade da pessoa humana teria sido contrariada pelas normas legais em exame, porque a permissão do uso de células-tronco embrionárias, mesmo que inviáveis e congeladas há mais de três anos, agrediria o direito à vida digna, pois nelas vida já se contém. Há que se cuidar de sempre e sempre respeitar e resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Nem se cogita do contrário em qualquer situação. Mas há que se compreender esse princípio para o fim de se esclarecer se estaria ele sendo agravado na espécie em pauta e como aplicá-lo em face das múltiplas possibilidades abertas, por exemplo, pela liberdade humana, que com as suas pesquisas científicas podem conduzir à melhoria de sua condição, o que é uma forma de dignificação da vida. Todos os homens têm garantida a vida digna (Constituição do Brasil, art. 1º, inciso III). Diferentemente do texto colhido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas, de 1948 – em cujo art. 1º se contém que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” – a Constituição da República brasileira, de 1988, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)”. Todos os homens, expressão adotada pela Organização das

[JC125] Comentário: Sem contexto. Aparece como tópico. Análise prejudicada

[JC126] Comentário: 3 – O PDP como pessoa, agente.

[JC127] Comentário: Qualificar purao e simples.

[JC128] Comentário: 3 – O PDP como pessoa merecedora de respeito.

[JC129] Comentário: 4.1 – O PDPH como coisa preciosa, como ouro... que de deve ser guardado.

[JC130] Comentário: 4.3

[JC131] Comentário: 4.4 – Todos têm direito e isso deve ser perseguido.

[JC132] Comentário: 5.1 – representa todo ordenamento jurídico, nacional e/ou internacional.

3471 Nações Unidas, significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão de ser considerados
 3472 em sua condição de seres que já nascem **dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos**. O que
 3473 se verbaliza, ali, é a certeza do direito que a condição humana assegura a todos os que compõem a
 3474 sociedade dos homens. Contrariamente ao que a história perversamente demonstrou existir – homem
 3475 versus homem, diferenciando-se um e outro em situação de submissão e de imposição de uns sobre
 3476 outros, aos mais fracos imputando-se status infra-humano – a Declaração estatui para todas as
 3477 sociedades que o homem tem status fundamental jurídico e político que o faz ser dignificado em seus
 3478 direitos fundamentais pela sua só natureza. A humanidade afirmada, no caso daquele documento, com o
 3479 nascimento

[JC133] Comentário: 5.1 –
representa todo ordenamento
jurídico, nacional e/ou
internacional.

3480 faz reconhecer-se e assegurar-se o status de liberdade e **igualdade em dignidade e direitos a todos os**
 3481 **homens**. A Constituição da República brasileira, que se refere não apenas a todos os homens, mas a todos
 3482 os que traduzam a expressão do humano, deixa mesmo em aberto a questão do momento em que se
 3483 titularizam os direitos fundamentais. É que a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das
 3484 Nações Unidas afirma que todos os homens nascem livres. A liberdade e o direito à igualdade em
 3485 **dignidade e direitos** afirma-se, segundo o quanto ali se expressa, com o nascimento. É bem certo que as
 3486 Declarações que se sucederam e se agregaram àquele primeiro documento da ONU estenderam a
 3487 condição de humanidade e de segurança dos direitos fundamentais a momentos antecedentes ao
 3488 nascimento (por exemplo, e em especial, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos
 3489 Humanos, da Unesco, de 1998), mas o que se tem é que a titularidade dos direitos fundamentais não
 3490 pode ser questionada em sua integridade e eficácia a partir da humana condição havida com o
 3491 nascimento. Não se tem, portanto, que a condição de ser humano não anteceda o nascimento, nem que o
 3492 Direito não atente e garanta estes momentos anteriores ao nascimento. Mas busca-se afirmar que com o
 3493 nascimento as legislações não podem questionar ou regulamentar a condição de cada um e de todos os
 3494 direitos que a humanidade do ser lhe garante. No Brasil, a titularidade do direito – que é de todos –
 3495 havido em sua positivação no art. 5º da Constituição da República expressa a) que todos os homens, tal
 3496 como se tem também na fórmula da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, são sujeitos dos
 3497 direitos fundamentais; b) que não apenas aos seres humanos se estende o princípio da igualdade jurídica,
 3498 mas até mesmo aos seres criados no direito (pessoas jurídicas); c) que não apenas os brasileiros e
 3499 estrangeiros, previstos, expressamente, no dispositivo, são titulares dos direitos fundamentais
 3500 assegurados pelo Estado nacional, mas que todos os seres humanos titularizam tais direitos, porque o
 3501 artigo tem de ser considerado em sua sistematização e, no § 2º, do mesmo art. 5º, se contém que “os
 3502 direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos

[JC134] Comentário: 5.1 –
representa todo ordenamento
jurídico, nacional e/ou
internacional.

[JC135] Comentário: 5.1 –
representa todo ordenamento
jurídico, nacional e/ou
internacional.

3503 princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja
3504 parte”. Pode-se afirmar, portanto, que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais. O que é
3505 solucionado pela norma constitucional brasileira com o termo todos, com o qual se inicia o texto do art.
3506 5º, da Lei Fundamental da República, no sentido da extensão ou da compreensão de todos os membros
3507 da família humana, não é bastante a resolver a questão posta na presente ação. Persiste a controvérsia
3508 sobre a interpretação a ser conferida aos termos ali contidos quanto ao momento a partir do qual cada
3509 pessoa humana titulariza o direito, vale dizer, se se tem esta condição humana apenas a partir do
3510 nascimento, ou se se tem este estatuto antes mesmo deste fato. Dota-se de importância este ponto
3511 porque se todos são os que compõem a humanidade desde a concepção do ser que passaria a
3512 potencializar a condição de pessoa humana, então o direito à vida, constitucionalmente afirmado (o que
3513 se contém também em documentos jurídicos internacionais declaratórios de direitos humanos), estende-se
3514 ao instante inicial da existência e não pode ser descuidado pelo Estado e pela sociedade. O ponto
3515 salientado na questão posta na petição inicial desta ação estaria, pois, na formulação expressa pelo
3516 Procurador-Geral da República, em se concluir se o embrião é pessoa e se, em face de tal qualificação,
3517 estaria vedada constitucionalmente a utilização dos embriões produzidos in vitro. De se observar que
3518 mesmo que seja negativa a resposta quanto à personalidade antes do nascimento não se desapega do
3519 Estado a condição de titular de obrigações em relação ao embrião e ao feto, nem se teria – a ser negativa
3520 a resposta àquela questão – que a humanidade não reconhecesse importância ou necessidade de
3521 cuidados específicos e dotasse de estatuto jurídico próprio o embrião e o feto. Mas a resposta àquela
3522 questão altera o tratamento do tema e a forma de se dar direcionamento normativo específico aos direitos
3523 reconhecidos aos diretamente interessados na questão da concepção, fecundação, gestação e
3524 nascimentos dos seres humanos. Diz-se, aqui, diretamente interessados, porque todos os seres do planeta
3525 são interessados em qualquer ser novo que desponta e potencializa uma existência. O que muda em cada
3526 sistema jurídico é somente a forma de se cuidar do tema. Como o direito à vida não se dota,
3527 constitucionalmente, de conteúdo hermético ou identificado em sua integralidade pela expressão
3528 normativa, conferiu-se, no caso brasileiro, à sociedade a maturação do seu entendimento sobre questões
3529 relativas ao nascimento, como, por exemplo, a que se refere ao estatuto do embrião e do feto antes do
3530 nascimento, observadas, como é certo, as restrições, limites e garantias que a legislação de direito
3531 internacional estabelece, nos casos em que o Brasil seja parte no tratado ou signatário do acordo ou
3532 convenção. Ao legislador infraconstitucional conferiu-se a competência para estabelecer o cuidado com as
3533 pesquisas, incluídas aquelas que decorressem da remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas. E é
3534 nessas que se incluem os embriões, como matrizes de que poderia decorrer a vida, mas que para essa

3535 não segue pela sua não implantação no útero de uma mulher, como antes enfatizado. Para garantir a
 3536 existência **digna**, o direito constitucional assegura os direitos que a liberdade humana constrói para a
 3537 dignificação **permanente das condições do viver**. E é aí que as pesquisas científicas possibilitam não
 3538 apenas o exercício da liberdade, mas o sentido da libertação, que as descobertas e criações podem trazer
 3539 para todos os homens. A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado
 3540 consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados **à recuperação da saúde não agredem a**
 3541 **dignidade humana, constitucionalmente assegurada**. Antes, **valoriza-a**. O grão tem de morrer para
 3542 germinar. Se as células-tronco embrionárias, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não
 3543 vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e
 3544 objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um
 3545 lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade
 3546 de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, **o aproveitamento para a dignidade da vida**. A sua utilização é
 3547 uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida, que com outros objetos se alcança.
 3548 Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não
 3549 afronta, mas busca, diversamente, **ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas**. Escrevi em
 3550 outra ocasião que a justiça somente é passível de concretizar-se, tornar-se dia a dia de cada pessoa **se a**
 3551 **dignidade for atendida em sua plenitude em relação à humanidade**. Afinal, toda forma de aviltamento ou
 3552 de degradação do ser humano – incluídas aquelas que decorrem de dados da natureza doente – faz-se
 3553 injusta com a aspiração humana de viver bem e tentar ser feliz. **E toda injustiça é indigna e, sendo assim,**
 3554 **desumana**. **A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma**
 3555 **e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo para realizar as**
 3556 **suas vocações e necessidades**. Pode-se mesmo afirmar que, ainda que um dado sistema normativo não
 3557 concebesse, em sua expressão, **a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, ela continuaria**
 3558 **a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica**. Mais ainda: **pode-se mesmo**
 3559 **acentuar que a dignidade da pessoa humana contém-se explícita em todo sistema constitucional no qual**
 3560 **os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão**
 3561 **afirmativa e direta**. **Tal como agora concebidos, aceitos e interpretados, aqueles partem do homem e para**
 3562 **ele convergem e a pessoa humana e a sua dignidade não são concebidos como categorias jurídicas**
 3563 **distintas**. 2 Logo, onde aquela é considerada direito fundamental, tida como centro de direitos, igualmente
 3564 essa é aceita como base de todo o ordenamento e incluído como polo central emanador de consequências
 3565 jurídicas. **A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o Direito, até**
 3566 **porque esse traz em si a idéias da relação e toda relação impõe o sentido do partilhamento, conjugação e**

[JC136] Comentário: 4.3

[JC137] Comentário: 4.3 Torná-la digna, qualificá-la.

[JC138] Comentário: 4.1 – Entificado PDPH

[JC139] Comentário: 4.1 – Entificado o PDPH, como no comentário anterior.

[JC140] Comentário: 4.3 – Qualificador da vida humana (digna).

[JC141] Comentário: 4.3 Torná-la digna, qualificá-la.

[JC142] Comentário: 4.2 – Metáfora da quantidade; em sua plenitude é o mesmo que muito, cheio – expressões adverbiais que sintetizam quantidade.

[JC143] Comentário: 4.3 – Digno é bom, indigno é ruim.

[JC144] Comentário: 4.1 – O PDPH é um “dado”, uma “coisa” que representa que “uma construção acabada no direito” porque se firma e afirma no sentimento de justiça [...] Entificação.

[JC145] Comentário: 6.1 – O PDPH é um Edifício que sustenta o ordenamento nacional e internacional.

[JC146] Comentário: 4.1 – Entificação.

[JC147] Comentário: 4.3 – Dignidade qualificando a pessoa humana.

limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro despende. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa compostura na convivência. Por isso a referência comum, hoje, à dignidade na morte, no processo que a ela conduz e no procedimento que se adota perante o sofrimento que pode precedê-la. E se diz mesmo que a vida é justa, ou injusta, quando trata de tal ou qual forma alguém, sujeito a experiências que não são consideradas compatíveis com o que suporta o homem com dignidade. Para Kant, o grande filósofo da dignidade, a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprimindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado. O que é uma dignidade não tem valoração; é, pois, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço. O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço. De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da juridicização daquele conceito, o próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais. Na espécie em apreço, a célula-tronco embrionária põe-se, na legislação examinada, como uma dignidade, não havendo como se lhe atribuir um preço. Ao contrário. A busca tão apaixonada dos pesquisadores pela manutenção de liberdade de pesquisa com ela é exatamente por ser cada uma delas insubstituível e, por isso, na compreensão da dignidade que lhe é dado conferir e realizar, põe-se ao cuidado do cientista para realizar o único fim agora para ela vislumbrada, não implantável no útero como se terá tornado. Até porque se assim não fosse não seria ela aproveitável para os fins previstos na lei. Toda pessoa humana é digna. A humanidade mesma tem uma dignidade, contida na ética da espécie. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer

[JC148] Comentário: 4.1

[JC149] Comentário: 4.1

[JC150] Comentário: 3 -
Personificação

[JC151] Comentário: 4.3

[JC152] Comentário: 4.3 - Aqu
dignidade é ligado à justic[JC153] Comentário: 4.1 -
Entificação, Kant o filósofo
da (entidade) dignidade.[JC154] Comentário: 6.3 -
Dignidade como recurso. Não
necessariamente um preço, m
um valor.[JC155] Comentário: Dignidade
como recurso. Não
necessariamente um preço, m
um valor.[JC156] Comentário: Dignidade
como recurso. Não
necessariamente um preço, m
um valor.

[JC157] Comentário: 4.1

[JC158] Comentário: 6.3

[JC159] Comentário: 4.1

[JC160] Comentário: 4.3 -
Adetivação, mas com naturez
de propriedade. Ver Linha
993.

[JC161] Comentário: 4.1

3599 indagação. Como as práticas contemporâneas demonstram que o ser humano (e não apenas o ser já
 3600 dotado de personalidade, vale dizer, a pessoa humana) pode ser objeto de comércio ou de interesse do
 3601 mercado, coube ao Direito impedir que isso seja factível e exercitável pela negociação de embriões, pelo
 3602 aluguel de úteros para fecundações tendentes a não se completarem em gestações, mas apenas para
 3603 fornecer material humano, tecidos, órgãos ou substâncias serventes a pesquisas e estudos, muitas vezes
 3604 levados a cabo para cumprirem interesses de lucro de empresas específicas. Mas é atenta a tudo isso que
 3605 legislação brasileira – em especial a de que agora se cuida – estabelece a necessidade de controle e
 3606 fiscalização das pesquisas e procedimentos efetivados com células-tronco – adultas ou embrionárias – por
 3607 órgãos e instituições responsáveis pela avaliação do cumprimento dos princípios éticos (art. 5º, § 3º, da
 3608 Lei 11.105). É bem certo que esse dispositivo não deixa suficientemente claro e afirmado o rigor do
 3609 controle determinado naquelas normas para a constituição e o desempenho das atividades destes comitês
 3610 de ética e pesquisa. Porém, não se tem, apenas por isso, uma inconstitucionalidade a ser declarada.
 3611 Talvez se pudesse afirmar declaração de déficit de constitucionalidade, pois o atendimento do disposto no
 3612 art. 225, § 1º, inciso II, que outorga ao poder público o dever de “fiscalizar as entidades dedicadas à
 3613 pesquisa e manipulação de material genético” reclama maior severidade no regramento das formas de
 3614 controle das instituições de pesquisa e dos serviços de saúde que as realizem. Mas esta competência é
 3615 conferida ao Congresso Nacional, no qual já tramita o Projeto de Lei n., de 2008, apresentado pelo
 3616 Deputado José Aristodemo Pinotti, que busca estabelecer maior rigor legislativo na matéria. Naquele
 3617 projeto se definem condições para a habilitação das instituições especificamente voltadas às pesquisas
 3618 mencionadas no caput do art. 5º, da Lei 11.105/2005, e da autorização especial a ser concedida pela
 3619 Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). A aprovação daquele ou de outro projeto que restrinja
 3620 e torne mais seguros os mecanismos de controle de ética nas pesquisas e nos tratamentos com células-
 3621 tronco obviamente suprirá aquele déficit de constitucionalidade e tornará mais seguros os direitos
 3622 constitucionalmente afirmados. Estes dados encarecem o resguardo pretendido quanto à observância dos
 3623 princípios da responsabilidade ética que há de marcar tais pesquisas e, futuramente, as terapias que
 3624 vierem a poder ser adotadas em benefício de doentes. Atende-se, aqui, não apenas o que se contém na
 3625 Constituição brasileira, mas também ao quanto determinado em normas internacionalmente fixadas. Assim
 3626 é que a Declaração dos Direitos sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco estabelece,
 3627 em seus arts. 10 e 11, que Artigo 10 Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma
 3628 humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o
 3629 respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou,
 3630 quando for aplicável, de grupos humanos. Artigo 11 Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a

[JC162] Comentário: 4.4 É uma meta a ser observada, perseguida e obedecida.

[JC163] Comentário: 4.1 – Entificação, embora não fique claro os motivos de uma e de outra decisão.

3631 clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais
 3632 competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou
 3633 internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente
 3634 Declaração. (O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, os. 55 et seq.) Como acentuado antes, a
 3635 Lei 11.105/2005 cuidou de estabelecer limites e condições às pesquisas que impedem a desobediência de
 3636 tais princípios, de modo a deixar a salvo de qualquer prática conduta que pudesse ultrapassar ou afrontar
 3637 os direitos fundamentais constitucionalmente tutelados. O direito à vida, expresso ou não, nos textos
 3638 fundamentais nos quais ele se articulava em tempos pretéritos, garantia a intangibilidade do existir (não
 3639 da existência) mais que a garantia da vida em sua configuração ampla e, especialmente, em sua
 3640 condicionante humana plena, íntegra e intangível, que é dada exatamente pela **dignidade**. Os desastres
 3641 humanos das guerras, especialmente ao que assistiu o mundo no período da Segunda Grande Guerra,
 3642 **como antes mencionado, trouxeram, primeiro, a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito,**
 3643 **como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no**
 3644 **sistema jurídico. Agora, a tecnociência amplia a dimensão do princípio e o enfatiza para a dignidade da**
 3645 **espécie humana, dignidade que se faz, assim, da humanidade, de todos e de cada um dos homens.**
 3646 Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, **o uso da**
 3647 **palavra dignidade, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar à**
 3648 **integridade, à intangibilidade e à inviolabilidade do ser humano, não apenas tomados tais atributos em**
 3649 **sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que**
 3650 **o lança para muito além do meramente físico.** A Carta das Nações Unidas, de 1945, **traz em seu**
 3651 **preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, afirmando-se que “nós, os povos das Nações**
 3652 **Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço**
 3653 **da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do**
 3654 **homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres,**
 3655 **assim como nas nações grandes e pequenas (...).”** Em idêntica linha, a Declaração dos Direitos do Homem
 3656 elaborada pela ONU, em 1948, inicia o seu preâmbulo afirmando que **“considerando que o**
 3657 **reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e**
 3658 **inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (...).”** Mais uma vez, pois,
 3659 põe-se no frontispício de uma declaração o valor que centraliza a idéias mesma de justiça própria e
 3660 inafastável numa convivência política. E no art. 1º daquela Declaração se tem que: **“Todos os seres**
 3661 **humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.** São dotados de razão e de consciência e
 3662 devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade.” **A dignidade da pessoa humana passa a**

[JC164] Comentário: 4.1

[JC165] Comentário: 4.1 –
Dignidade como essência do
ordenamento.

[JC166] Comentário: 4.1

[JC167] Comentário: 4.1

[JC168] Comentário: 4.1
Dignidade como valor,
entificado.

[JC169] Comentário: 4.1
Dignidade como valor,
entificado.

[JC170] Comentário: 4.1
Dignidade como valor,
entificado.

[JC171] Comentário: 5.1 –
Sinédoque

3663 ser, pois, encarecida sobre qualquer outra idéias a embasar as formulações jurídicas do pós-2ª Grande
 3664 Guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se projeta
 3665 e se elabora a partir de então. Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade humana é transformada
 3666 em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados, alterando-se,
 3667 com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a
 3668 substância mesma do quanto constitucionalmente construído. Como a Declaração dos Direitos do Homem
 3669 da ONU tornou-se vertente de muitos dos textos constitucionais subsequentes na parte relativa àqueles
 3670 direitos, foram eles formulados de maneira a expressar, tal como ali se fizera, aquele enunciado como
 3671 princípio fundante dos direitos fundamentais e da própria ordem política. Ultrapassou-se, assim, o direito à
 3672 vida com o conteúdo que se adotara desde os textos constitucionais setecentistas, reformulando-se e
 3673 fortalecendo-se essa definição jurídica, agora sob o influxo de um núcleo de direito muito mais amplo do
 3674 quanto antes se tivera. O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o
 3675 representam passou a ser base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos
 3676 fundamentais, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque
 3677 constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade
 3678 da pessoa humana. Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do
 3679 sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos
 3680 fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da
 3681 pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema
 3682 constitucional de cada povo. A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não
 3683 retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes,
 3684 traduz-se ali um novo momento do Direito Constitucional, o qual tem a sua vertente no valor supremo da
 3685 pessoa humana considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva é uma nova
 3686 concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de
 3687 normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de
 3688 preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios. Antes, estabeleciam-se modelos de
 3689 comportamentos impostos ou defesos para a ação do Estado e para a conduta dos indivíduos. Tais
 3690 modelos continham-se nos preceitos constitucionais que os estabeleciam de maneira contingente. Agora,
 3691 estatuem-se princípios que informam os preceitos, constitucionais ou legais, a partir dos quais e para a
 3692 concretização dos quais se dão a realizar os fins postos como próprios pelo povo no seu sistema
 3693 fundamental. Transformada a formulação básica da Constituição, tem-se como critério de interpretação a
 3694 finalidade que o povo busca concretizar com a adoção do sistema positivo. A constitucionalização do

[JC172] Comentário: 4.1
Dignidade como valor,
entificado.

[JC173] Comentário: 4.1
Entificação

[JC174] Comentário: 4.1

[JC175] Comentário: 4.1 - O
PDPH é "espinha dorsal do
sistema no qual se alberga"

[JC176] Comentário: 4.1 -
Entificação

[JC177] Comentário: 4.2

3695 princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele
 3696 impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta
 3697 na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio
 3698 constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito
 3699 plasmado na formulação textual da Constituição. No inciso III do art. 1º da Constituição brasileira, ele é
 3700 posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do
 3701 qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil.⁵ A expressão
 3702 daquele princípio como fundamento do Estado brasileiro significa, pois, que esse existe para o homem,
 3703 para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus
 3704 fins; que o seu fim é o homem, e esse é fim em si mesmo, quer dizer, como sujeito de dignidade, de
 3705 razão digna e superiormente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado. É esse
 3706 acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.
 3707 Mais que à pessoa humana, os sistemas constitucionais e as declarações internacionais de direitos
 3708 humanos, nas últimas décadas, passaram a considerar a dignidade da espécie humana como princípio.
 3709 Quer dizer, o conteúdo daquele princípio estendeu-se para além do indivíduo e a intangibilidade e
 3710 indisponibilidade da vida passaram a considerar cada um e todos, como antes realçado. Daí que
 3711 relativamente às pesquisas e aos procedimentos médicos da embriologia ou dos tratamentos de doentes
 3712 deles dependentes, a ética e o direito passaram a considerar o princípio da dignidade humana, de cada
 3713 um dos diretamente interessados e do seu enlaçamento a todos os outros que convivem na mesma
 3714 aventura humana. E até mesmo para os da espécie que vierem depois. A espécie humana é agora
 3715 constitucionalmente tomada em sua integralidade, pelo que alguns direitos fundamentais são
 3716 considerados em sua potencialidade, quer dizer, em relação aos efeitos que poderá carrear para as
 3717 gerações futuras (neste sentido o art. 225, caput, da Constituição da República brasileira, por exemplo; no
 3718 plano do direito internacional, art. 1º, da Declaração Universal sobre o Genoma e os Direitos Humanos;
 3719 também o item 6 da Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano, de Estocolmo, de 1972,
 3720 dentre outros). A espécie humana há que ser, pois, respeitada em sua dignidade, manifestada em cada
 3721 um e em todos os homens, porque a condição digna de ser membro desta espécie toca todos e cada qual
 3722 dos que a compõem. Por isso é que as Constituições mais recentes mencionam a humanidade como o
 3723 ponto que se busca atingir no respeito aos direitos. Significa que o princípio constitucional da dignidade
 3724 humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a
 3725 espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça
 3726 precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana

[JC178] Comentário: 4.1

[JC179] Comentário: 1 - Superprincípio, sugere a idéia de que está acima dos demais princípios.

[JC180] Comentário: 6.1

[JC181] Comentário: 4.1

[JC182] Comentário: 4.3 - Adjetivação pura e simples. Digna é bom, indigna é ruim.

[JC183] Comentário: 4.1 - dignidade como princípio.

[JC184] Comentário: 4.1 - dignidade como princípio.

[JC185] Comentário: 4.3

[JC186] Comentário: 4.3

[JC187] Comentário: 4.1

em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõe das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade. Daí a adoção pelos sistemas jurídicos contemporâneos, aí incluído o brasileiro, do princípio da solidariedade entre gerações, que impõe a uma geração que ela se comprometa com quem vier depois (art. 225 da Constituição brasileira). A expressão constitucional da dignidade da espécie humana é o realce mais óbvio e denso daquele princípio, que se faz mais amplo do que a vida humana digna (daí por que algumas Constituições, como a brasileira, referem-se à existência digna), chegando a ser observado antes que haja a vida livre (dotada de autonomia, o que o embrião e o feto não têm) e depois que a vida já se fez passar, mas que pode permanecer como substrato jurídico para a tutela por meio de utilização de órgãos que vivem em outros e até mesmo quando o cérebro pára e o coração persiste em suas batidas. Daí também por que o saber científico, que somente poderá atingir resultados concretos em benefício da espécie humana se persistir em sua labuta, de maneira livre e responsável, compõe o complexo de dados que tornam efetiva a dignificação do viver. Portanto, a garantia de sua continuidade não agride, tal como posto nas normas em foco, antes permite que se venha a realizar o princípio constitucional. Intangível e inviolável, a dignidade humana não permite desconhecer o que a liberdade pode possibilitar em termos de dignificação do homem. E por isso mesmo é que, também em ocasião anterior, salientei que "como o direito não pode deixar de considerar o direito à vida digna como o direito fundamental excelente, aquele que se sobrepõe axiologicamente a qualquer outro e que informa o sistema constitucional e infraconstitucional de modo determinante em toda a sua extensão, não se há de desconsiderar a bioética para o cuidado normativo dos novos realces a serem dados aos princípios que estão na base da concretização daquele direito, a saber, o da liberdade, o da igualdade e o da responsabilidade. As questões biomédicas tangenciam, assim, diretamente, o princípio da dignidade humana porque consideram o homem em seu físico e em sua psique, pelo que a proteção dos direitos humanos há que lhe conformar a quadratura normativa". Da normatividade que a bioética patrocinou, desde o início dos anos 70 com esta denominação e compreensão objetiva, até o domínio jurídico da matéria, houve uma trajetória que fez entronizar o tema das questões morais do direito à vida digna nos textos normativo-jurídicos e na doutrina, tendo conduzido alguns doutrinadores a apelidarem mesmo, novidadeiramente, de biodireito o tratamento sistêmico da matéria e a sua aplicação. Bioética e biodireito têm o seu fundamento na Constituição. É a constitucionalização do direito à vida e a ênfase no princípio matricial e substantivo da dignidade humana que asseguram o fundamento da intangibilidade, da sacralidade, da inviolabilidade e da responsabilidade da vida do ser humano. É este fundamento que

[JC188] Comentário: 4.3

[JC189] Comentário: 4.1

[JC190] Comentário: 4.4 - Met objetivo.

[JC191] Comentário: 4.3

[JC192] Comentário: 3 - O PDP faz algo, no caso, não permite desconhecer.

[JC193] Comentário: 4.3

[JC194] Comentário: 4.3

[JC195] Comentário: 4.1

[JC196] Comentário: 4.3

[JC197] Comentário: 4.1

3759 haverá de ser considerado pelas normas, doutrinas, decisões jurisprudenciais e práticas de qualquer
 3760 natureza (incluídas as biomédicas particulares) que atinem à vida humana. A utilização das células-tronco
 3761 embrionárias, não aproveitadas no procedimento de implantação, travada assim para a sua potencial
 3762 transformação em vida futura de alguém, poderá ter o destino da indignidade, que é a sua remessa ao
 3763 lixo. E o mais nobre e o mais grave: lixo de substância humana. O seu aproveitamento, guardado o
 3764 respeito às condições afirmadas na legislação enfocada, permite a dignificação da célula-tronco
 3765 embrionária, que não será então descartada, antes, será transformada em matéria dada à vida. Reafirme-
 3766 se que a liberdade, princípio constitucional por excelência, inerente à vida digna, não é um gesto ou um
 3767 momento, mas um processo. A biomedicina há de se comprometer mais do que com a liberdade, com a
 3768 libertação do ser humano. Sem a possibilidade de pesquisar e transformar para melhorar o homem em
 3769 suas condições de fragilidade e de dor, o homem seria um ser dado à escravidão de sua própria prisão
 3770 física, psíquica e mental. O que a liberdade de saber, que se expressa na liberdade da pesquisa, garante é
 3771 a possibilidade de libertação do homem de seus limites e a regeneração não apenas de suas condições
 3772 físicas, mas a recuperação de condições que o dignifiquem em seu status de membro da família humana,
 3773 com a qual tem compromissos, especialmente o de continuar a viver para cumprir os seus papéis com os
 3774 outros. Se a pesquisa pode e quando a pesquisa chegará a resultados buscados com as células-tronco
 3775 embrionárias talvez ainda dependa de um longo caminhar. O que não se há é deixar de lhe garantir o
 3776 andar, porque cada passo dado pode ser em direção à melhoria e à dignificação da espécie humana, tudo
 3777 nos termos dos valores que animam os princípios constitucionais. E neste sentido é que concluo que a
 3778 legislação posta aqui em questão não se desarvora da Constituição, nem se afasta do princípio da
 3779 dignidade da pessoa humana. O princípio da justiça, aliado ao da liberdade responsável do homem – no
 3780 caso, em especial do pesquisador, do cientista assim como de qualquer outro ser humano –, faz valer a
 3781 autonomia e os benefícios que os resultados das pesquisas podem levar aos que mais carentes de seus
 3782 resultados estejam. Reafirmo, então, que o princípio da dignidade humana não se atém a quem seja ou
 3783 não pessoa, mas o que é constitucionalmente garantido no sistema é o dever do Estado e da sociedade de
 3784 criarem condições para uma existência digna, observados os limites da ética constitucional acolhida no
 3785 sistema vigente. À parte o que antes acentuei, de que as células-tronco embrionárias, obtidas de embriões
 3786 humanos produzidos por fertilização in vitro e inviáveis ou congelados há mais de três anos dos marcos
 3787 temporais fixados na lei, serão destruídas se não forem aproveitadas na forma ali estabelecida, deve-se
 3788 enfatizar que a dignidade informa o direito à existência (art. 170), pondo-se a claro que o direito pensa o
 3789 futuro, não se apegando ao passado; pensa o que se dá a ser, e não o que se põe para o não ser. As células-
 3790 tronco embrionárias não utilizadas no procedimento para o que se deu a fertilização voltam-se ao não ser,

[JC198] Comentário: 4.3 – A adjetivação aqui alcança a célula tronco embrionária.

[JC199] Comentário: 4.3

[JC200] Comentário: 1 – Dignificação como orientação

[JC201] Comentário: 4.1

[JC202] Comentário: 3

[JC203] Comentário: 4.3

[JC204] Comentário: Metáfora dos contrários

3791 a dizer, põem-se ao descarte e à destruição, pois é o respeito à liberdade do casal que assegura a opção
 3792 pelo seu não uso ou a prática médica que aconselha o seu não aproveitamento. Direito ao saber, direito de
 3793 pesquisa, direito de se informar e de ser informado. Afirma o Procurador-Geral da República, em Memorial
 3794 oferecido, que “a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei 11.105, significa, tão somente, o
 3795 impedimento de uma e única linha de pesquisa: aquela que se vale de embriões humanos. Permanece
 3796 amplíssimo o horizonte de pesquisas com as chamadas células-tronco adultas, nome esse, adultas,
 3797 inadequado, visto que o cordão umbilical é fonte de pesquisa nessa diretriz”. Duas observações cabem
 3798 nesse passo: a primeira é a de que atalhar, embaraçar ou impedir qualquer linha de pesquisa, se jurídica e
 3799 eticamente válida for, significa – aí, sim – um constrangimento constitucionalmente inadmissível **ao direito**
 3800 **à vida digna, à saúde, e à liberdade de pesquisar, de informar e de ser informado sobre as possibilidades**
 3801 **que a vida pode vir a oferecer, a depender dos resultados científicos.** A segunda é a de que – conforme
 3802 comprovam numerosos estudos expostos na audiência pública ocorrida no curso desta ação e nos
 3803 trabalhos apresentados pelos interessados das duas correntes contrárias de pensamento sobre o tema
 3804 aqui cuidado – a pesquisa com células-tronco embrionárias abre possibilidades não obtidas com qualquer
 3805 outra, sequer com as células-tronco adultas, porque essas não dispõem das características de totipotência
 3806 que naquelas se contém, como antes acentuado. **A potencialidade terapêutica das células-tronco**
 3807 **embrionárias decorrente da plasticidade que as caracteriza não há de ser impedida, porque se estaria a**
 3808 **estancar o que sequer é plenamente conhecido nos resultados possíveis para a dignidade da espécie**
 3809 **humana. A pesquisa com células-tronco embrionárias não é certeza de resultados terapêuticos**
 3810 **promissores.** Mas a não pesquisa é a certeza da ausência de resultados, pois sem a tentativa não há a
 3811 conquista no campo científico. Também em outra ocasião acentuei o cuidado que há de se ter com as
 3812 pesquisas científicas, a fim de que a ética não seja desrespeitada e, assim, **a dignidade da espécie**
 3813 **humana não seja ferida.** Dizia então ser certo que a liberdade humana compreende a liberdade de
 3814 pesquisas e de avanços tecnocientíficos, tais como os que estão se dando, com rapidez inédita, no campo
 3815 da medicina. E tentar reprimir a pesquisa científica, que pode ser conduzida no sentido do benefício da
 3816 humanidade, da descoberta de formas consagradoras de melhoria das condições de vida das pessoas, é
 3817 tarefa não apenas inglória, mas também nefasta no que concerne à vedação dos caminhos que podem
 3818 conduzir ao aperfeiçoamento e à melhoria das condições de saúde do homem. O medo que persiste é a
 3819 desumanização das técnicas e das conseqüências de sua utilização para a humanidade. (...) **Ao lado da**
 3820 **dignidade humana, há que se enfatizar a responsabilidade de todos, uns em relação aos outros e em**
 3821 **relação às gerações presentes e futuras, o que determina a busca de equilíbrio na equação liberdade de**
 3822 **pesquisa/liberdade individual.** A experimentação feita com o corpo da pessoa pode atingir a integridade

[JC205] Comentário: 4 . 3

[JC206] Comentário: 4 . 4

[JC207] Comentário: 3

[JC208] Comentário: 3

humana que o faz um ser muito além do meramente físico. Os direitos humanos fortalecem-se, pois, como fator garantidor da humanidade contra a manipulação genética que pode eliminar a individualidade, a singularidade, a diversidade que se consagra na espécie humana e a torna viva, contínua e plural em sua dinâmica. Daí a ênfase a ser posta no direito de obter informações, que podem ser conduzidas para o benefício das pessoas por meio das pesquisas levadas a efeito na forma legalmente prevista, a fim de que o saber para a vida não esgote o saber da vida. A Constituição brasileira garante a toda pessoa humana o direito de se informar e de ser informado sobre o que diga respeito aos seus direitos. E, em especial, há de se reconhecer e garantir tal direito àqueles que estão em situação de sofrimento para além da dor de viver, que faz parte da aventura humana, e que podem ter a esperança de superar tal situação por novos conhecimentos científicos. Não se há negar o direito das pessoas de ver prosperarem as condições para que a tanto se chegue e que do melhor resultado possam os que carecem dele se aproveitar para submissão aos tratamentos que amainem as adversidades físicas, psíquicas ou mentais que provoquem o sofrer. Nem se afirme que a Constituição impede que os doadores do material genético não disponham de autonomia para consentir sobre o aproveitamento das células-tronco embrionárias por delas não ser dono. Também não se pretenda que a “liberdade” daquela substância humana em estado de congelamento seja superior à daqueles que a ele deram origem e que verão, nas condições legalmente estipuladas, uma de duas alternativas: o descarte do material ou a sua utilização para o que poderá vir a ser o bem da vida, por meio da pesquisa e, quando sobrevierem os resultados científicos consolidados, do tratamento que a partir de então se terá. As possibilidades vislumbradas nos resultados das pesquisas – com boas perspectivas de chegarem a bom termo – somente puderam chegar a esse estágio de momentos promissores porque até aqui houve a permissão de se prosseguir com liberdade e responsabilidade na busca de melhorias benéficas ao ser humano. Disso decorre que pode até ser que a discussão que aqui se põe possa ser superada por outras possibilidades até agora não vislumbradas. Mas isso somente a continuidade das pesquisas livremente levadas a efeito vai demonstrar, donde a imperiosidade de seu prosseguimento livre e responsável. Voltada à utilidade para o ser humano, dúvida não me fica dever prevalecer tal permissão legal quanto ao aproveitamento daquela substância humana em pesquisas e, quando o momento chegar, em tratamentos que tenham como base resultados científicos consolidados, ressalva feita, como antes anotei, a que não se prestem as pessoas a meras experimentações. A importância deste debate está em que nele se enfatiza e se decide sobre a liberdade com responsabilidade ética da pesquisa científica, pois sem ela o ser humano poderia ter impedido o seu desenvolvimento e a melhoria de suas condições de vida. E é em nome dele que se há de assegurar a pesquisa científica livre, ética e responsável para a garantia da dignidade da vida. Conclusão Indagava Norberto Bobbio se “a

3855 história, em si mesma, tem um sentido, a história enquanto sucessão de eventos, tais como são narrados
 3856 pelos historiadores? A história tem apenas o sentido que nós, em cada ocasião concreta, de acordo com a
 3857 oportunidade, com nossos desejos e nossas esperanças, atribuímos a ela. E, portanto, não tem um único
 3858 sentido. (...) Concluo com Kant. O progresso para ele não era necessário. Era apenas possível. Ele
 3859 criticava os 'políticos' por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por
 3860 viverem repetindo que 'o mundo foi sempre assim como o vemos hoje'. (...) Desse modo, retardavam
 3861 propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para o melhor. Com relação às grandes
 3862 aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não
 3863 aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos
 3864 muito tempo a perder" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 64). A
 3865 ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a
 3866 ciência pode melhor oferecer para que viva melhor aquele que mais precisa do seu resultado, não há
 3867 razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Creio que a
 3868 utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento –
 3869 indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta –
 3870 não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria,
 3871 dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida. Pelo
 3872 exposto, voto no sentido de julgar improcedente a presente ação, para considerar válidos os dispositivos
 3873 questionados, a saber, o art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005. Preceitua o art. 5º, caput, da
 3874 Constituição do Brasil: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,
 3875 garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à
 3876 liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)" 2º "En France la majorité
 3877 de la doctrine juridique continue à affirmer que la personne (humaine), c'est le sujet de droits. 'C'est l'être
 3878 à qui le droit objectif accorde des droits subjectifs réunis en un patrimoine'. Or 'l'individu humain n'est pas
 3879 nécessairement sujet de droit. Il le devient et il ne bénéficie de cette qualité que si elle lui est attribuée
 3880 par le droit positif lequel peut en subordonner l'attribution aux conditions qu'il définit lui-même... Si la
 3881 remarque de Virally est incontestable en droit positif, elle signifie que le sujet de droits est une catégorie
 3882 indépendante de la notion de dignité de la personne humaine. Les droits n'en découlent pas, mais bien
 3883 du droit positif qui résulte du bon plaisir du Prince, roi, assemblée, peuple ou dictateur. L'être humain
 3884 sujet de droit est un ayant-droit. La dignité n'a rien à voir dans ce concept. En positivisme strict, elle est
 3885 strictement inutile. Le juriste est ainsi conduit à refuser le débat le plus fondamental de notre époque."
 3886 (BORRELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe. Op. cit., p.

[JC210] Comentário: 4 . 4

33.) 3"Kant est le témoin par excellence de cette révolution copernicienne qui fait désormais tourner l'univers moral autour du sujet. Ce qui organise la réflexion morale, ce n'est pas la référence au bien commun, au bonheur mais la volonté pure comme 'principe suprême de la moralité'.... Dans les fondements de la métaphysique des mœurs, Kant met ainsi le principe de dignité 'infiniment au-dessus de tout prix'." (PEDROT, Philippe. Op. cit., XVI.) Fosse correto ou, melhor diríamos, aceitável aquele entendimento e ter-se-ia de considerar jurídico que o direito não tem como único e necessário fim o homem, que o poder não emana do povo, senão que da boa vontade do poderoso de ocasião. Todos estes dados, contudo, não são postulados, mas axiomas jurídicos. A Organização das Nações Unidas proclamou, também, em 9 de dezembro de 1975, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo em seu art. 3º que: "As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível". Com base naquele princípio, conforme observado acima, o Direito formula as normas infraconstitucionais e os tribunais pátrios consideram todos os casos que tenham como fundamento a aplicação ou a sua negativa. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem reforçando a fundamentalidade daquele princípio: "STF – Pleno – HC 70.389-5-São Paulo; Rel. Min. Celso de Mello; j. 23-7-1994. "A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembleia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969)." "IF 114/MT Intervenção Federal Relator: Ministro Néri da Silveira Publicação DJ de 27-9-1996 p. 36154 Julgamento em 13-3-1991 – Tribunal Pleno Ementa: Intervenção federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos 'direitos da

[JC211] Comentário: 4.1

[JC212] Comentário: 4.1

[JC213] Comentário: 4.1

3919 pessoa humana', em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de
 3920 'condição mínima', no Estado, 'para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o
 3921 direito à vida'. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição,
 3922 arts. 34, VII, letra b, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de
 3923 inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea b, da
 3924 Constituição de 1988, quanto aos 'direitos da pessoa humana'. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da
 3925 República (Constituição, art. 36, III). 5. Hipótese em que estão em causa 'direitos da pessoa humana', em
 3926 sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a
 3927 segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime
 3928 que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção Federal e restrição à
 3929 autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. 7. No caso
 3930 concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime.
 3931 Instaurou-se, de imediato, inquérito policial (...)” É de Jürgen Habermas a lição segundo a qual: “Nos
 3932 conceptions de la vie humaine antépersonnelle – et la manière que nous avons de nous y rapporter –
 3933 constituent pour ainsi dire, pour la morale raisonnable des sujets des droits de l’homme, um
 3934 environnement stabilisateur du point d’une éthique de l’espèce – um contexto d’enchâssement qu’il ne
 3935 faut pas briser si l’on veut éviter que la morale elle-même ne se mette à dérape... À cet égard, nous
 3936 sommes appelés à distinguer la dignité de la vie humaine et la dignité humaine que le droit garantit pour
 3937 toute personne – une distinction qui, d’ailleurs, se reflète dans la phénoménologie du rapport charge
 3938 d’émotions et de sentiments que nous avons au morts.” (HABERMAS, Jürgen. L’avenir de la nature
 3939 humaine. Paris: Gallimard, 202, p. 102.) Ronald Dworkin salienta a sacralidade da dignidade da vida,
 3940 construindo vasto e fecundo trabalho sobre o seu domínio, no qual expõe que “A segunda afirmação que
 3941 se pode fazer mediante o uso da conhecida retórica é muito diferente: a vida humana tem um valor
 3942 intrínseco e inato; a vida humana é sagrada em si mesma; o caráter sagrado da vida humana começa
 3943 quando sua vida biológica se inicia, ainda antes de que a criatura à qual essa vida é intrínseca tenha
 3944 movimento, sensação, interesses ou direitos próprios. (...) Se as grandes batalhas sobre o aborto e a
 3945 eutanásia são realmente travadas em nome do valor intrínseco e cósmico da vida humana, como acredito
 3946 que o sejam, então essas batalhas têm ao menos uma natureza quase religiosa, e não chega a
 3947 surpreender que muitas pessoas acreditem que o aborto e a eutanásia sejam profundamente condenáveis
 3948 e, ao mesmo tempo, que não cabe ao governo tentar estigmatizá-los com a força bruta das leis penais”
 3949 (DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 18). Começam a aparecer títulos de trabalhos sobre biodireito,
 3950 acentuando-se neles o conteúdo pertinente ao cuidado jusprivatista do direito à vida em sua conotação

biológica (o direito de escolher o momento da própria morte), o direito de ter, ou não, um filho em momento em que ele não é desejado, aguardado, o direito de dar um fim à própria vida, mesmo que para tanto se necessite de auxílio de terceiro, o direito de escolher em laboratório o filho que se deseja ter, entre outros). O biodireito seria, na concepção dos que se valem deste termo, um ramo do direito civil. Afinal, o fundamento constitucional do direito à vida digna constitucionalmente protegido é a liberdade. E é no exercício dos direitos individuais livres que a pessoa leva a sua vida, expressando aqueles direitos da forma que melhor lhe pareça possível para se fazer feliz. Como o direito civil é que cuida do exercício particular do direito, daqueles que se exercem entre particulares, no espaço de sua vida privado, o biodireito seria uma via aberta a partir do cuidado com a vida sob aquela ótica privada. Por isto é que, a partir da constitucionalização de alguns dos vislumbres do direito à vida, tem-se a situação do denominado biodireito em alguns recantos estanques do direito, pensando-se mesmo numa autonomia ou numa dogmática do biodireito. Ainda é cedo para tanto, mas é bem certo que da bioética ao biodireito já há um caminho palmilhado. Tão logo a legislação de um Estado, ou da normatização no plano internacional sobre os temas do direito à vida digna se põem, questões novas surgem a serem cuidadas pela doutrina e pela jurisprudência. Em alguns Estados, como a França, por exemplo, autores costumam marcar até a data da chegada ao outro lado da ponte: da bioética ao biodireito, tal como se vê com a fala de Jean-Jacques Israel, segundo o qual "on est donc, depuis fin juillet 1994, passé de la bioéthique à un bio-droit" (ISRAEL, Jean-Jacques. *Droits de libertés fondamentaux*. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1998. p. 365).

[JC215] Comentário: 4.3

[JC216] Comentário: 4.3

VOTO (Antecipação)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, gostaria inicialmente de cumprimentar os eminentes Colegas que me precederam no voto, o brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, o voto objetivo proferido pela eminente Ministra Ellen Gracie, o aprofundado estudo que o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito fez sobre o tema, também agora o denso voto do ponto de vista jurídico, sobretudo, da ilustre Ministra Cármen Lúcia, mas peço vênia também inicialmente para louvar de modo especial o pedido de vista do eminente Ministro Carlos Alberto Direito, em especial a presteza com que ele devolveu o seu voto vertical e que me permitiu aprofundar as reflexões sobre este tormentoso tema ora sob análise, que traz profundos questionamentos no âmbito da Filosofia, da Medicina, do Direito e outros campos do saber humano. Senhor Presidente, o meu voto está dividido em quinze tópicos. O primeiro diz respeito ao relatório – que todos nós já conhecemos e peço licença para não ler – e o último tópico, mais curto, é exatamente a parte dispositiva do meu pronunciamento. Início,

3982 Senhor Presidente, com o segundo tópico do meu voto, que se intitula “Células-tronco embrionárias”, em
 3983 que faço algumas reflexões sobre o tema do ponto de vista científico. E digo o seguinte: O novo milênio
 3984 trouxe consigo a promessa de enormes avanços no campo das ciências biomédicas (...) (lê voto escrito).

3985 VOTO

3986 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: 1.Breve relatório Trata-se de ação direta, ajuizada pelo Procurador-
 3987 Geral da República à época, doutor Cláudio Fontelles, na qual se busca a declaração de
 3988 inconstitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, denominada “Lei de
 3989 Biossegurança”. O referido diploma legal, segundo o seu art. 1º, “estabelece normas de segurança e
 3990 mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a
 3991 transferência, a importação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no
 3992 meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados e seus derivados, tendo como
 3993 estímulo o avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde
 3994 humana, animal, vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”.
 3995 Os dispositivos impugnados versam sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco
 3996 embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por meio de fertilização in vitro, e não utilizados
 3997 no respectivo procedimento. Eis o teor do texto legal atacado: Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e
 3998 terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por
 3999 fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I –
 4000 sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da
 4001 publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3
 4002 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o
 4003 consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou
 4004 terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e
 4005 aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material
 4006 biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de
 4007 4 de fevereiro de 1997. De acordo com o autor, o dispositivo impugnado viola o art. 1º, III, **que consagra**
 4008 **o princípio da dignidade humana**, e o art. 5º, caput, que garante o direito à vida, ambos da Constituição
 4009 Federal (fl. 2). 2.Células-tronco embrionárias humanas O novo milênio trouxe consigo a promessa de
 4010 enormes avanços no campo das ciências biomédicas, com destaque para a conclusão do seqüenciamento
 4011 do genoma humano, a descoberta de novos medicamentos e o emprego de terapias genéticas por meio
 4012 das chamadas “células-tronco embrionárias humanas”, uma linhagem celular autorrenovadora que teria o

[JC217] Comentário: 4.1

4013 potencial de reproduzir “todas as células e todos os tecidos do corpo”.¹ Com isso seria possível à Medicina
4014 superar a mera interrupção do avanço de doenças agudas ou crônicas, obtida com tratamentos
4015 convencionais, para lograr a restauração de funções orgânicas perdidas, como no caso de lesões nos
4016 tecidos cardíacos ou cerebrais, causadas por hemorragias, coágulos sanguíneos ou outros processos
4017 traumáticos.² As células-tronco embrionárias de que trata esta ação direta de inconstitucionalidade são
4018 aquelas obtidas a partir da fertilização in vitro, primacialmente um método de reprodução assistida, que
4019 objetiva superar a infertilidade de casais, mediante uma fecundação extracorpórea.³ A técnica consiste,
4020 grosso modo, na aspiração, mediante laparoscopia, de alguns oócitos⁴ da cavidade abdominal feminina,
4021 os quais são transferidos do corpo da mulher para um tubo de ensaio ou uma “placa de Petri”, que
4022 contém um meio de cultura, adicionando-se, a seguir, os espermatozóides. Após a clivagem celular dos
4023 zigotos, monitorada através de um microscópio, mais precisamente, quando a divisão tenha produzido de
4024 quatro a oito células, eles são transladados para o útero, via canal cervical. Segundo sugerem alguns
4025 pesquisadores, as células-tronco embrionárias não sofreriam as limitações das células-tronco somáticas,
4026 retiradas de um organismo já formado, as quais somente poderiam reproduzir determinados tipos de
4027 tecidos, enquanto aquelas, ao revés, teriam o potencial de formar toda e qualquer célula humana, em
4028 razão do que são chamadas de “pluripotentes”.⁶ Essas verdadeiras “supercélulas” resultam da divisão do
4029 óvulo humano fertilizado em células distintas, os chamados blastômeros, que permitem a for OKARMA,
4030 Thomas B. As células-tronco embrionárias humanas: elementos básicos sobre a tecnologia e suas
4031 aplicações médicas. O ócito ou ovócito da seguinte maneira: “Célula feminina animal em processo de
4032 meiose durante a ovulogênese” definem o zigoto como o resultado da união de um gameta feminino, ou
4033 óvulo, e um gameta masculino, ou espermatozóide, correspondendo ao primeiro estágio do
4034 desenvolvimento humano, logo após a fertilização, e que já contém já os cromossomos e genes (unidades
4035 de informação genética) do pai e da mãe, define “pluripotência” da seguinte maneira: “Capacidade das
4036 células do blastocisto e do embrião inicial para diferenciarem-se em muitas linhas celulares, mas não no
4037 indivíduo todo.” ⁷ De acordo com MOORE, Keith L., e PERSAUD, T. V. N., op. cit., p. 32, cerca de trinta
4038 horas após a fertilização, o zigoto vai se dividindo em blastômeros, os quais mudam de forma e se
4039 alinham, constituindo uma esfera compacta de células denominada “mórula”. mação de um organismo
4040 completo, totalmente novo, motivo pelo qual são tidas como “totipotentes”.⁸ Nesse estágio, as células em
4041 processo de divisão formam uma esfera oca, que recebe o nome de blastocisto. Para a obtenção das
4042 células-tronco embrionárias, cultivadas in vitro, destrói-se a capa externa do blastocisto, que formaria a
4043 placenta, caso fosse implantado no útero, cultivando-se a sua massa celular interior.¹⁰ Outra fonte com
4044 potencial análogo é o tecido gonadal de fetos abortados.¹¹ O embrião, obtido por meio de fertilização

extracorpórea, antes da implantação, é submetido a uma inspeção, sob o microscópio, quanto aos aspectos morfológicos e funcionais, para que se possa constatar suas chances de sobrevivência no interior útero receptor. Também é possível aplicar, nas células embrionárias obtidas em laboratório, a técnica conhecida como Diagnóstico Genético Pré-implantacional (DGPI), em que se retira uma ou duas células dos zigotos, submetendo-as à biópsia, para verificar se a futura criança possui anomalias genéticas causadoras de doenças como síndrome de Down, hemofilia, fibrose cística, doença de Tay Sachs, dentre outras sem embargo das auspiciosas promessas reveladas pelas pesquisas com células-tronco embrionárias, elas têm sido objeto de acirradas controvérsias, quer porque a obtenção desse material genético exige a destruição de um organismo vivo, decorrente da fertilização de gametas humanos – mesmo que, segundo alguns, esse conjunto primordial de células não constitua uma pessoa no sentido moral ou jurídico da palavra –, quer porque podem levar, se livres de qualquer controle, a resultados desconhecidos, colocando em risco a própria existência da espécie humana tal como hoje a conhecemos. Essas pesquisas, com efeito, ensejam profundas interrogações acerca da natureza e do fim da vida humana, dos limites da manipulação do patrimônio genético da humanidade e, ainda, do significado de nossa existência coletiva define “totipotência” como: “Capacidade de uma célula de se diferenciar em qualquer tipo de célula e, assim, formar um novo organismo ou regenerar qualquer parte do organismo” em que consta a definição de blastocisto: “Bola de células preenchida de fluido que consiste de uma massa interna de células destinada a tornar-se embrião e um trofoblasto externo que será a membrana envolvente (córion) e a contribuição embrionária/fetal para a placenta.” explicam a técnica: “Inicialmente os embriões devem atingir estágio de blastocisto, para após a digestão da zona perlúcida e destruição do trofoblasto, obter a massa celular interna que, cultivada em feeder layers de fibroblastos de embriões de ratos, inativados por irradiação, dariam origem às células-tronco”. Acrescentam, ainda, que trabalhos mais recentes apontam para a possibilidade da utilização de fibroblastos de placenta humana. Reflexões epistemológicas a cerca da ciência. A propósito das interrogações suscitadas pelas pesquisas genéticas, convém assentar que a ciência e a tecnologia, embora tenham, de um 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 tampouco detêm o monopólio da verdade, da razão ou da objetividade, valores, de resto, também cultivados por outras áreas do conhecimento humano. Diga-se, aliás, que a fé no progresso ilimitado da ciência e da técnica bem como a crença em sua benignidade intrínseca representam uma herança do Iluminismo, no fundo um racionalismo naturalista, que veio a lume no auge da prevalência do paradigma físico-matemático, cultivado no “Século das Luzes”, dentre outros, por Voltaire, D’Alembert, Diderot, Rousseau, D’Holbach, como instrumento para a superação dos

preconceitos e superstições ainda remanescentes do medievo. Esse legado foi potencializado, no século XIX, pelo naturalismo, evolucionismo e positivismo, de Spencer, Darwin e Comte, respectivamente, ou seja, por um “bando de idéias novas”, nas palavras de Sílvio Romero, as quais, na época, tomaram conta do País e do mundo.¹⁴ Mas já no início do século XX, uma malaise generalizada, uma sensação de mal-estar vago e indefinido, um sentimento de fin d’une époque, começa a tomar conta do mundo, refletindo, em grande medida, o desencanto das pessoas com a civilização centrada na tecnologia e um certo ceticismo quanto à visão panglossiana, então prevalente, segundo a qual scientia omnia vincit. No plano filosófico, uma de suas expressões mais significativas foi o existencialismo de Heidegger, Jaspers, Merleau-Ponty e Sartre, legatário, de um lado, da angústia vital kierkegaardiana e, de outro, da fenomenologia de Edmund Husserl. Deste último, em especial, o existencialismo hauriu a primazia que emprestou à Lebenswelt, isto é, ao “mundo da vida”, apartado dos “mundos” abstratamente construídos pelas ciências e por aquilo que intitulou de “naturalismo ingênuo”. Nesse sentido, é muito significativa sua afirmação de que a “ciência da natureza (como toda a ciência em geral) designa uma atividade humana (menschliche Leistung), a saber, a dos cientistas que cooperam entre si”, explicando que, “sob este aspecto pertence, como todos os processos espirituais, ao círculo dos fatos que devem ser explicados pelas ciências do espírito”. Não é preciso fazer um grande esforço intelectual, nem mergulhar profundamente no passado, para listar os malefícios que decorreram do uso indevido ou equivocado da ciência e do instrumental técnico por ela desenvolvido. Basta lembrar as atrocidades cometidas nas duas Guerras Mundiais, o efeito estufa motivado pela queima de combustíveis fósseis, a contaminação do solo, dos rios e dos oceanos fruto da industrialização desenfreada, o buraco na camada de ozônio, que circunda a Terra, provocado pelo uso descontrolado dos clorofluorcarbonetos (CFCs), empregados em equipamentos de refrigeração, o acidente ocorrido na usina nuclear de Chernobyl, no norte da Ucrânia, resultante do emprego descuidado da energia atômica, as deformidades causadas em crianças cujas mães tomaram o analgésico e anti-inflamatório Talidomida etc. A ciência e a tecnologia, é escusado dizer, nascem e prosperam em um dado contexto social, refletindo, portanto, uma determinada visão de mundo, historicamente situada, como revelou, de forma pioneira, a crítica marxiana. Para esta, o conhecimento científico equipara-se a uma ideologia, pois abriga valores e interesses, nem sempre percebidos ou tornados explícitos por seus protagonistas.¹⁷ Ideologia compreendida como o fenômeno em que as idéias e representações elaboradas pelos homens, a partir de suas circunstâncias, são tidas como o próprio real, embora constituam meros signos que não coincidem necessariamente com os dados do mundo concreto. Essa é também a linha trilhada pela crítica gramsciana, para a qual, “não obstante todos os esforços dos cientistas, a ciência jamais se apresenta como uma noção objetiva; ela aparece sempre

4109 revestida por uma ideologia e, concretamente, a ciência é a união do fato objetivo com uma hipótese, ou
 4110 um sistema de hipóteses, que supera o mero fato objetivo". Jürgen Habermas, em ensaio escrito sobre o
 4111 tema, por ocasião do septuagésimo aniversário de Herbert Marcuse, renova a reflexão sobre as bases
 4112 epistemológicas da ciência e da tecnologia, salientando também o seu caráter intrinsecamente
 4113 ideológico.²⁰ Nesse trabalho demonstra que a visão cientificista e tecnocrática do mundo não apenas
 4114 abriga interesses, não raro bastante concretos, e nem sempre aparentes, mas logra "penetrar como
 4115 ideologia de fundo também na consciência da massa despolitizada da população e desenvolver uma força
 4116 legitimadora". Segundo ele, tal ideologia acaba por afastar "a autocompreensão culturalmente
 4117 determinada de um mundo social da vida", que passa a ser "substituída pela autocoisificação dos
 4118 homens". Nesse sentido, KOROBKIN, Russell. Stem cell century: law and policy for a breakthrough
 4119 technology. New Haven: Yale University Press, 2007, p. 4, assenta: "Claro, as pesquisas com células-
 4120 tronco embrionárias têm atraído enorme interesse nos Estados Unidos e internacionalmente, não apenas
 4121 em

4122 razão de seu potencial científico e médico, mas também por suas promessas comerciais. Previsões de
 4123 mercado para tecnologias desenvolvidas a partir de células-tronco variam dos relativamente modestos US\$
 4124 100 milhões até os mais otimistas US\$ 10 bilhões em 2010" (tradução livre). Sobre o tema, LOWY,
 4125 Michael. Método dialético e teoria política. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1978, p. 9-29. GRAMSCI, Antonio.
 4126 Concepção dialética da história. 2. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1972, p. 71. 20 HABERMAS,
 4127 Jürgen. Técnica e ciência como "ideologia". Lisboa: Edições 70, 2006, p. 45 a 92. 21 Idem, p. 74. Para
 4128 Habermas, essa ideologia, "um tanto vítrea, hoje dominante, que faz da ciência um feitiço, é mais
 4129 irresistível e de maior alcance do que as ideologias de tipo antigo".²² E, embora não leve a uma completa
 4130 "anulação de conexão ética", ela promove "a repressão da 'eticidade' como categoria das relações vitais
 4131 em geral". 23 Tal preocupação com um "mundo totalmente administrado", com uma completa robotização
 4132 dos seres humanos, foi o Leitmotiv que animou a Escola de Frankfurt, à qual pertenceram não apenas
 4133 Habermas e Marcuse, como também Theodor Adorno, Walter Benjamin, Max Horkheimer e outros.
 4134 Horkheimer, um dos principais idealizadores da denominada "Teoria Crítica", dedicou-se a desconstruir o
 4135 que chamou de "razão instrumental", que leva, segundo ele, à autodestruição da própria razão e ao fim
 4136 do indivíduo, porquanto prioriza critérios de eficácia na escolha dos meios para atingir fins, sejam eles
 4137 quais forem. Nesse sentido, afirma: "Uma ciência que em sua autonomia imaginária se satisfaz em
 4138 considerar a práxis – à qual serve e na qual está inserida – como o seu Além, e se contenta com a
 4139 separação entre pensamento e ação, já renunciou à humanidade".²⁴ O fenômeno da "coisificação" das
 4140 pessoas mencionado por Habermas, já havia sido descrito antes por Georg Lukács, pensador e militante

4141 político húngaro, que aprofundou o conceito de "reificação", segundo o qual as relações sociais e a própria
4142 subjetividade humana vão se identificando, paulatinamente, com o caráter inanimado das mercadorias,
4143 num processo denominado de "alienação", em que a pessoa se afasta de sua real natureza, tornando-se
4144 estranha a si mesma.²⁵ É por isso que incumbe aos homens, enquanto seres racionais e morais,
4145 sobretudo nesse estágio de evolução da humanidade, em que a própria vida no planeta se encontra
4146 ameaçada, estabelecer os limites éticos e jurídicos à atuação da ciência e da tecnologia, explicitando e
4147 valorando os interesses que existem por detrás delas, para, assim, escapar à "coisificação" ou "reificação"
4148 de que falam Habermas e Lukács, na qual as pessoas, de sujeitos dessas atividades, passam a constituir
4149 meros objetos das mesmas. 4. Avanços científicos e direitos de quarta geração Em sede acadêmica tive
4150 oportunidade de afirmar que o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, no século XIX,
4151 conhecidos como de "segunda geração", com destaque para o direito ao trabalho, à previdência social, à
4152 sindicalização e à greve, ao lado dos direitos individuais de "primeira geração", em particular o direito à
4153 vida, à liberdade, à propriedade e à participação política, positivados na centúria imediatamente anterior,
4154 não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais. Sim, porque, com a explosão
4155 demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição econômica internacional,
4156 em suma, com a globalização dos problemas do homem, sobretudo a partir da segunda metade do século
4157 XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar de "direitos de solidariedade" ou de
4158 "fraternidade", ou ainda de "direitos de terceira geração".²⁷ Tais direitos sucedem no tempo os direitos
4159 resultantes das revoluções liberais do século XVIII e os direitos decorrentes das agitações operárias do
4160 século XIX. Entre eles sobressaem o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à
4161 proteção do meio ambiente e do patrimônio comum da humanidade etc. Esses direitos desenvolveram-se,
4162 mais do que nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, em especial no plano do Direito
4163 Internacional.²⁸ Atualmente, assentei eu, já se cogita de "direitos de quarta geração", decorrentes de
4164 novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da
4165 informação e da bioengenharia. Assim é que, hoje, busca-se proteção contra as manipulações genéticas,
4166 antevistas por Aldous Huxley em seu livro Admirável mundo novo (1930), as quais permitem, por
4167 exemplo, criar clones humanos e de animais, e em tese até mesmo – seja-me permitido o argumento ad
4168 terrorem – centauros, minotauros e sátiros, além de outros seres fantásticos, imaginados pela Mitologia
4169 Grega, ou contra a invasão da privacidade, a massificação e o totalitarismo, prenunciados por George
4170 Orwell em sua obra 1984 (1948), ou ainda contra a anônima e tentacular burocracia estatal e privada,
4171 prevista por Franz Kafka em seu romance O processo (1915). Pedi vênica acima para empregar um
4172 argumento, à primeira vista, ad terrorem, mas o fato é que lei federal suíça, datada de 18 de dezembro de

1998, que disciplina a reprodução humana assistida, proíbe, expressamente, em seu art. 35, 1, a criação de clones, quimeras ou híbridos, vedação reproduzida e ampliada no projeto de lei daquele país sobre a pesquisa com células embrionárias, atualmente em discussão no parlamento. Trata-se, com efeito, de uma possibilidade real. Ainda recentemente, a imprensa deu conta de que, na Universidade de Newcastle, no Reino Unido, pesquisadores lograram fundir material genético humano com células de bovinos, resultando num embrião híbrido (cytoplasmatic hybrid), alegadamente com o objetivo de desenvolver novas células-tronco para o tratamento de doenças degenerativas. Bioética e direitos humanos no plano internacional Os enormes avanços logrados pela ciência no campo da genética e da biotecnologia nas últimas décadas despertaram a preocupação da comunidade internacional, que entendeu ser necessário, sem prejuízo da liberdade de pesquisa, estabelecer balizas éticas e jurídicas, de âmbito universal, quanto aos seus fins, resultados e procedimentos. Nesse sentido, a 33ª Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) aprovou, em 19 de outubro de 2005, por unanimidade, após intensos debates, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que pretende constituir um marco inspirador de políticas, leis e padrões éticos no setor para os 191 países-membros da ONU. A minuta do documento foi redigida pelo Comitê Internacional de Bioética da Unesco, estabelecido em 1993, o qual é integrado por 36 especialistas independentes que examinam as conseqüências éticas das atividades científicas, em especial no âmbito da proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana. Essa Declaração invoca como fundamentos, além de outros textos normativos de abrangência internacional e regional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (2003), a Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes para com as Gerações Futuras (1997), a Declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial, sobre Princípios Éticos para a Pesquisa Biomédica envolvendo Sujeitos Humanos (1964, emendada em 1975, 1989, 1993, 1996, 2000 e 2002), as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos, do Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (1982, emendadas em 1993 e 2002), o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa (1997). A Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, um dos documentos mais avançados no gênero, é especialmente enfática no tocante ao respeito que deve merecer o genoma humano, definido como "patrimônio da humanidade", por constituir "a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, bem como de sua inerente dignidade e diversidade" (art. 1º). Por isso, assinala o documento, "a pesquisa, o tratamento ou o diagnóstico que afetem o genoma humano devem ser realizados apenas após avaliação rigorosa e

4205 prévia dos riscos e benefícios neles implicados e em conformidade com quaisquer outras exigências da
 4206 legislação nacional” (art. 5º). Os valores e princípios da Declaração sobre o Genoma Humano e da
 4207 Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa foram expressamente
 4208 incorporados pela Declaração Ibero-americana sobre Ética e Genética, de 1996, elaborada em Manzanillo,
 4209 e revisada em Buenos Aires, dois anos depois, que contou com a participação de representantes do Brasil,
 4210 cujo texto enfatiza que o “desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética humana deve
 4211 ser feito levando em consideração (...) o respeito à dignidade, à identidade e à integridade humanas e aos
 4212 direitos humanos reafirmados nos documentos jurídicos internacionais”. Do preâmbulo da Declaração
 4213 Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, consta que ela deriva da “capacidade única dos
 4214 seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre o seu meio ambiente”, bem como de
 4215 especular “sobre os rápidos avanços na ciência e na tecnologia, que progressivamente afetam nossa
 4216 compreensão da vida e a vida em si, resultando em uma forte exigência de uma resposta global para as
 4217 implicações éticas de tais desenvolvimentos”. Os signatários do documento reconhecem, ainda, em suas
 4218 considerações exordiais, que “questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas
 4219 aplicações devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no
 4220 cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”. Por essas razões,
 4221 entendem “ser necessário e oportuno que a comunidade internacional declare os princípios universais que
 4222 proporcionarão uma base para a resposta da humanidade aos sempre crescentes dilemas e controvérsias
 4223 que a ciência e a tecnologia apresentam à espécie humana e ao meio ambiente”. Entre os objetivos
 4224 listados no art. 2º desse diploma internacional, cumpre ressaltar aquele estabelecido em seu item iv, qual
 4225 seja: “reconhecer a importância da liberdade de pesquisa científica e os benefícios resultantes dos
 4226 desenvolvimentos científicos e tecnológicos, evidenciando, ao mesmo tempo, a necessidade de que tais
 4227 pesquisas ocorram conforme os princípios éticos dispostos nesta Declaração e respeitem a dignidade
 4228 humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais”. Por outro lado, dos vários princípios
 4229 arrolados na Declaração, merecem especial destaque os mencionados nos arts. 3º e 4º. O primeiro
 4230 assenta que a “dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser
 4231 respeitados em sua totalidade”, afirmando, ainda, que os “interesses e o bem-estar do indivíduo devem
 4232 ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade”. Já o segundo, que incorpora os
 4233 fundamentos da tradicional ética hipocrática, consigna que os “benefícios diretos e indiretos a pacientes,
 4234 sujeitos de pesquisas e outros indivíduos afetados devem ser maximizados e qualquer dano possível a tais
 4235 indivíduos deve ser minimizado, quando se trate de aplicação e avanço do conhecimento científico, das
 4236 práticas médicas e tecnologias associadas” (grifei). Visando a dar concreção aos valores e princípios que

[JC219] Comentário: 4.1

[JC220] Comentário: 4.1

[JC221] Comentário: 4.1

[JC222] Comentário: 4.1

4237 integram a Declaração, o art. 22, a, consigna o seguinte: “Os Estados devem tomar todas as medidas
4238 adequadas de caráter legislativo, administrativo ou de qualquer outra natureza” – e aqui incluem-se,
4239 evidentemente, as de caráter judicial – “de modo a implementar os princípios estabelecidos na presente
4240 Declaração em conformidade com o direito internacional e com os direitos humanos”. O Brasil, pois, como
4241 membro da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura e signatário da Declaração
4242 elaborada sob seus auspícios, está obrigado a dar concreção a seus preceitos no âmbito dos três poderes
4243 que integram sua estrutura estatal, sob pena de negar consequência jurídica à manifestação de vontade,
4244 formal e solene, que exteriorizou no âmbito internacional. Em outras palavras, a produção legislativa, a
4245 atividade administrativa e a prestação jurisdicional no campo da genética e da biotecnologia em nosso
4246 País devem amoldar-se aos princípios e regras estabelecidas naquele texto jurídico internacional,
4247 sobretudo quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais,
4248 valores, de resto, acolhidos com prodigalidade pela Constituição de 1988. Considerações sobre o início e a
4249 proteção da vida. Múltiplas posições podem ser assumidas no tocante ao exato momento em que se inicia
4250 a vida, dependendo das convicções filosóficas, religiosas ou científicas daqueles que se debruçam sobre a
4251 questão. Para os materialistas, a vida resume-se a um fato da natureza, experimentalmente verificável, ao
4252 passo que para a maioria dos crentes ela representa um dom divino, transmitido aos seres humanos no
4253 momento da concepção. Talvez não seja o Judiciário o foro adequado para debater esse tormentoso tema,
4254 visto não estar aparelhado – e nem vocacionado – para entreter discussões que, no fundo, têm um
4255 caráter eminentemente metafísico, com relação às quais as instituições acadêmicas e as escolas de
4256 teologia, com certeza, encontram-se mais bem preparadas. No campo da ciência, alguns entendem que a
4257 vida começa apenas no momento da implantação do embrião no útero materno, ou seja, depois do sétimo
4258 ou sexto dia da concepção, constituindo, antes desse momento, um mero aglomerado de células da
4259 espécie biológica humana.³³ Já outros acreditam que o embrião somente se transforma numa pessoa a
4260 partir do décimo quarto dia. É que, até então, “não se poderia falar em indivíduo humano propriamente
4261 dito, pois existe a possibilidade de que um indivíduo se converta em dois (ou mais) ou de que dois (ou
4262 mais) indivíduos se convertam em um”. Outros sustentam, ainda, que o embrião somente adquire
4263 subjetividade no momento em que é formado o sistema nervoso central, permitindo a percepção do
4264 prazer e da dor, ou quando se estrutura o córtex cerebral, epicentro da racionalidade. Estes últimos
4265 defendem a tese do paralelismo entre a “morte cerebral” e a “vida cerebral”, como marcos cruciais da
4266 existência humana. A convicção pessoal acerca do início da vida, ademais, pode variar em função da
4267 perspectiva gnoseológica adotada pelo observador, que chega a conclusões distintas, dependendo da ótica
4268 que adote com relação ao fenômeno: sincrônica, se o compreende como um conjunto de fatos

[JC223] Comentário: 4.1

coincidentes no tempo; diacrônica, se o considera em sua evolução temporal. O começo da existência humana pode, também, ser estudado sob o prisma de lógicas distintas, baseadas quer no raciocínio analítico, quer no dialético. Essas duas lógicas, historicamente, trilharam caminhos paralelos e, como regra, contrapostos. Na analítica predomina o exame das proposições e o sistema silogístico de argumentação, ao passo que, na dialética, busca-se a "grande síntese", a partir do jogo dos opostos, em constante evolução. Dialéticos e analíticos, em geral, não se entendem, pois empregam linguagens com sintaxes diferentes. A dialética tem origem em Heráclito e Platão; a analítica em Parmênides e Aristóteles. A primeira foi cultivada por Plotino, Proclo e, em parte, por Santo Agostinho, na Antiguidade. No período medieval, Johannes Scotus Eurígena e a Escola de Chartres, bem como outros filósofos neoplatônicos, debruçaram-se sobre ela. Viu-se estudada, no Renascimento, por Nicolaus Cusanus, Ficino, e Giordano Bruno. Na Modernidade, foi empregada por Espinosa, Schelling, Hegel e Marx, dentre outros. Lamark, Darwin e quase todos os grandes biólogos contemporâneos, como Richard Dawkins e Stephen Jay Gould, adotaram-na, igualmente, como substrato metodológico. Inclusive os renomados físicos da atualidade, a exemplo de Stephen Hawking, com suas teses sobre os "buracos negros" e a teoria do Big Bang, podem ser considerados neoplatônicos. Já a lógica analítica foi, na Idade Média, desenvolvida por Alberto Magno, São Tomás de Aquino, Duns Scotus e Guilherme de Ockham, passando, na era Moderna, por Descartes, Leibnitz, Kant, Frege e Wittgenstein. O raciocínio analítico ganhou espaço, predominando na lógica, matemática e física contemporâneas, disciplinas que se fizeram credoras das idéias de Galilei, Copérnico, Newton e Einstein. No plano puramente jurídico-positivo, há fortes razões para adotar-se a tese de que a vida tem início a partir da concepção. Entre outras, porque a Convenção Americana de Direitos Humanos, o denominado Pacto de São José da Costa Rica, aprovado em 22 de novembro de 1969, e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002, ingressou no ordenamento legal pátrio não como simples lei ordinária, mas como regra de caráter supralegal ou, até mesmo, como norma dotada de **dignidade constitucional**, segundo recente entendimento expressado por magistrados desta Suprema Corte. De fato, em notável voto proferido na sessão de 12 de março do corrente, no HC 87.585/TO, o Ministro Celso de Mello defendeu, com o brilhantismo que lhe é peculiar, o status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. E, em não menos substancial voto, o Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343/SP, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, cujo julgamento ainda não foi concluído, sufragou a tese de que os tratados, nesse campo, teriam a estatuta de direito supralegal, ou seja, estariam, hierarquicamente, acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição. Tudo indica, pelas manifestações exteriorizadas por vários Ministros ao longo daqueles julgamentos, que o STF caminha no sentido de ampliar o valor que vinha conferindo aos textos internacionais relativos ao tema, atribuindo-lhes uma classificação, no mínimo,

[JC224] Comentário: 4.3

4301 superior às normas que integram a legislação comum. A se levar às últimas conseqüências tal raciocínio,
 4302 qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias, não
 4303 há como deixar de concluir, concessa venia, que a vida, do ponto de vista estritamente legal, começa na
 4304 concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo. Isso porque o art. 4º, 1, da
 4305 Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do óocito fecundado em
 4306 um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da
 4307 fertilização extracorpórea –, estabelece, tout court, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite
 4308 sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”. Ainda que se queira
 4309 relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a
 4310 idéias de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer in utero, quer in vitro,
 4311 podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações
 4312 excepcionais, caso outros valores estejam em jogo. Um exemplo típico consiste na exclusão da
 4313 antijuridicidade do chamado “aborto necessário”, contemplada no art. 128, I, do Código Penal brasileiro,
 4314 que corresponde àquele praticado por médico, quando não há “outro meio de salvar a vida da gestante”.
 4315 Daí segue-se, a meu ver, que esse conceito jurídico, abrigado em um tratado internacional de direitos
 4316 humanos, regularmente subscrito e ratificado pelo País, a saber, de que a vida começa na concepção, não
 4317 é abalado, data venia, pelo raciocínio arrimado, fundamentalmente, no Código Civil, segundo o qual a
 4318 legislação pátria somente ampararia o nascituro, isto é, o ser aninhado no útero materno, garantindo-lhe a
 4319 proteção do Estado, antes mesmo do nascimento. É possível, porém, que, no plano meramente fático e
 4320 sob uma ótica dialética, a vida, assim como a morte, ao invés de constituir um evento delimitado no
 4321 tempo, corresponda a um processo que se desenvolve por etapas. Mas ainda que se considere o zigoto,
 4322 que jaz em um tubo de ensaio ou numa “placa de Petri”, apenas um ser humano em construção, uma
 4323 pessoa in fieri, uma vida em formação, não há como deixar de conferir-lhe um tratamento digno,
 4324 atualmente reivindicado até para as cobaias de laboratório. Isso porque, como sublinha Laura Palazzani,
 4325 “a negação do estatuto pessoal do embrião não equivale à negação de toda obrigação de respeito e
 4326 tutela”. Ademais, lembra Silmara Almeida, a melhor doutrina encaminha-se no sentido de reconhecer que
 4327 as células embrionárias, mesmo no estágio pré-implantacional, apresentam uma inegável natureza
 4328 humana, individua substantia rationalis naturae, no dizer de Boécio. De fato, atualmente, prevalece na
 4329 comunidade científica e no meio jurídico dos países desenvolvidos, como se verá a seguir, a idéias de que
 4330 os embriões, qualquer que seja o seu estágio de desenvolvimento, e não importando onde tenham sido
 4331 gerados, merecem ser **tratados de forma digna**. Não obstante esse entendimento, penso que a discussão
 4332 travada nestes autos não deve limitar-se a saber se os embriões merecem ou não ser tratados de forma

[JC225] Comentário: 4.3 – “de
 forma boa ...”

4333 condigna, ou se possuem ou não direitos subjetivos na fase pré-implantacional, ou, ainda, se são ou não
4334 dotados de vida antes de sua introdução em um útero humano. Creio que o debate deve centrar-se no
4335 direito à vida entre visto como um bem coletivo, pertencente à sociedade ou mesmo à humanidade como
4336 um todo, sobretudo tendo em conta os riscos potenciais que decorrem da manipulação do código genético
4337 humano. Sim, porque, em se tratando do direito à vida, que compreende, por excelência, o direito à
4338 saúde, aqui também considerado um valor transindividual, "a convicção de que todos os homens têm um
4339 destino comum, pois todos 'estão no mesmo barco', tornou impossível a existência de riscos estritamente
4340 individuais", como notam Sueli Dallari e Daisy Ventura. Nessa linha, alguns pensadores contemporâneos,
4341 entre os quais o sociólogo Zigmunt Bauman, desenvolveram a idéias de que atualmente vivemos numa
4342 "sociedade de risco" (Risk Society), em que, como observa Ulrich Beck, "o reconhecimento da
4343 imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a autorreflexão
4344 em relação às bases da coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da
4345 'racionalidade'". Assim, cumpre partir do pressuposto de que o direito à vida – bem essencial da pessoa
4346 humana, sem o qual sequer é possível cogitar de outros direitos – não pode ser encarado, ao menos para
4347 o efeito da discussão que ora se trava, sob uma perspectiva meramente individual, devendo, ao revés, ser
4348 pensado como um direito comum a todos os seres humanos, que encontra desdobramento, inclusive e
4349 especialmente, no plano da saúde pública. De fato, analisar essa magna questão tão somente sob a
4350 perspectiva de um eventual direito à vida dos zigotos produzidos in vitro, considerados de per si, pode
4351 levar, data venia, a posições maniqueístas, contra ou a favor da vida, contra ou a favor das pesquisas
4352 científicas, desviando a discussão de seu foco principal, que, segundo penso, deve centrar-se na extensão
4353 em que se permitirá a manipulação – ainda que revestida das melhores intenções – do patrimônio
4354 genético dos seres humanos, tema, a meu ver, de transcendental importância. 7.o princípio da precaução
4355 no campo da saúde pública Quando se cogita da preservação da vida numa escala mais ampla, ou seja,
4356 no plano coletivo, não apenas nacional, mas inclusive planetário, vem à baila o chamado "princípio da
4357 precaução", que hoje norteia as condutas de todos aqueles que atuam no campo da proteção do meio
4358 ambiente e da saúde pública. Ainda que não expressamente formulado, encontra abrigo nos arts. 196 e
4359 225 de nossa Constituição. O princípio da precaução foi explicitado, de forma pioneira, na Conferência das
4360 Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, da
4361 qual resultou a Agenda 21, que, em seu item 15, estabeleceu que, diante de uma ameaça de danos
4362 graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o
4363 adiamento de medidas viáveis para prevenir a degradação ambiental. O referido princípio foi mais tarde
4364 ampliado na reunião levada a efeito em Wingspread, sede da Johnson Foundation, em Racine, Estado de

[JC226] Comentário: 4.3

4365 Wisconsin, nos EUA, no mês de janeiro de 1998, com a participação de cientistas, juristas, legisladores e
 4366 ambientalistas, cuja Declaração final consigna: "Quando uma atividade enseja ameaças de danos ao meio-
 4367 ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo que algumas relações
 4368 de causa e efeito não forem estabelecidas cientificamente". Entre os principais elementos que integram tal
 4369 princípio figuram: i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações
 4370 potencialmente prejudiciais, inclusive a da não ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus
 4371 proponentes e não às vítimas ou possíveis vítimas; e iv) o emprego de processos democráticos de decisão
 4372 e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado.
 4373 Esse novo paradigma emerge da constatação de que a evolução científica traz consigo riscos imprevisíveis,
 4374 os quais estão a exigir uma reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente adotados nesse
 4375 campo. Isso porque, como registra Cristiane Derani, é preciso "considerar não só o risco de determinada
 4376 atividade, como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa
 4377 compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda
 4378 densidade". Com efeito, avançando para além da antiga ótica de recomposição de eventuais prejuízos, "o
 4379 princípio da precaução não se compraz apenas com a caracterização do dano a ser compensado, pois ele
 4380 abriga a convicção de que existem comportamentos que devem ser proibidos, sancionados e punidos". Em
 4381 outras palavras, "não basta determinar o montante da indenização, pois existem danos que não têm
 4382 preço". Não se trata, evidentemente, de exigir uma total abstenção no tocante a ações que envolvam
 4383 eventual risco, de maneira a levar à paralisia do desenvolvimento científico ou tecnológico. Cuida-se, ao
 4384 contrário, de exigir, "em situações de risco potencial desconhecido", a busca de soluções que permitam
 4385 "agir com segurança", transmutando o risco potencial, "seja em risco conhecido, seja ao menos em risco
 4386 potencial fundado". Isso implica a necessidade de alterar-se profundamente os processos decisórios
 4387 levados a efeito no âmbito dessa importante área do saber humano, a começar pela ampliação do círculo
 4388 de pessoas credenciadas a participar dos mesmos, dotando-as de "todas as informações necessárias e
 4389 indispensáveis das grandes decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança das
 4390 pessoas". Isso porque, "o princípio de precaução impõe uma obrigação de vigilância, tanto para preparar a
 4391 decisão, quanto para acompanhar suas conseqüências". É por essas razões que a Declaração Universal
 4392 sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, enfatiza, no art. 18, c, que se deve, nesse setor do
 4393 conhecimento, "promover oportunidades para o debate público pluralista, buscando-se a manifestação de
 4394 todas as opiniões relevantes". O postulado da dignidade da pessoa humana A questão sob exame pode e
 4395 deve ser, ainda, analisada sob o prisma da dignidade da pessoa humana, que constitui o núcleo axiológico
 4396 de todas as declarações e tratados de proteção dos direitos fundamentais vigentes no plano internacional,

[JC227] Comentário: 4.1 -
Dignidade como postulado.

[JC228] Comentário: 4.1 -
Dignidade como visão, sob a
ótica permitida pelo PDPH.

4397 assim como da grande maioria dos textos legais que tratam do tema no âmbito interno dos Estados. Mas
 4398 é preciso ter em mente, como advertem Gomes Canotilho e Vital Moreira, que a **dignidade da pessoa**
 4399 **humana não pode ser reduzida**, simplesmente, “à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a
 4400 nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma ‘teoria do núcleo da personalidade’
 4401 individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. **Claro, porque, em**
 4402 **sendo a dignidade humana a própria matriz unificadora dos direitos fundamentais, a começar do direito à**
 4403 **vida, não pode ela ser considerada apenas um bem jurídico atribuído à determinada pessoa, enquanto**
 4404 **indivíduo, mas deve ser tratada, também e especialmente, como um valor que diz respeito à coletividade**
 4405 **em que esta se encontra integrada. Entre nós, convém salientar, a dignidade humana não só constitui o**
 4406 **cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria República,**
 4407 **conforme consigna, de modo solene, o art. 1º, III, da vigente Carta Magna. Daí cuidar-se de um valor que**
 4408 transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de
 4409 observância obrigatória em todas as interações sociais. É que, como assinala Ingo Wolfgang Sarlet, “a
 4410 **dignidade humana implica também, em ultima ratio, por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência**
 4411 **de um dever geral de respeito por parte de todos (...) os integrantes da comunidade de pessoas para com**
 4412 **os demais e, para além disso (...), até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas”. A dignidade**
 4413 **da pessoa humana, nesse sentido, corresponde a uma baliza axiológica que deve reger as relações entre**
 4414 **governantes e governados, administradores e administrados, empregados e empregadores, pais e filhos,**
 4415 **professores e alunos, médicos e pacientes, advogados e clientes, fornecedores e consumidores etc.**
 4416 Cumpre ressaltar, porém, **que a dignidade da pessoa humana, na qualidade de “núcleo essencial” da Carta**
 4417 **de 1988, ou seja, enquanto valor que ostenta a maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, do**
 4418 **ponto de vista axiológico, não se resume apenas a um imperativo de natureza ética ou moral, mas**
 4419 **configura um enunciado dotado de plena eficácia jurídica, achando-se, ademais, refletido em diversas**
 4420 **normas de caráter positivo, formal e materialmente constitucionais. Esse enunciado, com efeito, não**
 4421 **apenas empresta significado a diferentes dispositivos da Carta Magna, sobretudo àqueles que tratam dos**
 4422 **direitos fundamentais em sentido estrito, como também encontra menção expressa em vários outros**
 4423 **artigos disseminados em seu texto. Por exemplo, quando estabelece: no art. 170, que a ordem econômica**
 4424 **“tem por fim assegurar a todos existência digna”; ou no art. 226, § 6º, que o planejamento familiar funda-**
 4425 **se “nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”; ou, ainda, no art. 227, caput, que**
 4426 **a criança e o adolescente têm, com absoluta prioridade, entre outros, o direito “à dignidade” e “ao**
 4427 **respeito”. Comandos desse jaez, enfatiza José Afonso da Silva, têm lugar em nossa Constituição “não**
 4428 **como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da**

[JC229] Comentário: 4.1

[JC230] Comentário: 4.1 - O PDPH como matriz

[JC231] Comentário: 3

[JC232] Comentário: 6.1

[JC233] Comentário: 4.1

[JC234] Comentário: 4.1

[JC235] Comentário: 1 - PDPH topo do ordenamento.

[JC236] Comentário: 4.4

[JC237] Comentário: 4.1 - PDPH como princípio.

[JC238] Comentário: 4.1 - Com um direito.

4429 pessoa humana". Não se afigura ocioso, ademais, lembrar que é possível deduzir, desse preceito básico,
 4430 direitos fundamentais autônomos, não explicitados no texto constitucional, seja por sua inegável
 4431 densidade conceitual, seja por força do que dispõe o art. 5º, § 2º, da Lei Maior. Assim, toda e qualquer
 4432 produção normativa deverá estar alicerçada nesse fundamento. Em outras palavras, a nenhuma norma
 4433 será conferida validade quando contrariar esse valor-fonte que, na lição de Miguel Reale, é "aquele do
 4434 qual emergem todos os valores, os quais somente não perdem sua força imperativa e sua eficácia
 4435 enquanto não se desligam da raiz de que promanam". Qual seria, então, o seu conteúdo? Para além do
 4436 belo interesse filosófico da pergunta, é necessário fixar, em face do caso sob exame, o que significa
 4437 dignidade da pessoa humana, para que se possa, na sequência, responder se a norma impugnada nesta
 4438 ação direta de inconstitucionalidade vulnera ou não esse valor essencial, mesmo porque, lembra Reale,
 4439 "toda a interpretação jurídica é de natureza axiológica, isto é, pressupõe a valoração objetivada na
 4440 proposição normativa". Mas, para tanto, primeiro, será preciso estabelecer a sua natureza jurídica.
 4441 Humberto D'Ávila, com arrimo nas idéias de Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros,
 4442 distingue três modalidades de normas jurídicas: as regras, os princípios e os postulados. As primeiras
 4443 correspondem a comandos que determinam condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas. Já as
 4444 segundas estabelecem condutas necessárias para a consecução de determinados fins. Os postulados, por
 4445 sua vez, consubstanciam verdadeiras metanormas, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual
 4446 outras normas devem ser aplicadas. A partir dessa classificação é possível definir a dignidade da pessoa
 4447 humana como um postulado normativo, ou seja, uma metanorma, que confere significado aos direitos
 4448 fundamentais, sobretudo ao direito à vida, considerado, aqui, como já assinalado, não apenas sob a ótica
 4449 individual, mas encarado, especialmente, sob um prisma coletivo. E, para que se possa apreender o
 4450 conteúdo desse postulado é preciso reportar-se àquilo que a doutrina alemã denomina de Menschenbild,
 4451 ou seja, a imagem de pessoa que se encontra descrita, de modo amplo, no texto constitucional. "Os
 4452 direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos
 4453 princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja
 4454 parte." Helena Regina Lobo da Costa, amparada em Konrad Hesse, assenta que "a imagem da pessoa
 4455 delineada em nossa Constituição é a de um ser humano portador de direitos individuais, coletivos e
 4456 sociais, de nacionalidade e de direitos políticos, que lhe garantem espaço para o exercício livre de sua
 4457 personalidade, sem ignorar que esta pessoa existe em relação com os demais (Mitsein, em oposição a
 4458 Selbstsein – existir isoladamente)". 55 Essa pessoa, prossegue ela, deverá, portanto, ser compreendida
 4459 sempre em sua dupla acepção: como ens individuale e ens sociale. Colho das decisões do Supremo
 4460 Tribunal Federal dois exemplos de aplicação do postulado da dignidade humana como metanorma. O

[JC239] Comentário: 4.1

[JC240] Comentário: 4.1

[JC241] Comentário: 1 -
Metanorma, acima das demais

[JC242] Comentário: 1

4461 primeiro é aquele em que a Corte ampliou a garantia constitucional do devido processo legal para nela
 4462 abarcar o rito processual previsto para os crimes relacionados a entorpecentes. Nesse caso, a
 4463 Menschenbild empregada correspondia ao ens individuelle, retratando um ser humano dotado do direito de
 4464 ver-se processado em rigoroso cumprimento do princípio da legalidade. Já no segundo exemplo, a referida
 4465 imagem assumiu os contornos de ens sociale, na medida em que foi construída a partir do confronto do
 4466 indivíduo com o "outro". Cuida-se de decisão que entendeu ser impenhorável o imóvel residencial do
 4467 devedor (a pressupor, portanto, um credor), enquanto instrumento garantidor de sua subsistência
 4468 pessoal, bem como a de seus familiares. Ou seja, o direito à propriedade, naquele caso, foi reconfigurado,
 4469 tendo como fundamento a metanorma da dignidade da pessoa humana, considerada em sua dimensão
 4470 social. Diante dessas considerações, entendo que o fulcro da discussão, ora submetida a esta Suprema
 4471 Corte, não se restringe meramente ao estatuto jurídico do embrião gerado in vitro ou das células-tronco
 4472 que dele podem ser extraídas, devendo abranger, para muito além desse estreito horizonte, a disciplina
 4473 das pesquisas genéticas e das ações de todos os seus protagonistas, sejam eles doadores de gametas,
 4474 receptores de óvulos fertilizados, médicos ou cientistas, tendo como parâmetro a dignidade humana,
 4475 enquanto valor fundante do texto constitucional. Células embrionárias humanas no direito comparado
 4476 Examinando o tema à luz da legislação francesa, Brigitte Mintier observa que o direito positivo francês faz
 4477 uma distinção entre "pessoas" e "coisas". Enquadram-se na primeira categoria os indivíduos e os grupos
 4478 de indivíduos que adquirem personalidade jurídica ao preencherem determinados requisitos legais. Já os
 4479 animais são considerados "coisas". Os integrantes de ambas as categorias, porém, são merecedores de
 4480 proteção legal. E explica: "Os animais são juridicamente coisas e, no entanto, são objeto de medidas
 4481 protetoras. Existe, de qualquer modo, uma diferença essencial: as pessoas são 'sujeitos de direito',
 4482 enquanto as coisas são 'objetos de direito'. Portanto, é inevitável que esta diferenciação conduza a uma
 4483 maior proteção para as pessoas". Mais adiante assenta ela que, sem embargo da relativa indefinição sobre
 4484 o status jurídico do óvulo fecundado in vitro, a "legislação francesa regulamenta a maior parte das
 4485 práticas efetuadas com embriões humanos". Isso permite concluir que, "à falta de textos específicos sobre
 4486 as células embrionárias, o estatuto do embrião parece aplicável a essas células".⁶¹ Quer dizer, ainda que
 4487 não gozem de amparo integral, à semelhança do que ocorre com uma pessoa, os embriões e as células
 4488 embrionárias, na França, são protegidos pela lei. Veelke Derckx, estudando a legislação dos Países Baixos,
 4489 revela que, lá, entende-se que os direitos subjetivos são adquiridos no momento do nascimento da
 4490 pessoa. E, embora um embrião, com base nesse raciocínio, não seja sujeito de direitos, ainda assim é
 4491 "considerado digno de proteção". Isso porque o direito sanitário daquele país baseia-se na "teoria da
 4492 proteção jurídica progressiva", segundo a qual há um incremento gradativo no nível de proteção do

[JC243] Comentário: 1

[JC244] Comentário: 6.1

4493 embrião, “em função de seu grau de desenvolvimento”. Aduz, ainda, que a “lei dos embriões”, a qual
 4494 “estabelece os limites ao uso que pode ser feito dos gametas e dos embriões, **parte da dignidade humana**
 4495 **e do princípio do respeito à vida em geral**”. Tais paradigmas, segundo explica, somente podem ser
 4496 atalhados “quando se deve outorgar um valor superior a outros valores, como o bem-estar da futura
 4497 criança, a cura de doenças ou o benefício para a saúde e o bem-estar de casais estéreis”. Já “a posição
 4498 doutrinal majoritária na Alemanha”, refletida no direito positivo e na jurisprudência daquele país, “defende
 4499 que o embrião já é sujeito ou – **na medida em que a dignidade não é considerada um direito subjetivo,**
 4500 **mas antes um princípio fundamental constitucional,** – que ele é ao menos ‘beneficiado’ **pelo princípio da**
 4501 **garantia da dignidade humana**”, como informa Walter von Plattenberg. Mesmo aqueles que entendem que
 4502 o embrião não possui direitos subjetivos, acrescenta, não negam que ele, quer se encontre in utero, quer
 4503 in vitro, representa “um bem que tem de ser objeto de proteção legal”, ou que, no mínimo,
 4504 é dotado de um “‘pré-direito fundamental’ (Grundrechtsanwartschaft)”. Nesse mesmo sentido, o Human
 4505 Embryo Research Panel dos Estados Unidos da América, instado a pronunciar-se sobre o tema, embora
 4506 haja rejeitado a tese de que o conjunto de células resultante da fertilização in vitro tenha o estatuto moral
 4507 – e, a fortiori, legal – equivalente ao de uma pessoa, consignou, num relatório elaborado em 1994, que “o
 4508 embrião humano faz jus a uma séria consideração moral como forma de vida humana em
 4509 desenvolvimento”. E como consequência desse entendimento – que foi alvo de muitas críticas por sua
 4510 pretensa ambivalência –, “sugeriu que se demonstrasse pelos embriões o adequado respeito”,
 4511 consubstanciado na limitação do “período de sua existência até o qual se faz pesquisa com eles” e na
 4512 restrição dos “propósitos para cuja consecução podem ser usados”. Comentando as decisões da Corte
 4513 Constitucional da Espanha sobre o assunto (especialmente as de n. 53/1985 e n. 116/1999), José Miguel
 4514 Ruiz-Calderón assenta que, para esta, “não existe titularidade do direito subjetivo à vida propriamente dito
 4515 antes do nascimento”. No entanto, entende que deflui dos julgados daquela Corte que “o bem jurídico
 4516 ‘vida’ deve ser protegido(...) a partir do momento em que há uma vida humana, não necessariamente
 4517 pessoal, com uma proteção que não seja tão insignificante que produza de fato uma desproteção
 4518 completa na fase de vida pré-natal” (grifei). Limites à produção e manipulação de embriões. O caput do
 4519 art. 5º da Lei de Biossegurança, impugnado nesta ação direta de inconstitucionalidade, considerada a
 4520 técnica deficiente com que foi redigido, a rigor, não veda a geração de embriões humanos exclusivamente
 4521 para a pesquisa. Também não impõe nenhum limite numérico à sua produção, nem estabelece qualquer
 4522 restrição temporal à manipulação destes. Simplesmente permite a “utilização de células-tronco
 4523 embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no
 4524 respectivo procedimento”. Tampouco existe qualquer referência expressa a tais questões nas exigências

[JC245] Comentário: 4.4 – par
do PDPH.

[JC246] Comentário: 6.1

[JC247] Comentário: 4.1

listadas nos dois incisos e três parágrafos do referido dispositivo para a extração de células-tronco de embriões humanos. Nada impede, com efeito, numa interpretação literal do artigo atacado, que se produza, em laboratório, tantos embriões quantos sejam requisitados pelos pesquisadores. Por razões análogas é que a National Bioethics Advisory Commission dos Estados Unidos, num relatório produzido em 1999 sobre o assunto, descartou, dentre as possíveis fontes de obtenção de células-tronco, os “embriões criados unicamente para finalidade de pesquisa por meio da fertilização in vitro”. A mencionada Comissão, ademais, preocupou-se com a questão de uma possível “mercadificação” nessa área, ressaltando ser necessário informar, de modo mais amplo possível, os casais doadores de material genético, “a fim de evitar a potencial coerção pelos médicos ou pelas clínicas de fertilidade, que poderiam ver-se tentados a incentivar a superprodução de oócitos e de embriões”. Da mesma forma, o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa veda a geração de embriões humanos com fins de pesquisa (art. 18, § 2), proibição adotada pela maioria dos países do continente. Nos Países Baixos, por exemplo, tal prática é interdita, salvo se realizada para fins de reprodução assistida. Na França, o Código de Saúde Pública somente admite a criação de embriões in vitro “no marco da reprodução assistida”, vedando-se a sua produção “com fins comerciais ou industriais e inclusive com fins de estudo, pesquisa ou experimentação”. De outra parte, uma das leis francesas que regula o assunto, datada de 29 de julho de 1994, estabelece que os embriões concebidos fora do corpo humano – e sempre nos limites da reprodução assistida – somente podem ser destruídos quando “deixam de responder a um projeto de procriação e não puderem ser acolhidos por outro casal”. Também na Alemanha, a “Lei de proteção do embrião” (Embryonenschutzgesetz), que “pretendeu refletir a opção da Constituição em favor da dignidade humana e da vida”, conforme von Plattenberg, veda a fertilização de um oócito com fim outro que não o de possibilitar a gravidez da mulher do qual ele provém (§ 1,1), “razão pela qual estaria proibido produzir embriões excedentes”. No mesmo ciclo reprodutivo, continua, podem ser fecundados no máximo três oócitos para implantação (§ 1, 4, § 1, 5), o que, na prática, eliminou o debate sobre os embriões “extranumerários”, ao contrário do ocorrido em outros países. Nesse sentido, informa que, no final de 2000, o registro oficial de fertilização in vitro acusava a existência de 71 embriões, dos quais, segundo foi comunicado ao governo alemão, no começo do ano seguinte, apenas 15, aproximadamente, eram “excedentes”. Na Espanha, ao contrário, a vagueza com que a Lei 35/1988 tratou do tema ensejou uma superprodução de embriões, os quais acabaram sendo congelados em grande número, atingindo, segundo algumas estimativas a cifra de 30 mil.80 O governo espanhol, então, confrontado com um verdadeiro fait accompli, viu-se obrigado a editar a Lei 45/2003 para regular a matéria, limitando a três os oócitos que podem ser implantados na mulher, em um mesmo ciclo reprodutivo. Na Exposição de Motivos

[JC248] Comentário: 4.1

4557 dessa nova Lei, o Rei Juan Carlos I, interessadamente, fez consignar que os 15 anos de vigência do
 4558 primeiro diploma legal que regulou a reprodução assistida acabaram “dando lugar a situações de certa
 4559 insegurança jurídica e a problemas de considerável dimensão ética e sanitária”, dos quais a mais
 4560 importante seria “a acumulação de um elevado número de pré-embriões humanos excedentes, cujo
 4561 destino ainda está sem definição”. Isso não obstante a alteração promovida no Código Penal espanhol, em
 4562 1995, estabelecendo severas sanções, em seu art. 160, 2, para “aqueles que fecundem óvulos humanos
 4563 com qualquer fim distinto da procriação humana”. Em seguida, outros diplomas foram promulgados na
 4564 Espanha para aperfeiçoar ainda mais a disciplina da matéria, em especial os experimentos científicos com
 4565 células embrionárias humanas, sendo a última delas a Lei 14/2007, que, no art. 33, 1, para dirimir
 4566 eventuais dúvidas que porventura ainda pudessem subsistir, proibiu, em termos taxativos, a geração de
 4567 pré-embriões e embriões humanos exclusivamente para pesquisa. Na Alemanha, além do citado diploma
 4568 normativo, editou-se, ainda, a “Lei das células-tronco” (Stammzellgesetz), **inspirada, igualmente, na**
 4569 **proteção da vida e no respeito ao princípio da dignidade humana** (art. 1), que admite a importação de
 4570 células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa, sujeitando-a, embora a diversas condições, entre as
 4571 quais a de que tenham sido “fruto de uma FIV realizada para uma gestação”, além de exigir que haja
 4572 certeza de que os embriões resultantes não seriam mais empregados para tal fim. Da mesma maneira, na
 4573 Suíça e no Canadá está proibida a produção de células embrionárias apenas para utilização em pesquisas,
 4574 as quais somente podem 80 Cf. RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano, op. cit., p. 233. Extraído da
 4575 Exposição de Motivos da Lei 45/2003, que faz expressa menção a trechos do informe da Comissão
 4576 Nacional de Reprodução Humana Assistida da Espanha, datado de 2000, entre os quais destaco os
 4577 seguintes: 1) “aunque, desde el punto de vista técnico, la disponibilidad de más preembriones (...)
 4578 aumenta la posibilidad de procreación (...), no es menos cierto que el elevado número de preembriones
 4579 congelados sugiere que frecuentemente no es necesario obtener tantos”; e 2) “no es deseable la
 4580 acumulación de preembriones congelados, cuyo destino y posible utilización para la procreación puede
 4581 provocar graves problemas de responsabilidad social”. “Artículo 160, 2. Serán castigados con pena de
 4582 prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis
 4583 a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.” “Artículo
 4584 33, 1, Se prohíbe la constitución de preembriones y embriones humanos exclusivamente con fines de
 4585 experimentación” valer-se daquelas que sobejam dos procedimentos de fecundação assistida, estando
 4586 elas, ainda, submetidas a diversas restrições, tais como a prévia autorização das autoridades competentes
 4587 e a anuência do casal-doador. No Brasil, o único diploma normativo que regula as técnicas de reprodução
 4588 assistida in vitro é a Resolução 1.358/1992, do Conselho Federal de Medicina, a qual busca, segundo os

[JC249] Comentário: 4.1

seus considerando, compatibilizar o "uso dessas técnicas com os princípios da ética médica". O item I, 5, da Resolução proíbe "a fecundação de óocitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana". E o item I, 6 estabelece que o "número ideal de óocitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos á existentes de multiparidade". Daí conclui-se que, das técnicas de reprodução assistida devem resultar, num plano ideal, apenas os óocitos ou pré-embriões indispensáveis para que determinada paciente seja fecundada. Outro aspecto digno de nota é que a Resolução somente faz alusão a "óocitos" e "pré-embriões", jamais mencionando "embriões", como o faz a lei impugnada. Em outras palavras, o diploma normativo do CFM estabelece, ainda que implicitamente, um limite temporal para a manipulação do conceito, de forma consentânea com a Embriologia, que distingue três fases evolutivas do ser humano em gestação: 1) um "período de divisão celular" ou "pré-embrionário", que abrange a primeira e segunda semana, após a fertilização; 2) um "período embrionário", que vai da segunda a oitava semana; 3) e um "período fetal", que se estende da nona à trigésima oitava semana. Nesse sentido – e isso tem, a meu ver, importância crucial –, a Resolução do CFM estabelece taxativamente, no item VI, 3, o seguinte: "O tempo máximo de desenvolvimento de pré-embriões in vitro será de 14 dias". É o que também estabelece a Lei espanhola 14/2006, que alterou a Lei 45/2005, acima mencionada, definindo o "pré-embrião" como aquele que resulta da fertilização in vitro, e que é constituído por um grupo de células decorrentes da divisão progressiva do óocito até o 14º dia, a partir da fecundação. Interessantemente, mesmo aqueles que defendem, com ardor, as pesquisas com embriões humanos concordam em limitar no tempo a sua manipulação, fixando o prazo máximo de duas semanas para a extração das células-tronco mediante a destruição dos respectivos invólucros externos, como se verificou das audiências públicas realizadas no STF.⁸⁹ É que, no início da terceira semana de desenvolvimento do óocito fertilizado, começa o "período embrionário" propriamente dito, "caracterizado pela formação da linha primitiva, da notocorda e de três camadas germinativas a partir das quais todos os tecidos e órgãos são formados". Nesse momento, com efeito, inicia-se o processo de gastrulação no qual se dá a "formação do sistema nervoso, do coração, da placenta, do cordão umbilical e do celoma intraembrionário (cavidades corpóreas)". Ocorre que, a depender apenas do que dispõe a Lei de Biossegurança, a rigor, nada obsta que os embriões humanos sejam manipulados sem qualquer limite temporal. Com efeito, se a sobrevivência de embriões fora do corpo humano, para além de uns poucos dias, preservados em um meio de cultura apropriado, mostrar-se tecnicamente viável, a redação do art. 5º, caput, não obstará a extração de células-tronco em qualquer fase de seu desenvolvimento, ficando, até mesmo, franqueada a manipulação daqueles que, por qualquer motivo, tenham sido retirados ou expelidos do útero no qual foram implantados. Penso, portanto, que, à

4621 luz da legislação comparada e, em especial, da Resolução do CFM sobre a reprodução assistida, que o art.
 4622 5º, caput, da Lei de Biossegurança precisa ser harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa
 4623 humana e com o direito à vida, compreendidos na acepção que lhes conferi acima. Não se trata,
 4624 evidentemente, de interpretar a norma impugnada com base no direito estrangeiro, ou com outra de
 4625 hierarquia inferior, isto é, de confrontar uma lei em face de uma resolução, o que seria de flagrante
 4626 atecnia. Cuida-se, ao contrário, de extrair, a partir da disciplina que o mundo civilizado e a corporação
 4627 médica brasileira emprestam ao tema, o conteúdo ético-normativo dos comandos constitucionais que
 4628 regem a espécie, em particular o constante do art. 226, § 6º, da Carta Magna, o qual estabelece que o
 4629 planejamento familiar, arrima-se “nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável”
 4630 (grifei). Significado de “inviabilidade” dos embriões. Outro aspecto relevante para o exame da
 4631 constitucionalidade da norma impugnada é a total indeterminação do conceito de “inviável”, que figura no
 4632 inciso I do art. 5º da Lei de Biossegurança, a partir do qual será definido o destino do embrião gerado in
 4633 vitro. Com efeito, a redação do referido dispositivo permite que lhe seja conferida a mais elástica das
 4634 interpretações, ao arbítrio do médico, do biólogo, do geneticista ou mesmo do técnico de laboratório
 4635 encarregado da realização do diagnóstico pré-implantacional. Transcrição dos debates no STF, p. 9,
 4636 passim. A título de confronto, ressalto que a Stammzellgesetz alemã é muito rigorosa no tocante ao
 4637 critério de aproveitamento dos embriões para as pesquisas, vedando o seu uso caso tenham “sido
 4638 descartados por razões inerentes às células-tronco”, como por doenças, pretendendo-se, com isso,
 4639 “rejeitar todo o apoio a PID” – diagnóstico pré-implantacional – “ou qualquer vontade eugênica”. É que,
 4640 como explica von Plattenberg, o tema suscita “profundas emoções”, porquanto a experimentação com
 4641 células-tronco e o diagnóstico pré-implantacional “exemplificam um perigo de ‘criação seletiva’ (genética),
 4642 de eugenia, na qual o homem coloca-se a si mesmo à disposição para a suposta melhoria de sua espécie
 4643 por meios técnicos”. Na Espanha, por sua vez, a Comissão Nacional de Reprodução Assistida, no já citado
 4644 relatório de 2000,95 estabeleceu que “o significado de ‘não viável’ aplicado aos embriões é de índole
 4645 biológica, no sentido de que não sejam aptos para iniciar ou continuar o processo de divisão celular”. É a
 4646 mesma conclusão a que chega o acima mencionado José Miguel Ruiz-Calderón, o qual afirma que “não
 4647 podem ser considerados legalmente inviáveis os embriões crioconservados que por diversos motivos ou
 4648 circunstâncias pessoais ou sociais relacionados aos progenitores não podem ser destinados à reprodução
 4649 (inviabilidade funcional), pois seria contrário ao espírito e à letra da lei, independentemente do juízo que
 4650 mereça essa consideração”. Também não se mostra admissível, diz ele, deixar a definição de inviabilidade
 4651 ao alvedrio exclusivo do pesquisador, permitindo que decida livremente sobre a possibilidade de o embrião
 4652 continuar ou não o seu desenvolvimento no meio adequado, porquanto isso “tornaria supérflua a limitação

[JC250] Comentário: 4.1 – O PDPH como postulado.

[JC251] Comentário: 4.1 – DH como princípio.

4653 protetora da lei". Já na França, embora o diagnóstico pré-natal e o pré-implantacional sejam lícitos, este
4654 último sofre rigorosa restrição, uma vez que é admitido "apenas se um médico certifica que o casal, por
4655 sua situação familiar, tem grandes probabilidades de procriar um filho vítima de uma doença genética
4656 especialmente grave, reconhecida como incurável no momento do diagnóstico". Com efeito, não obstante
4657 constitua o diagnóstico pré-implantacional um valioso instrumento para detectar a presença de anomalias
4658 genéticas ou a possibilidade de desenvolvimento de moléstias grave, incuráveis, que podem comprometer
4659 o embrião durante a gestação ou mesmo após o seu nascimento, trata-se de uma metodologia que suscita
4660 inúmeros questionamentos éticos e jurídicos, pois, como adverte Renata da Rocha, "tem-se verificado que
4661 tal prática vem sendo utilizada como um meio para a escolha de determinados traços genéticos, como,
4662 por exemplo, a escolha do sexo do bebê, a cor de sua pele, o seu coeficiente intelectual, entre outros
4663 atributos". Essa técnica permite que sejam descartados, isto é, deixem de ser implantados no útero
4664 receptor e tenham outro destino, não apenas os embriões considerados anormais ou defeituosos, mas
4665 também aqueles tidos como indesejáveis por razões de preferência, de caráter absolutamente subjetivo,
4666 seja da equipe médica, seja dos genitores. Por isso, mostra-se válida a preocupação externada por Stella
4667 Maris Martínez, a qual chama atenção para o perigo representado pela possibilidade de estabelecer-se
4668 uma espécie de "controle de qualidade" dos embriões, incompatível como Estado Democrático de Direito,
4669 cujo cerne é o respeito à **dignidade humana**, "que impede taxativamente todo tipo de discriminação"
4670 (grifei). Pelos mesmos motivos é que a supra referida Convenção dos Direitos do Homem e da
4671 Biomedicina do Conselho da Europa proíbe, no art. 11, qualquer forma de discriminação decorrente do
4672 patrimônio genético de uma pessoa. Também a Declaração Universal sobre o Genoma Humano é taxativa
4673 nesse sentido, ao estampar, no art. 6, que "ninguém poderá ser discriminado com base em suas
4674 características genéticas de forma que viole ou tenha o efeito de violar os direitos humanos, as liberdades
4675 fundamentais e a **dignidade humana**". Atento a essas questões, o Congresso dos Estados Unidos acaba de
4676 aprovar o Genetic Information Nondiscrimination Act, que proíbe a discriminação de pessoas, com base
4677 em seus dados genéticos pelos empregadores ou por parte das seguradoras. Na exposição de motivos, o
4678 novo diploma legal consigna que, atualmente, algumas anomalias genéticas são associadas a
4679 determinados grupos raciais ou étnicos, sabendo-se também que certos indivíduos, em virtude da
4680 conformação de seus genes, estão mais propensos a desenvolver dadas enfermidades, ensejando
4681 eventual discriminação ou estigmatização por aqueles que detêm tais informações. Entre nós, a disciplina
4682 desse importantíssimo aspecto da Lei de Biossegurança foi relegado a um mero decreto, complementado
4683 por instruções normativas das autoridades sanitárias, regras, por definição, mutáveis ad libitum de seus
4684 editores, sem qualquer intervenção dos representantes da cidadania congregados no Parlamento. Mesmo

[JC252] Comentário: 4.1**[JC253] Comentário:** 4.1

4685 assim, cumpre registrar que o Decreto 5.591, de 22 de novembro de 2005, em seu art. 3º, XIII, o qual
 4686 regulamenta dispositivos da Lei 11.105/2005, prudentemente, define os “embriões inviáveis” como
 4687 “aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas
 4688 específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiverem seu desenvolvimento interrompido por
 4689 ausência espontânea de clivagem após período superior de vinte e quatro horas a partir da fertilização in
 4690 vitro, ou com alterações que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião”. Critérios para o uso de
 4691 embriões criopreservados O inciso II do art. 5º também apresenta problemas do ponto de vista de sua
 4692 constitucionalidade, em especial quando examinado sob o prisma do princípio da isonomia, estampado no
 4693 art. 5º, II, da Carta Magna, **o qual se arrima no postulado da dignidade da pessoa humana e tem como**
 4694 uma de suas vertentes o axioma da não discriminação. Sua interpretação há de fazer-se no sentido que
 4695 lhe dá Celso Antônio Bandeira de Mello, ou seja, o de um comando que determina que haja “uma
 4696 correlação lógica entre o elemento distintivo e o tratamento dispensado”. Mais especificamente, “se o
 4697 tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir ‘correlação lógica’ entre o fator de
 4698 discrimen tomado em conta e o regramento que lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o
 4699 princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda
 4700 seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a
 4701 conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade”. Na mesma linha, ensina Canotilho que “o
 4702 princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge como arbitrária”, explicitando
 4703 que há “uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica: a) não se basear num
 4704 fundamento sério; b) não tiver um sentido legítimo; e c) estabelecer diferenciação jurídica sem um
 4705 fundamento razoável”. No caso sob exame, o discrimen empregado pelo legislador, para permitir a
 4706 destruição de embriões a partir dos três anos de congelamento afigura-se infundado, sem sentido e
 4707 destituído de justificativa razoável, pois não há qualquer explicação lógica para conferir-se tratamento
 4708 diferenciado aos embriões tendo em conta apenas os distintos estágios de criopreservação em que se
 4709 encontram. Cuida-se, data venia, de uma decisão arbitrária que, como tal, repugna ao Direito. Com efeito,
 4710 a explicação que se colhe da resposta a essa questão, apresentada no debate público levado a efeito
 4711 nesta Suprema Corte, a saber, a de que tal prazo nada teria a ver com a viabilidade dos embriões, mas
 4712 constitui, apenas, um lapso temporal para que o “casal tenha certeza se, porventura, quiser doar aqueles
 4713 embriões para pesquisa”. Tal motivação, ao que consta, acolhida pelos legisladores, apequena-se e
 4714 deslegitima-se ante a informação de cientistas segundo a qual embriões com muito mais tempo de
 4715 congelamento, até mesmo após treze anos de criopreservação teriam logrado sobreviver hígidos e se
 4716 transformado em crianças saudáveis, depois de sua implantação no útero receptor. Essa seriíssima

[JC254] Comentário: 4.1 - DH
 como postulado.

4717 preocupação encontra guarida no item V, 2, da Resolução do CFM, que é taxativo ao estabelecer que o
4718 “número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se
4719 decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não
4720 podendo ser descartado ou destruído” (grifei). A propósito, em profundo e abrangente estudo sobre o
4721 tema, que veio a lume em dezembro de 2005, a Comissão de Bioética de Rheinland-Pfaltz, do Ministério
4722 da Justiça daquela unidade da Federação alemã, recomendou aos legisladores que garantissem aos
4723 embriões, que não pudessem ser implantados no útero das respectivas mães genéticas, ou seja, aos
4724 extranumerários, como alternativa preferencial à sua destruição, a “chance de sobreviverem no corpo de
4725 uma mulher” que se disponha a adotá-los. O critério para a utilização de embriões criopreservados em
4726 pesquisas, pois, há de compatibilizar-se com a definição de “inviabilidade” acima proposta. Quer dizer,
4727 enquanto tiverem potencial de vida ou, por outra, enquanto for possível implantá-los no útero da mãe de
4728 que provieram os oócitos fertilizados ou no ventre de mulheres inférteis para as quais possam ser doados,
4729 a destruição de embriões congelados, a meu sentir, afigura-se contrária aos valores fundantes da ordem
4730 constitucional. Quem deu azo à produção de embriões excedentes, assepticamente denominados de
4731 “extranumerários”, há de arcar com o ônus não só moral e jurídico, mas também econômico, quando for o
4732 caso, de preservá-los, até que se revelem inviáveis para a implantação in anima nobile. Nesse aspecto,
4733 causa espécie, do ponto de vista ético, a lógica de cunho puramente voluntarista existente por detrás da
4734 resposta oferecida à pergunta por mim formulada, quando da audiência pública realizada nesta Suprema
4735 Corte, no tocante ao destino dos embriões congelados, segundo a qual sua utilização nas pesquisas
4736 estaria sujeita ao exclusivo alvedrio dos assim chamados “genitores”. O pragmatismo extremado de que se
4737 reveste tal solução parece-me deveras assustador. Lembro, a propósito, a observação de Horkheimer
4738 acima transcrita, para quem a ciência que entroniza a práxis, separando o pensamento da ação, “já
4739 renunciou à humanidade”. Aliás, esse tipo de ética, fundada em critérios de utilidade, que avalia a conduta
4740 humana com base apenas em seus resultados, foi superiormente refutada por Kant, já no século XVIII, ao
4741 argumento de que “o valor moral de uma ação não reside no efeito que dela se espera”, mas num “bem
4742 supremo e incondicionado” para o qual a vontade de um ser racional deve convergir. Isso porque, para o
4743 filósofo de Königsberg, a utilidade constitui um predicado das coisas e não do homem, que existe como
4744 um fim em si mesmo, razão pela qual é defeso subordiná-lo, como simples meio, ao arbítrio de quem quer
4745 que seja. Cumpre registrar, por oportuno, que alguns estudos recentes apontam para a possibilidade de
4746 extrair-se uma ou duas células dos zigotos produzidos in vitro, para a obtenção de células-tronco, sem
4747 danificá-los ou com um risco mínimo de que isso aconteça, à semelhança do que ocorre com o diagnóstico
4748 pré-implantacional. Caso tal método se revele efetivamente viável, nada impede seja ele empregado em

4749 experimentos voltados à cura de doenças, desde que observados os parâmetros éticos e legais
 4750 pertinentes. Necessidade de consentimento livre e informado Também não se mostra compatível, a meu
 4751 ver, com o postulado da dignidade humana, o mero consentimento, a simples anuência, dos genitores,
 4752 isto é, dos cedentes de material genético, a que se refere o § 1º do art. 5º, desacompanhada de maiores
 4753 esclarecimentos e formalidades, para viabilizar a realização de pesquisas com células embrionárias. Isso
 4754 porque, atualmente, as regras deontológicas que regem os experimentos com pessoas, universalmente
 4755 adotadas, baseiam-se na doutrina do “consentimento livre e informado”, em atenção aos princípios da
 4756 liberdade e da autonomia humanas, o qual deve ser exteriorizado, prévia e expressamente, por todos
 4757 aqueles que se submetem a cirurgias e procedimentos de risco ou experimentais, que sejam doadores de
 4758 órgãos e de tecidos, ou que se sujeitam a pesquisas científicas. Não basta, pois, para esse efeito, um
 4759 trivial “sim”, um banal “de acordo” ou um singelo “xis”, que alguns logravam – e ainda logram – extorquir
 4760 dos ágrafos, semiletrados ou hipossuficientes de outra natureza para fraudar-lhes a vontade. Aliás, em se
 4761 tratando de experimentos médicos de vanguarda, observa Henning Rosenau, o dever de informar há de
 4762 ser ainda mais abrangente do que no caso de terapias padronizadas, visto que “implicam um risco
 4763 ampliado cuja natureza e extensão pode não ser claramente compreendido a seu tempo”. É preciso que a
 4764 pessoa da qual se pretende obter o consentimento esteja ciente e consciente de todas as conseqüências
 4765 éticas, jurídicas, sociais e materiais que dele decorrerão, bem como das possíveis alternativas, além de
 4766 estar absolutamente livre de quaisquer constrangimentos, sejam eles físicos, morais, psicológicos ou
 4767 econômicos. E mais: cumpre que o consentimento possa ser retirado ou reformulado a qualquer tempo,
 4768 sem nenhuma conseqüência para quem o deu. É o que dispõe o art. 16, 2, da Declaração Universal de
 4769 Bioética e Direitos Humanos, verbis: “A pesquisa científica só deve ser realizada com o prévio, livre,
 4770 expresso e esclarecido consentimento do indivíduo envolvido. A informação deve ser adequada, fornecida
 4771 de uma forma compreensível e incluir os procedimentos para a retirada do consentimento. O
 4772 consentimento pode ser retirado pelo indivíduo envolvido a qualquer hora e por qualquer razão, sem
 4773 acarretar qualquer desvantagem ou preconceito”. As questões envolvidas no consentimento, em se
 4774 tratando de células embrionárias humanas, como é evidente, não são simples. Veja-se o que dispõe,
 4775 nesse sentido, a Resolução do CFM, no item V, 3, sobre o tema: “No momento da criopreservação, os
 4776 cônjuges ou companheiros deverão expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado
 4777 aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimentos de um deles
 4778 ou de ambos, e quando desejam doá-los”. É preciso, portanto, informar aos doadores de material
 4779 genético, com precisão e lealdade, acerca do que ocorrerá com os embriões destinados às pesquisas, bem
 4780 como as possíveis alternativas à sua destruição, inclusive a possibilidade de sua doação a casais inférteis.

[JC255] Comentário: DH como
postulado

4781 Russel Korobkin, insuspeito defensor das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, inclusive
4782 entende que os pesquisadores devem revelar eventuais interesses financeiros envolvidos nos
4783 experimentos que desenvolvem. Tais esclarecimentos por parte de médicos, pesquisadores, instituições e
4784 serviços de saúde, assim como a anuência dos genitores a que se refere a Lei sob exame deverão ser
4785 exteriorizados sempre de maneira explícita e mediante ato formal. Independência e pluralismo dos
4786 comitês de ética. Não se mostra, também, segundo penso, conveniente e nem jurídico, permitir que
4787 projetos de pesquisa e de terapia com células-tronco embrionárias humanas sejam exclusivamente
4788 aprovados pelos comitês de ética das próprias instituições e serviços de saúde responsáveis por sua
4789 realização, a teor do que sugere o § 2º do art. 5º, aqui atacado. É que, seja-me permitido o recurso a
4790 uma conhecida parêmia romana – e com o devido respeito que os cientistas merecem –, *lupus non curat*
4791 *numerum ovium*. Caso prevaleça essa orientação, de muito pouca valia serão, à evidência, as
4792 recomendações exaradas na Resolução 196, de 10 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde,
4793 para regular as atividades dos “comitês de ética” de um sem-número de clínicas de fertilização assistida e
4794 “institutos de pesquisa” que proliferarão no País, dentre os quais sobressairão apenas alguns poucos de
4795 indisputada idoneidade, ligados a universidades e instituições médicas de maior renome. Como se viu
4796 acima, nos países desenvolvidos, as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas são
4797 rigorosamente controladas pelas autoridades. Nesse sentido, acrescento que, no Reino Unido, o Human
4798 Fertilization and Embriology Act admite as pesquisas com embriões, subordinado-as, todavia, a severos
4799 controles. Segundo a lei britânica, qualquer projeto que envolva a criação, o uso ou a conservação de
4800 embriões humanos criados por fertilização *in vitro* tem de ser autorizado pela Human Fertilization and
4801 Embriology Authority, constituindo delito, punido com pena de até dez anos de prisão, a realização de
4802 experimentos sem a devida permissão. A Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, de seu
4803 turno, cujos preceitos, como já se disse, o Brasil está obrigado a observar, no tocante à tomada de
4804 decisões nesse campo, estabelece, no art. 18, c que é preciso “promover oportunidades para o debate
4805 público pluralista, buscando-se a manifestação de todas as opiniões relevantes”. E, especificamente,
4806 quanto aos comitês de ética, consigna, no art. 19, que estes precisam ser “independentes,
4807 multidisciplinares e pluralistas”. Ademais, devem “ser instituídos, mantidos e apoiados em nível adequado,
4808 com o fim de: i) avaliar questões éticas, legais, científicas e sociais relacionadas a projetos de pesquisa
4809 envolvendo seres humanos; ii) prestar aconselhamento sobre problemas éticos em situações clínicas; iii)
4810 avaliar os desenvolvimentos científicos e tecnológicos, formular recomendações e contribuir para a
4811 elaboração de diretrizes (...); iv) promover o debate, a educação, a conscientização do público e o
4812 engajamento com a bioética” (grifei). Da experiência do direito comparado e da legislação internacional,

segue-se que não é razoável, nem conveniente, permitir que os próprios interessados nas pesquisas tomem todas as decisões nessa importante área da ciência, segundo os seus próprios desígnios, sem a fiscalização das autoridades públicas e de representantes da comunidade. Parte dispositiva do voto - Em face de todo o exposto pelo meu voto, julgo procedente em parte a presente ação direta de inconstitucionalidade para, sem redução de texto, conferir a seguinte interpretação aos dispositivos abaixo discriminados, com exclusão de qualquer outra: i) art. 5º, caput: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações in vitro realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis; ii) inciso I do art. 5º: o conceito de "inviável" compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a 24 horas contados da fertilização dos oócitos; iii) inciso II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido; iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento "livre e informado" dos genitores, formalmente exteriorizado; v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Acompanhei atentamente a leitura do voto do Relator e, agora, o voto do Ministro Carlos Alberto Direito, da Ministra Cármen Lúcia e do Ministro Lewandowski. O espaço de tempo que passou desde o voto do Ministro Carlos Britto permitiu-nos ponderar prudentemente argumentos, bem assim o acesso a textos e esclarecimentos isentos de emoção. O pedido de vista feito pelo Ministro Carlos Alberto Direito foi sábio. Sem esse espaço de tempo, necessário ao exercício da reflexão própria à phronesis (f....s.), eu não teria logrado alinhar as razões que conformam o voto que passo a formular. O tempo é indispensável ao exercício da prudência, ainda que isso cause transtorno aos interessados mais estouvados. Consumiremos, na prolação de nossos votos, as horas necessárias ao correto desempenho do nosso ofício. Nobre ofício, em especial quando diante de matéria dotada de complexidade, qual a de que ora cogitamos. Não há nem deve haver limitação de tempo para a prolação de nossos votos. Estou certo de que falo, neste momento, por toda a Corte, que aqui está para prestar acatamento à Constituição, não

4844 à comodidade dos interessados. Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se
4845 limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser; há de interpretar também a
4846 realidade, os movimentos dos fatores reais do poder, compreender o momento histórico no qual as
4847 normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da
4848 passagem da dimensão textual para a dimensão normativa. Forças sociais manifestaram-se intensamente
4849 – de modo mesmo impertinente, algumas delas – em relação à matéria objeto da presente ação direta de
4850 inconstitucionalidade. Estou convencido de que, ao contrário do que se afirmou mais de uma vez, o
4851 debate instalado ao redor do que dispõe a Lei 11.105 não opõe ciência e religião, porém religião e religião.
4852 Alguns dos que assumem o lugar de quem fala e diz pela Ciência são portadores de mais certezas do que
4853 os líderes religiosos mais conspícuos. Portam-se, alguns deles, com arrogância que nega a própria Ciência,
4854 como que supondo que todos, inclusive os que cá estão, fôssemos parvos. Como todas as academias de
4855 ciência são favoráveis às pesquisas de que ora se cuida, já está decidido. Nada mais teríamos nós a
4856 deliberar. Mesmo porque, a imaginar que as impedíssemos, estaríamos a opor obstáculo à cura imediata
4857 de doenças. A promessa é de que, declarada a constitucionalidade dos preceitos ora sindicados, algumas
4858 semanas ou meses após todas as curas serão logradas. Típica indução a erro mediante artifício retórico. É
4859 necessário sopitarmos as expansões de infalibilidade de quem substitui a razão científica por inesgotável
4860 fé na Ciência, transformando-a em expressão de fanatismo religioso. Nem seria preciso, no exercício da
4861 prudência que nos cabe, levantarmos o véu que algo oculta sob o discurso que se diz ser científico. Quais
4862 interesses aí se manifestam, na escala que vai das patentes até o biopoder? Há um tom críptico nessas
4863 expansões (e faço uso aqui do vocábulo com toda a sua carga de ambiguidade) que cumpre afastarmos. À
4864 amplitude do mercado no âmbito do qual tais interesses predominam referiu-se há pouco o Ministro
4865 Ricardo Lewandowski. Não nos iludamos: levantado o véu, o que há sob ele – não obstante, é verdade, as
4866 melhores intenções de grande número dos que acompanham este julgamento – é o mercado. A esta
4867 Corte incumbe, no caso, controlar a constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005.
4868 Estamos preparados para decidir a esse respeito. A decisão que vier a ser aqui afirmada será conformada
4869 pelas pré-compreensões de cada um dos seus membros, pois a compreensão escapa ao âmbito da
4870 ciência. O compreender é algo existencial, consubstanciando experiência. O que se compreende, no caso
4871 da interpretação do direito, é um “objeto” que não pode ser conhecido independentemente de um
4872 “sujeito”. O processo de interpretação dos textos normativos encontra na pré-compreensão seu momento
4873 inicial, a partir do qual ganha dinamismo um movimento circular, que compõe o círculo hermenêutico.
4874 Decidiremos sob sentimentos herdados da nossa história pessoal, sentimentos éticos e, mais ainda, em
4875 cada um de modo diverso, de ordem religiosa (para afirmar ou negar). Porém a fundamentação da

4876 decisão contemplada em cada voto será literalmente jurídica. Sopitamos as expansões de infalibilidade,
 4877 atentos às observações de Gadamer: toda interpretação correta tem de proteger-se contra a
 4878 arbitrariedade das ocorrências e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar, orientando seu
 4879 olhar “à coisa mesma” (que para o filólogo são textos com sentido, que por sua vez tratam de coisas); o
 4880 deixar-se determinar pela coisa mesma é, assim, “a tarefa primeira, constante e última” do intérprete.
 4881 **Protegido contra todas as arbitrariedades retóricas e as demais, de ordem múltipla e variada,**
 4882 **especialmente as criptoeconômicas, deixo-me determinar pela matéria objeto da presente ação direta de**
 4883 **inconstitucionalidade, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana** (arts. 1º, III, e 5º, caput, da
 4884 Constituição do Brasil). O art. 1º da Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas¹ estabelece que
 4885 “[a]s pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus
 4886 direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. O novo Código Civil brasileiro define, em seu art. 2º,
 4887 que “[a] personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a
 4888 concepção, os direitos do nascituro”. A proteção ao nascituro era já assegurada pelo direito justinianeu.
 4889 No Brasil, prevista nas Ordenações Filipinas³ e Afonsinas⁴, foi definitiva e expressamente consagrada no
 4890 art. 4º do Código Civil de 1916. Recorro a Clóvis: Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de
 4891 direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege cominando penas contra a
 4892 provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa. **O nascituro não apenas é**
 4893 **protegido pela ordem jurídica, a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento, mas é**
 4894 **também titular de direitos adquiridos.** Diz Pontes de Miranda: No intervalo entre a concepção e o
 4895 nascimento, os direitos, que se constituíram, têm sujeito, apenas não se sabe qual seja. Os nascituros
 4896 podem receber doações (art. 542 do Código Civil), figurar em disposições testamentárias (art. 1.799 do
 4897 Código Civil) e mesmo ser adotados (art. 1.621 do Código Civil). A ele assegurados direitos, não tenho
 4898 dúvida em afirmar que o nascituro – vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno – é pessoa.
 4899 Como está no art. 16 do Esboço de Teixeira de Freitas, “todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos
 4900 são pessoas”. A capacidade de exercício de direitos que lhe respeitam enquanto personalidade jurídica
 4901 apenas está sujeita à condição suspensiva do nascimento, de modo que, qual se lê em um texto de
 4902 Cristiane Avancini Alves, o vocábulo pessoa, presente no art. 2º do Código Civil, denota ser humano. O
 4903 nascituro – vale dizer, o embrião – faz parte do gênero humano. Recomende-se aos publicistas que não
 4904 transitam pelo direito privado também a leitura, v. g., do art. 1.798 do Código Civil: “[l]egitimam-se a
 4905 suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. O embrião – insisto
 4906 neste ponto – faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua
 4907 **dignidade é garantida pela Constituição**, que lhe assegura ainda o direito à vida. A autonomia do embrião

[JC256] Comentário: 4.1

[JC257] Comentário: 4.1 – A D
como direito adquirido do
nascituro.

[JC258] Comentário: 4.1

4908 manifesta-se de maneira especial, na medida em que sua única opção é nascer. Mas é autonomia. Há, no
 4909 aborto, destruição da vida. Bastam as razões que acabo de alinhar para encaminhar a conclusão de que a
 4910 utilização de células-tronco obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não
 4911 utilizados no respectivo procedimento afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Não tenho
 4912 a menor dúvida: a pesquisa em e com embriões humanos e consequente destruição afronta o direito à
 4913 vida e a dignidade da pessoa humana. Temo, contudo, que essas razões não conduzam à convicção de
 4914 que os textos normativos objeto da presente ação direta sejam inconstitucionais. Explico-me. O nome
 4915 embrião conota, no contexto da frase que acabo de pronunciar – “a pesquisa em e com embriões
 4916 humanos afronta o direito à vida e a dignidade da pessoa humana” – um ser em processo de
 4917 desenvolvimento vital, vale dizer, um ser vivente, vida, movimento. Sucede que esse mesmo nome,
 4918 embrião, poderá, em diversos contextos, estar a conotar outros significados, pois as palavras são
 4919 potencialmente ambíguas e imprecisas. É que as linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de
 4920 símbolos convencionais, isso importando em não exista nenhuma relação necessária entre as palavras (de
 4921 um lado) e os objetos, circunstâncias, fatos ou acontecimentos (de outro) em relação aos quais as
 4922 palavras cumprem suas múltiplas funções. Há mais de vinte anos⁹ venho referindo, para exemplificar, o
 4923 que diz Shakespeare, na voz poética de Julieta: “What’s in a name? That which we call a rose / by any
 4924 other name would smell as sweet”¹⁰. Nomina non sunt consequentia rerum, de modo que a mesma
 4925 palavra conota, em contextos diversos, sentidos distintos. O significado de cada uma delas há de ser
 4926 discernido sempre no quadro do jogo de linguagem no qual elas apareçam. Dizendo-o de outro modo, no
 4927 seu contexto de uso. O vocábulo embrião aponta, em estado de dicionário, ser humano durante as
 4928 primeiras semanas de desenvolvimento intrauterino. Não obstante, nada impede dele se lance mão com
 4929 menor precisão, deliberadamente ou não de forma imprecisa, ou em sentido figurativo. No contexto do
 4930 art. 5º da Lei 11.105/2005, embrião é óvulo fecundado fora de um útero. A partir desses óvulos
 4931 fecundados – fertilizados – in vitro é que são obtidas as células-tronco embrionárias referidas no preceito
 4932 legal. Retomei o exemplo em meu Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, 10 Ato II,
 4933 cena II. Para logo se vê, destarte, que aí, no texto legal, embrião não corresponde a um ser em processo
 4934 de desenvolvimento vital, em um útero. Embrião é aí, no texto legal, óvulo fecundado congelado, isto é,
 4935 paralisado à margem de qualquer movimento que possa caracterizar um processo. Lembre-se de que vida
 4936 é movimento. Nesses óvulos fecundados não há ainda vida humana. Nos embriões (tomo o vocábulo em
 4937 sentido corrente) sim, neles há processo vital em curso. O embrião é o que é porque abrigado em um
 4938 útero. A palavra grega ethos – de onde provém, pelo latim, ética – porta, entre outros sentidos, o de
 4939 estadia habitual, local familiar, morada, como se pode ver no Dicionário Grego de Bailly¹¹. Daí diremos –

[JC259] Comentário: 5.1 – Sinédoque – Ordenamento Jurídico.

[JC260] Comentário: 5.1 – Sinédoque.

[JC261] Comentário: 5.1 – Ordenamento Jurídico – Sinédoque.

exercendo liberdade de imagem de que o filólogo não dispõe – desde o ponto de vista da raiz do vocábulo ética, que o útero é a morada da vida e que apenas no âmbito desta morada, que é o local familiar do embrião, surge efetivamente a vida. É lá que se dá – e só lá – a necessária estadia da vida anterior ao nascimento. Não há vida humana no óvulo fecundado fora de um útero que o art. 5º da Lei 11.105/2005 chama de embrião. A vida estancou nesses óvulos. Houve a fecundação, mas o processo de desenvolvimento vital não é desencadeado. Por isso não tem sentido cogitarmos, em relação a esses “embriões” do texto do art. 5º da Lei 11.105/2005, nem de vida humana a ser protegida, nem de dignidade atribuível a alguma pessoa humana. Dir-se-á ainda, por outro lado, que o topos da dignidade da pessoa humana pode ser tomado para afirmarmos coisas distintas, inclusive antagônicas. Mas uma delas seria assim: a utilização de óvulo fecundado congelado há mais de três anos, com a prévia autorização dos que viriam a serem pais do embrião que poderia dele decorrer, é adequada à afirmação da dignidade da pessoa humana na medida em que potencialmente permitirá a evolução dos métodos de tratamento médico do ser humano e o aprimoramento da sua qualidade de vida. A linha de raciocínio jurídico que venho desdobrando leva-me a concluir pela constitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005. Mas isso não se deve afirmar de modo singelo, sem qualquer outra consideração. Cumpre a esta Corte enfatizar a circunstância de pesquisa e terapia a que refere esse art. 5º não poderem, em coerência com a Constituição, ser praticadas de modo irrestrito. A ela se impõe estabelecer alguns limites. Seja para que se impeça a manipulação genética, seja para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto. Há nítida distinção entre a destruição da vida (no aborto) e o que pode vir a ser a construção da vida (na pesquisa em torno das células-tronco). Essa construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse art. 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição. Dictionnaire grec français, Hachette, Paris. Não nos cabe senão o controle da constitucionalidade das leis. Tenho reagido incisivamente a qualquer experiência de controle da proporcionalidade ou razoabilidade delas, à prática das quais não estamos habilitados. E também não nos cabe a censura do legislador, salvo nos casos em que a constitucionalidade de qualquer ato normativo estiver em pauta. O fato, no entanto, é que a amplitude da permissão veiculada pelos preceitos que se examina no bojo da presente ação direta de inconstitucionalidade, permissão concedida sob mínimas reservas, incompatibiliza-a com o bloco de constitucionalidade delineado pelo Supremo Tribunal Federal no quanto tem decidido, no conjunto de suas deliberações, em termos de atribuição de força normativa à Constituição. Pois a Constituição do Brasil não é apenas o conjunto/sistema de normas situado, na pirâmide de hierarquia das normas, imediatamente abaixo da norma fundamental. A Constituição do Brasil

[JC262] Comentário: 4.1 – Entifica-se a DH restringindo-a apenas ao conceito de “pessoa”. Quem ainda não é pessoa, não tem dignidade (??)

[JC263] Comentário: 4.1

[JC264] Comentário: 4.1 – Argumento pragmático. A evolução científica é boa, parar a evolução científica (pesquisas) é ruim.

4972 é a representação mais elevada, no plano do direito positivo, de uma ordem concreta anterior ao direito
4973 posto pelo Estado – ordem concreta que arranca de um direito pressuposto e expressa a visibilidade de
4974 um *nomos*. Daí que o caráter aberto da ação direta de inconstitucionalidade nos autorizaria a declarar a
4975 inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105 por afronta à totalidade normativa que a
4976 Constituição é ou, em outros termos, por agressão ao bloco de constitucionalidade ao qual linhas acima
4977 referi. O risco da manipulação genética, o temor de que estejamos próximos à completa reificação da vida
4978 posta à mercê dos desígnios e princípios sem princípios do mercado, isso nos conduziria à declaração
4979 dessa inconstitucionalidade. Não é recomendável, contudo, que tais riscos sejam dessa forma combatidos.
4980 A prudência indica dê-se ao mal o tratamento a que Tomás de Aquino faz alusão na Segunda Parte da
4981 Segunda Parte, questão 10, art. 11 da *Suma Teológica*¹², ao cuidar dos ritos dos infiéis: O governo
4982 humano deriva do governo divino e o deve imitar. Deus, porém, ainda que seja onipotente e sumamente
4983 bom, permite que aconteçam alguns males no universo, que poderia impedir, para que não suceda que,
4984 uma vez supressos, suprimam-se também grandes bens ou sigam-se males piores. Assim também no
4985 governo humano: os que governam toleram, com razão, certos males, para que al-guns bens não sejam
4986 impedidos ou não sucedam males piores, como diz Agostinho: “Suprime as meretrizes da sociedade
4987 humana e perturbarás tudo com a libidinagem”. Assim, pois, ainda que os infiéis pequem em seus ritos,
4988 eles podem ser tolerados ou por causa do bem que deles provém ou por algum mal evitado. O “mal”, no
4989 caso – e digo “mal” entre aspas –, esse “mal”, a amplitude da permissão veiculada pelo preceito legal, há
4990 de ser combatido mediante a prolação, por esta Corte, de decisão aditiva visando a superar a
4991 incompletude (o vocábulo está incorporado ao vernáculo) do art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005.
4992 Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado
4993 preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade. A esta Corte não cabe
4994 acrescentar nada à Constituição, como já se fez, indevidamente – digo-o com as vênias de estilo, ainda
4995 que não espontâneas, ainda que não partam do meu íntimo –, como indevidamente foi feito no
4996 julgamento do MS 26.602. A decisão aditiva incorpora preceito novo à legislação infraconstitucional para,
4997 salvando-a de inconstitucionalidade, mantê-la em coerência com o bloco de constitucionalidade. Algo é
4998 acrescentado ao preceito legal, a Constituição permanecendo intocada, intocável. Ao contrário, porque a
4999 decisão aditiva como que captura o preceito legal, trazendo-o para o âmbito da constitucionalidade, a
5000 força normativa da Constituição é afirmada nessas decisões. Declaro a constitucionalidade do disposto no
5001 art. 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005, estabelecendo, no entanto, em termos aditivos, os seguintes
5002 requisitos, a serem atendidos na aplicação dos preceitos: [i] pesquisa e terapia mencionadas no caput do
5003 art. 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do

Ministério da Saúde (não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do art. 5º); [ii] a “fertilização in vitro” referida no caput do art. 5º corresponde à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados; [iii] a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados – ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do art. 5º, caput – será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a 24 horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, como já ficou amplamente assentado na sessão precedente e nesta sessão, discute-se, no presente caso, a permissão para a pesquisa científica a partir da utilização de células-tronco embrionárias, na forma estabelecida no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei federal 11.101/2005). Delimito assim a questão posta nos autos porque não vejo a discussão sob a perspectiva de uma eventual fixação por esta Corte do momento do início da vida. Como ficou demonstrado nos autos e nos debates, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em que a vida se inicia ou, ainda, que há vida. E creio que a eventual definição desse momento biológico, por si só, não seria suficiente para solucionar adequadamente a importante questão posta nos autos, que se restringe à possibilidade de utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas no Brasil. Com efeito, o ponto nodal da presente ação direta, a meu sentir, consiste em verificar se a exceção legal à tutela conferida ao direito à vida pela nossa Constituição Federal de 1988 é legítima. Em outras palavras, se a opção do legislador ordinário, consubstanciada no art. 5º da lei 11.105/2006, está ou não em consonância com os ditames da Constituição Federal. Conforme acentuei em outra oportunidade, “a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio” (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental,

5035 não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental. Por essa razão,
5036 insisto, não é o caso de se tentar delimitar aqui quando a vida tem início. Cumpre, sim, verificar se a
5037 exceção à tutela ao direito à vida tal como disposta no art. 5º da Lei 11.105/2006, ora atacado, atende
5038 aos princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988. E a resposta, a meu sentir, é positiva. Em
5039 primeiro lugar, no que se refere ao dispositivo objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, o
5040 objetivo da lei é bem claro: regulamentar a pesquisa científica que utiliza células-tronco embrionárias.
5041 Essa lei, conforme amplamente demonstrado nos autos e na audiência pública realizada em 2007 sobre o
5042 tema, foi fruto de debate social no âmbito próprio de discussão de questões dessa natureza que é o
5043 Congresso Nacional. Este, ao ponderar entre as várias faces de um mesmo direito – o direito à vida –,
5044 optou por aquela que alia a proteção da vida num sentido mais amplo e coletivo com o desenvolvimento
5045 científico dentro de determinadas balizas. Esclareço: a finalidade da lei foi regulamentar e permitir o uso
5046 de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Pesquisas, estas, que buscam tratamento e cura
5047 para inúmeras doenças hoje tidas por incuráveis. Há milhares de pessoas no Brasil que sofrem dessas
5048 doenças e que poderiam ter uma qualidade de vida melhor ou mesmo poderiam ter de volta sua saúde, se
5049 médicos e cientistas, através de pesquisas sérias, utilizando, também, células-tronco embrionárias,
5050 puderem ter a oportunidade de encontrar tratamentos eficazes para essas doenças. Contudo, descobrir
5051 novas formas de tratamento exige trabalho árduo, dedicação, perseverança, enfim, exige tempo e
5052 recursos para pesquisa. A ciência não traz respostas rápidas. Entender o processo de formação do ser
5053 humano é tarefa hercúlea a ser desenvolvida por grupos de todos os povos e em todos os lugares do
5054 mundo em prol de toda a humanidade. Os estudos existentes a respeito das células-tronco embrionárias e
5055 de sua potencialidade são recentes e, aparentemente, promissores. Em outros termos, temos, de um lado,
5056 a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização in vitro, inviáveis ou congelados por
5057 desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, de outro, o direito à vida de milhares de crianças,
5058 adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. Nessa
5059 ponderação de valores referentes ao mesmo princípio – inviolabilidade da vida –, o legislador brasileiro
5060 deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida
5061 num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros
5062 resultados dessas pesquisas. Em segundo lugar, é importante que se diga, o dispositivo impugnado traz
5063 apenas uma permissão para que se utilizem células-tronco embrionárias, decorrentes de processos de
5064 fertilização in vitro, em pesquisas científicas. Trata-se, portanto, de uma faculdade outorgada por lei a
5065 todas as pessoas. E essa permissão legal é rigorosamente condicionada à conjugação de três fatores: (1)
5066 que se trate de embrião inviável ou embrião congelado há mais de três anos; (2) que haja o

consentimento expresso dos genitores; e (3) que a doação seja gratuita (proibição da venda de embriões). Ademais, o art. 24 da lei 11.105/2005 criminaliza a utilização de embriões humanos em desacordo com o que dispõe o art. 5º da mesma lei, ora atacado. Da análise do texto legal, portanto, resulta cristalino que não é todo e qualquer embrião que poderá ser objeto de pesquisa científica, assim como não há obrigação alguma a que os genitores doem os seus embriões para a pesquisa. E o mais importante: é terminantemente vedada a criação de embriões destinados à pesquisa. Nesse ponto, creio que a lei respeita três primados fundamentais da República Federativa do Brasil inseridos na Constituição Federal: a laicidade do Estado Brasileiro (art. 19, I da CF/1988), traduzida também no respeito à liberdade de crença e religião (art. 5º, VI), o respeito à liberdade, na sua vertente da autonomia privada (art. 5º, caput) e o respeito à liberdade de expressão da atividade intelectual e científica (art. 5º, IX). Com efeito, como sabemos, com a instalação da República firmou-se entre nós a separação entre a Igreja e o Estado, através do Decreto de 7 de janeiro de 1890 e, em seguida, com a Constituição de 1891. Na Constituição de 1988, o art. 19, I estabelece que: "Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;" Ademais, o art. 5º, VI, da Constituição de 1988 garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos. Assim, convivem em nossa sociedade os mais diversos credos e práticas religiosas. E todos os praticantes e seguidores das mais diversas religiões têm o direito de ver suas convicções religiosas respeitadas. Por outro lado, e valendo-me das palavras de Daniel Sarmento, entendo que "a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade, tal como vista pelo pensamento jurídico-político moderno. Esta autonomia significa o poder do sujeito de autorregulamentar seus próprios interesses, de 'autogoverno de uma esfera jurídica', e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Ela importa o reconhecimento que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isso não implique em lesão a direitos alheios. Esta é uma idéia essencial ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, na expressão de Canotilho, baseia-se no 'princípio antrópico que acolhe a idéias pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual.'" A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante

5099 conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro têm a sua liberdade de escolha,
5100 ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora
5101 impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus
5102 sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do
5103 momento em que a vida começa. Preservam-se, portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas
5104 e o seu sagrado direito à liberdade. A meu sentir, portanto, a regulamentação do uso das células-tronco
5105 embrionárias, mediante uma lei que preserve a autonomia privada, dentro de parâmetros objetivos pré-
5106 definidos, não padece do vício de inconstitucionalidade arguido. Muito pelo contrário, tendo em vista a
5107 gravidade da utilização de embriões humanos em pesquisas científicas ou pesquisas de qualquer outra
5108 natureza, é imprescindível que o legislador estabeleça os parâmetros adequados à proteção da autonomia
5109 privada e ao desenvolvimento responsável da ciência no país, mediante mecanismos eficazes de
5110 fiscalização dessas pesquisas. Nesse sentido, o dispositivo atacado concretiza o princípio da liberdade de
5111 expressão da atividade científica, que consiste, nas palavras de José Afonso da Silva, na "atividade
5112 destinada a construir ciência, tomado o termo no sentido da disciplina do espírito que estabelece
5113 resultados e princípios rigorosos segundo as regras da causalidade, ou oposição à Arte, que executa suas
5114 criações sob o império da livre inspiração", e da "disciplina do espírito que se infere num sistema de
5115 verdades gerais verificáveis (...) utilizando hipóteses como proposições provisoriamente necessárias para
5116 orientar as investigações". Gostaria de lembrar, ainda, que muitos países vêm enfrentando ou já
5117 enfrentaram essa questão da pesquisa com células-tronco embrionárias. A Inglaterra inicialmente
5118 regulamentou o tema através do Human Fertilization and Embryology Act 1990 (Chapter 37), permitindo a
5119 pesquisa científica utilizando embriões com até 14 dias. Na França, em 1994, o Conselho Constitucional foi
5120 chamado a apreciar a constitucionalidade da "Loi relative au respect du corps humain" e da "Loi relative
5121 au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation
5122 et au diagnostic prénatal", e considerou ambas compatíveis com a Constituição do país. A Espanha,
5123 através da Lei 45/2003, que entrou em vigor em 2005, passou a permitir a doação de embriões
5124 excedentes para pesquisas científicas, desde que haja o consentimento dos genitores (Disposición final
5125 primera). A Bélgica regulamentou o tema em 11 de maio de 2003, permitindo a pesquisa com embriões
5126 decorrentes de processos de fertilização in vitro, desde que a pesquisa tenha um objetivo terapêutico ou
5127 vise ao avanço dos conhecimentos em matéria de fertilidade, de esterilidade, "de greffes d'organe ou de
5128 tissus", de prevenção ou tratamento de doenças; que seja baseada nos mais recentes conhecimentos
5129 científicos e satisfaça às exigências de uma metodologia correta de pesquisa científica, que seja feita
5130 dentro de um laboratório ligado a um programa universitário de medicina reprodutiva ou genética humana

5131 e dentro de circunstâncias materiais e técnicas adaptadas; que seja realizada sob a supervisão de um
5132 médico especialista ou um doutor em ciências e por pessoas qualificadas; que seja realizada com embriões
5133 que tenham até 14 dias de desenvolvimento (período de congelamento não incluído) e que não exista
5134 outro método de pesquisa alternativa de eficácia comparável (art. 3º). De todo modo, é proibida a criação
5135 de embriões in vitro para fins de pesquisa (art. 4º). Activities governed by the Act 3 Prohibitions in
5136 connection with embryos (1) No person shall – (a) bring about the creation of an embryo, or (b) keep or
5137 use an embryo, except in pursuance of a licence.(2) No person shall place in a woman – (a) a live embryo
5138 other than a human embryo, or (b) any live gametes other than human gametes. (3) A licence cannot
5139 authorise – (a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak, (b) placing an
5140 embryo in any animal, (c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit
5141 its keeping or use, or (d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any
5142 person, embryo or subsequent development of an embryo. (4) For the purposes of subsection (3)(a)
5143 above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the
5144 period of 14 days beginning with the day when the gametes are mixed, not counting any time during
5145 which the embryo is stored. 3 Art. 3. La recherche sur les embryons in vitro est autorisée si toutes les
5146 conditions de la présente loi sont remplies et notamment si: 1º elle a un objectif thérapeutique ou vise
5147 l'avancement des connaissances en matière de fertilité, de stérilité, de greffes d'organe ou de tissus, de
5148 prévention ou de traitement de maladies. A Suíça também regulamentou o tema em 2003, através da "Loi
5149 fédérale relative à la recherche sur lês cellules souches embryonnaires – LRCS. Em seu art. 3º, a lei proíbe
5150 a produção de embriões para fins de pesquisa. Enfim, esses são apenas alguns exemplos, colhidos do
5151 direito comparado, que demonstram a preocupação dos países europeus com a pesquisa envolvendo
5152 células-tronco embrionárias. Vê-se que as legislações estrangeiras têm ao menos três pontos em comum:
5153 o primeiro, referente à obrigatoriedade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas que visem ao
5154 bem-comum; o segundo, que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização
5155 in vitro,o que, em outras palavras, significa a proibição de que sejam criados embriões para este fim; e,
5156 por último, que haja o consentimento expresso dos genitores. Nessa ordem de idéias, parece-me que a
5157 legislação brasileira segue os critérios mínimos que têm sido exigidos por outros países que permitem a
5158 pesquisa envolvendo células-tronco embrionárias. Ademais, creio que a existência de autorização expressa
5159 para pesquisa em diversos países no mundo certamente nos levará, mais cedo ou mais tarde, a outro
5160 dilema ético: se o Brasil proibir a pesquisa com essas células-tronco poderemos futuramente admitir que
5161 os tratamentos derivados de pesquisas feitas em outros países sejam aplicados no país? Em outras
5162 palavras, não aceitaremos que os embriões brasileiros, dentro dos limites objetivos fixados na lei de

5163 biossegurança, sejam objeto de pesquisa no país por ofensa ao direito à vida, mas aceitaremos, no futuro,
5164 os tratamentos que podem beneficiar milhares de pessoas decorrentes de pesquisas feitas com embriões
5165 de outras nacionalidades? Por fim, julgo importante fazer uma última observação lateral. A pesquisa
5166 envolvendo seres humanos, sejam eles embriões, fetos, bebês, crianças, adultos ou idosos, deve ser
5167 pautada pelos mais rigorosos critérios, tanto no momento em que a pesquisa é autorizada como durante o
5168 desenvolvimento dos trabalhos. No direito comparado, o papel de fiscalização das pesquisas com seres
5169 humanos é desempenhado com qualidade pelos Comitês ou Conselhos de Bioética, órgãos
5170 multidisciplinares, compostos por diversos integrantes da sociedade, cuja missão é avaliar, autorizar e
5171 fiscalizar as pesquisas envolvendo seres humanos. Sem um conselho ou comitê sério e responsável,
5172 comprometido com a preservação da sociedade e o desenvolvimento da ciência, corre-se o risco da
5173 banalização da pesquisa envolvendo seres humanos. Vivemos um momento histórico da mais ampla
5174 significação, e não digo isso apenas em relação a este julgamento. De fato, a evolução da humanidade,
5175 em seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos outrora construídos sobre
5176 teorias filosóficas, teológicas e científicas fundamentadas numa visão de mundo (e de ser humano) agora
5177 aparentemente ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade
5178 evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento. Assim, o melhor
5179 caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação
5180 consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la,
5181 fiscalizando efetivamente a pesquisa científica no país. A proibição *tout court* da pesquisa, no presente
5182 caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele
5183 podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve
5184 tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade. Essa corte, em seu papel de guardiã
5185 da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais, tem o dever de proteger a democracia, a
5186 liberdade de crença religiosa e a liberdade de investigação científica. A meu sentir, pedindo vênias aos que
5187 pensam de maneira diferente, creio que a permissão para a pesquisa científica, tal como disposta na lei
5188 ora atacada, não padece de inconstitucionalidade. Do exposto, Senhor Presidente, acompanho o brilhante
5189 voto do Ministro Relator e daqueles que o acompanharam e julgo totalmente improcedente o pedido.

5190 VOTO

5191 O Sr. Ministro Cezar Peluso:1. Está a Corte diante da delicada e grave tarefa de decidir se deve mantida, à
5192 luz da Constituição da República, a autorização, dada pela Lei 11.105, de 24 de março de 2005, no art. 5º
5193 e parágrafos, para fins de pesquisa e terapia, sob determinadas condições, ao uso de células-tronco

5194 embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro. Alega a demandante, a
 5195 Procuradoria-Geral da República, em substância, que tal autorização violaria o direito à vida e à dignidade
 5196 da pessoa humana, objetos respectivos do art. 5º, caput, e do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.
 5197 A gravidade e a delicadeza da tarefa vêm, não apenas da já em si algo complexa questão jurídico-
 5198 constitucional da causa, mas também do conflito, que lhe subjaz, de opiniões sobre os progressos e
 5199 expectativas da engenharia genética e das técnicas de fertilização artificial, de um lado, e, de outro, das
 5200 justas inquietações que, despertando a temática em relação à dignidade da pessoa humana e ao futuro da
 5201 humanidade, evocam, como paradigma perturbador do potencial escatológico da tecnologia,¹ os rumos
 5202 dramáticos em que se transviaram os estudos sobre a fissão nuclear. E conflito exacerbado, senão
 5203 deturpado em boa medida, pelo contraste de posições que, cada uma a seu feitio, não conseguem
 5204 desvencilhar-se da forte carga de irracionalidade sobre assunto que toca as profundezas mais obscuras do
 5205 psiquismo e do espírito humano. I. Refutação dos argumentos impertinentes. 2. Antes de entrar a expor
 5206 meu pensamento sobre a questão central da causa, gostaria de, não apenas por intuitiva necessidade de
 5207 método e de coerência lógico-jurídica, senão também em homenagem a todos os ilustres interlocutores
 5208 deste nobre diálogo, refutar, posto que com brevidade, dentre os principais argumentos apresentados por
 5209 ambas as correntes, aqueles que, com o devido respeito, me parecem menos sólidos ou consistentes, e,
 5210 como tais, irrelevantes para a decisão. 2.1 Em primeiro lugar, embora reconheça dê lugar a comparação
 5211 ilustrativa, tenho por insuficiente a analogia retórica que se intenta estabelecer entre os momentos da
 5212 chamada morte encefálica e, a contrario sensu, do início da vida, o qual se daria com a neurulação, ou
 5213 estágio de esboço do sistema nervoso. A opção legislativa, tomada pelo art. 3º da Lei federal 9.434, de
 5214 1997, pela morte encefálica como marco relevante do diagnóstico de óbito para fins de transplante ou
 5215 tratamento, bem como sua regulamentação, por via da Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM
 5216 n. 1.480/1997, baseia-se na técnica normativo-operacional da ficção jurídica, que reproduz mera
 5217 convenção, embora não despida de fundamentos médico-científicos. É que ninguém disputa que o ser
 5218 humano vítima de morte cerebral não está, de veras, biologicamente morto.⁴ O fim da vida é determinado,
 5219 nesse caso, menos por injunções intransponíveis 1 A expressão é tomada a Hans Jonas, que, sintetizando
 5220 toda a preocupação inspiradora de sua notável obra, advertiu: “Ante el potencial casi escatológico de
 5221 nuestros procesos técnicos, la ignorancia de las consecuencias últimas será en sí misma razón suficiente
 5222 para una moderación responsable, que es lo mejor, tras la posesión de la sabiduría” (El principio de
 5223 responsabilidad. 2. ed. Barcelona: Herder, 2004. trad. Javier Mª Fernández Retenaga. p. 56). 3. “Art. 3º A
 5224 retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou
 5225 tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois

[JC266] Comentário: 6.1

[JC267] Comentário: 4.1

5226 médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos
 5227 e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.” 4 Luís P. Villarreal, Professor de
 5228 Biologia Molecular e Bioquímica da Universidade da Califórnia em Irvine (EUA), explica de modo singelo o
 5229 status da morte cerebral: “La vida también puede entenderse como una propiedad emergente a partir de
 5230 un conjunto de elementos inertes. La vida y la conciencia constituyen ejemplos de sistemas complejos
 5231 emergentes. Ambos requieren un nivel crítico de complejidad o interacción para alcanzar sus respectivos
 5232 estados. Una neurona por sí sola (...) no posee conciencia; para ello se necesita la complejidad del
 5233 cerebro entero. Incluso un cerebro humano intacto puede estar vivo y carecer de conciencia, es decir, en
 5234 estado de ‘muerte cerebral’.” (¿Tienen vida los virus? In: Investigación y Ciencia: edición Española de
 5235 Scientific American, n. 341, feb. 2005. g.n.) de natureza biológica do que por específicas razões de
 5236 conveniência social e política, concernentes ao aproveitamento de tecidos e órgãos para transplante e
 5237 doação, com o manifesto propósito de salvar vidas alheias e reduzir os custos materiais e emocionais da
 5238 manutenção de uma vida em estado vegetativo, sob prognóstico fechado. Não é este o lugar para discutir
 5239 a bondade ou a validade dessa concepção normativa. Em segundo lugar, em absoluto não vem ao caso,
 5240 nem releva em nada a circunstância ou a eventualidade de, para experimentos científicos de finalidades
 5241 terapêuticas, as pesquisas com células-tronco adultas (CTA) se prefigurarem

5242 mais ou menos promissoras ou frutíferas do que aquelas voltadas para as células-tronco embrionárias
 5243 (CTE). Os objetos teóricos de pesquisas não traçam caminhos mutuamente excludentes. Considerando-se
 5244 que, ao propósito, nenhuma das tecnologias conhecidas demonstrou cabal suficiência no sentido de
 5245 esgotar as potencialidades científico- terapêuticas, fica desde logo claro que o estudo com as CTE é de
 5246 todo em todo adequado e recomendável, na medida em que pode contribuir para promoção de objetivos e
 5247 valores constitucionais legítimos, que são o direito à vida, à **dignidade**, à saúde e à liberdade de
 5248 investigação científica. E, porque é decisiva para a ciência, a consideração de sua velocidade ou aspecto
 5249 temporal aparece ainda como manifestamente importante, até porque, como há de ver-se, não sacrifica
 5250 nenhum princípio jurídico nem direito algum, sobretudo os que protegem a vida e a **dignidade humanas**,
 5251 para realização daquelas outras altas finalidades, com a intensidade e amplitude desejáveis. 2.3 Tampouco
 5252 têm peso aqui recursos hermenêuticos tendentes a interpretar a Constituição da República à luz de
 5253 normas subalternas. Os conceitos de vida e de pessoa, enquanto constituam dados necessários da
 5254 quaestio iuris da causa, devem ser reconstruídos, senão que construídos, nos supremos limites materiais
 5255 do ordenamento constitucional. Tal é a razão óbvia por que já a nada serviria a postura dogmática que,
 5256 debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende graduar o direito à vida com a
 5257 régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio tem pena maior

[JC268] Comentário: 4.1 –
Dignidade como direito.

[JC269] Comentário: 4.3

5258 que a prevista para o delito de aborto, então teriam **menor dignidade jurídico-constitucional** a vida
 5259 intrauterina e, a fortiori, as células embrionárias. O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais
 5260 não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado
 5261 hipotético de violação, mas, sim, a reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e as
 5262 circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo-criminal,
 5263 **que em nada deprecia o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República**. Sobre a
 5264 necessidade de prudência jurídica no tema reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto
 5265 ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos. Para vê-lo em toda a nitidez,
 5266 basta atentar na própria figura do homicídio, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos
 5267 e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de qualificação, etc. A
 5268 ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, valha menos a vida de uma vítima de
 5269 homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso do
 5270 infanticídio (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada
 5271 difere do homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas
 5272 (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem isso signifique,
 5273 para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, que a vida do infante valha menos do que a de
 5274 qualquer outra pessoa. Poder-se-ia objetar que, neste segundo exemplo, a diferença de penas decorre da
 5275 menor capacidade de compreensão do agente. Mas, a despeito de ser inconsequente em si a objeção,
 5276 outros casos há em que a cominação da pena está relacionada com a ponderação de elementos objetivos
 5277 do fato criminoso, como se dá, v.g., com o furto de veículo automotor, que, transportado para outro
 5278 Estado, induz pena abstrata máxima no dobro (art. 155 do Código Penal)! O bem jurídico atingido e seu
 5279 valor jurídico-patrimonial são exatamente os mesmos, mas são diversas as penas, porque diversos os
 5280 graus de desvalor normativo das condutas típicas. Daí se tira que a pena cominada, embora guarde certo
 5281 nexó lógico com o bem jurídico objeto da tutela criminal, nem sempre é diretamente proporcional ao valor
 5282 normativo deste, por perceptível necessidade de concretização de justiça, como sucede, estritamente, à
 5283 fixação teórica das penas dos crimes de aborto e de homicídio, cuja diversidade, de modo e em sentido
 5284 algum se presta a sustentar peregrina teoria de que o direito à vida seria suscetível de graduações
 5285 axiológicas no seu status jurídico de fundante valor objetivo constitucional. Por razões até mais graves e
 5286 intuitivas, que por isso não merecem senão notas de rodapé, parece, nesse sentido, não menos estéril e
 5287 ilegítima a invocação de categorias da dogmática e do direito civil, como, por exemplo, remissão às idéias
 5288 de nascituro, de nascimento com vida e de personalidade jurídica, todas as quais estão impregnadas de
 5289 vício metodológico radical e absoluto que, à moda de pecado original, as invalida todas, enquanto mal

[JC270] Comentário: 4.2 Menor
 ruim, maior é bom.
 Quantificação por modulado
 adverbial.

[JC271] Comentário: 4.2 -
 eminente grau...

5290 disfarçadas tentativas de inverter a ordem escalonada das normas que se estrutura a partir da
5291 Constituição da República. 2.4 Artificial, forçosa e, como tal, imprestável, é a proposta de equiparação ou
5292 analogia entre os procedimentos envolvidos nas pesquisas de células embrionárias e prática abortiva. A
5293 caracterização do crime de aborto tem por pressuposto necessário a preexistência de vida intrauterina,
5294 isto é, de gravidez, pois a gestação é circunstância elementar do tipo penal (arts. 124 e seguintes do
5295 Código Penal). Ora, abstraindo-se por ora a questão de existir, ou não, vida no embrião congelado, não há
5296 como nem por onde imaginar-se delito de aborto sem gestante. Quem seria a gestante na hipótese das
5297 pesquisas? Os tanques de nitrogênio líquido? Essa conclusão cristalina e irrefutável não permite a ninguém
5298 de bom senso descobrir afinidades entre aborto e pesquisa científica com células embrionárias congeladas,
5299 nem sequer no plano da crítica extrajurídica, como o advertiu a insuspeita Mayana Zatz: Pesquisar células
5300 embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro.
5301 No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no
5302 embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana
5303 para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural, e
5304 também para inserir no útero. E esses embriões nuncaserão inseridos no útero. Não colhe, ademais, por
5305 representar verdadeiro contrassenso, o argumento ad terrorem centrado na possível tendência à
5306 comercialização de embriões que se desencadearia por conta da declaração de constitucionalidade da lei
5307 de biossegurança. Esta veda expressamente a mercantilização de embriões excedentários, tipificando-a
5308 como crime (art. 5º, § 3º), e, mediante a previsão de outras medidas de controle, ainda que algo tímidas
5309 na sua literalidade, mas bastantes, na sua força latente, para justificar e exigir a atuação efetiva dos
5310 órgãos e instituições responsáveis por sua observância, concorre para inibir atividades abusivas
5311 clandestinas, que de outro modo poderiam ser ignoradas pela indiferença oficial, sob pretexto de vácuo
5312 legislativo. As conseqüências práticas supostas pela disciplina normativa e por sua correta interpretação
5313 conforme à Constituição da República descreditam o argumento, pois transportam as pesquisas
5314 científicas para o campo delimitado da licitude jurídica, recobrindo de legitimidade e responsabilidade
5315 assim, é inócua a afirmação da CGU à fl. 116 ("só tem direitos quem tem personalidade"), porque o
5316 material embrionário pode não ser sujeito de direitos, mas é objeto de proteção jurídica. O trabalho dos
5317 pesquisadores, como as fontes de financiamento e investimento, que já não pré-excluem os estímulos e
5318 recursos públicos. A ausência de lei é que incentivaria experimentos abstrusos, antiéticos ou abusivos, à
5319 sombra de uma clandestinidade que, conquanto inevitável na medida da natural incontinência humana, o
5320 Estado já não pode tolerar sob o domínio de normas cogentes. Estou, por fim, em que engenhosas
5321 referências à noção de paternidade responsável servem apenas à justificação dos procedimentos de

5322 fertilização in vitro (FIV) e de um de seus efeitos colaterais, que é a produção de excedentes
 5323 embrionários. Cuida-se de questão prévia, mas autônoma, que não guarda vínculo direto com a solução
 5324 do problema jurídico-constitucional agora submetido à Corte. II.A ausência de vida nos embriões humanos
 5325 congelados. 3. Há, em tese, alguns – convenhamos predicar a todos eles, à míngua de outro mais preciso
 5326 e curial, este termo – teóricos sujeitos de direito à vida por considerar no quadro da causa: um é o
 5327 embrião congelado; outro, o embrião implantado e o feto e, por fim, o ser humano, criança ou adulto, que
 5328 porta plenamente os atributos a cuja coexistência a ordem constitucional atribui a qualidade de pessoa. A
 5329 pergunta nevrálgica a que deve a Corte responder é se a tutela constitucional da vida se aplica, na
 5330 integralidade do seu alcance, à classe dos embriões e, mais especificamente, à dos embriões inviáveis e
 5331 aos crioconservados. Meu esforço está em perquirir se existe diferença de graus de proteção
 5332 constitucional a que façam jus, de um lado, as pessoas dotadas de vida atual e em plenitude, e, de outro,
 5333 os embriões. E começo por identificar em ambos esses conjuntos de organismos o predicado da
 5334 humanidade, mas somente no primeiro consigo discernir, à luz de todos os critérios discretivos
 5335 disponíveis, a presença de vida. Por isso, o único ponto de semelhança que as características e as
 5336 distinções biológicas me autorizam a encontrar, no plano da ordem jurídica, entre um embrião congelado
 5337 e um adulto, é que esse participa, em grau primitivo, dos requisitos da proteção à **dignidade humana**
 5338 **deste**, e apenas isso. É o que me proponho a demonstrar. Antes de declinar o extenso rol de direitos
 5339 fundamentais do art. 5º, cujo caput assegura o direito à vida, a Constituição da República **enuncia seus**
 5340 **princípios fundantes no art. 1º, fazendo constar do inciso III a dignidade da pessoa humana.**
 5341 Harmonizam-se todas estas disposições, pois o vocábulo vida, constante do art. 5º, não pode dissociar-se
 5342 do pressuposto de sua condição humana. Quando se refere a todos, brasileiros e estrangeiros aqui
 5343 residentes, que são iguais perante a lei, a Constituição cuida, a toda a evidência, de seres humanos
 5344 viventes. Desta indiscutível premissa, segundo a qual a vida objeto da larga e genérica tutela
 5345 constitucional é apenas a vida da pessoa humana, derivam duas teóricas linhas de raciocínio, conducentes
 5346 ambas ao reconhecimento de permissão constitucional para pesquisas com células-tronco embrionárias: a
 5347 primeira baseia-se em que o embrião não é, ou não é ainda, pessoa; a outra concebe que no embrião,
 5348 congelado ou inservível, não há vida atual. E tais posições não são contraditórias, pois basta seja admitida
 5349 a consistência lógico-jurídica de uma delas para ter-se por legítima a conclusão de constitucionalidade da
 5350 norma ora impugnada. Como, para efeito da ampla e integral tutela outorgada da Constituição da
 5351 República, deve haver vida, e vida de pessoa humana, a falta de qualquer um dos componentes desta
 5352 conjunção invalida o fundamento básico da demanda. Há argumentos respeitáveis na posição dos que
 5353 sustentam que embriões isolados não se caracterizam nem se definem como pessoas. É, por exemplo, a

[JC272] Comentário: 4.1

[JC273] Comentário: 6.1

5354 formulação da AGu, segundo a qual “a ofensa à dignidade da pessoa humana exige a existência da pessoa
 5355 humana, hipótese que não se configura em relação ao embrião in vitro”,¹² e, ainda, a do amicus curiae
 5356 movitae, que, ao afirmar não ser “o embrião uma pessoa”,¹³ invoca esta lição do Prof. Antonio Junqueira
 5357 Azevedo: [D]o embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo
 5358 de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado
 5359 no fluxovitalcontínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trate de “pessoa humana”. É verdade que,
 5360 por se tratar da vida em geral e especialmente da vida humana potencial, nenhuma atividade
 5361 gratuitamente destruidora é moralmente admissível, mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do
 5362 princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral. Na mesma
 5363 direção, Claus Roxin inclina-se a reconhecer certa forma de vida ao embrião, ao tempo em que lhe nega,
 5364 porém, condição análoga à do homem nascido, por considerá-lo apenas uma forma prévia de pessoa: É
 5365 inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozóide, surge uma forma de vida que já carrega
 5366 em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que um tal embrião tem de
 5367 participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido. (...) Por outro lado,
 5368 parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco
 5369 desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido – ainda mais
 5370 enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe. De minha parte, estou convencido de que o
 5371 atributo de humanidade já está presente tanto no embrião, quanto nas demais fases do desenvolvimento
 5372 da criatura. Mais do que o caráter e o sentido elementar da identidade da matéria-prima de que um e
 5373 outro se compõem, o embrião em si constitui, como depositário dos ainda misteriosos princípios da vida,
 5374 mais que procriação, a re-produção ou a multiplicação enquanto prolongamento mesmo das pessoas que
 5375 lhe dão origem e, como tal, não pode deixar de ter a mesma natureza biológica e de compartilhar da
 5376 mesma suprema dignidade moral e jurídica do ser humano. Essa é, aliás, a razão por que não é lícito
 5377 reservar-lhe tratamento menos respeitoso sequer no campo jurídico. As divergências toleráveis ao
 5378 propósito, essas concernem e restringem-se ao problema de sua caracterização, em termos absolutos ou
 5379 relativos, como pessoa, pois, a despeito de o código genético completo, enquanto conjunto das
 5380 disposições suficientes para, sob certa condição externa, se desenvolver e se transformar em ser humano
 5381 autônomo, já estar inscrito no embrião, não se pode reduzir a complexidade da pessoa humana como
 5382 organismo vivo e, sobretudo, como sujeito de direito, ao aspecto puramente biológico de sua mera
 5383 completude ou perfeição genética, encravada na célebre “escada torcida em forma helicoidal.” Nesta sede,
 5384 onde pretensas concepções científicas e posturas racionais se confundem, menos no enunciado das teses
 5385 contrastantes do que na profundidade das motivações inconscientes, com a adesão apaixonada das crenças

[JC274] Comentário: 3 - Ofend
se alguém.

[JC275] Comentário: 4.2 -
Quantificação (participar a
certo grau).

[JC276] Comentário: 4.2 - Idé
de quantidade.

5386 religiosas, é preciso renunciar a toda busca de consenso e de pontos de vista comuns, até porque, como
 5387 verdadeiros atos de fé, não se acomodam a testes de refutabilidade, nem prometem conclusões seguras
 5388 para a solução da causa. Menos discutível, ou, quem sabe, menos incerto parece-me a via da indagação
 5389 dos critérios perante os quais se pode reconhecer, com o nível de certeza postulado pela resposta jurídica,
 5390 que embriões congelados não têm vida suscetível de tutela, na acepção do ordenamento constitucional. E,
 5391 para tanto, tampouco é mister disputar, aqui, a respeito do momento exato em que começa a vida, pela
 5392 mesmíssima razão de que, por mais convergentes e sedutoras que sejam as proposições revestidas de
 5393 aparente autoridade científica, esta é também seara de opiniões e teorias controversas, que, incapazes de
 5394 ser refutadas, guardam o estatuto lógico das profissões de fé. A decisão seria, muito provavelmente,
 5395 arbitrária. Para efeito do meu raciocínio, é suficiente partir de uma epítrope, figurada na concessão
 5396 retórica de que o início da vida ocorra deveras no preciso instante da fecundação, entendida esta no
 5397 estrito significado biológico do mero fato objetivo da junção dos gametas, abstraída a circunstância de se
 5398 perfazer, ou não, no ventre de alguma mulher ou alhures. Noutras palavras, assumamos esta premissa
 5399 como verdadeira, consoante o fez o eminente Ministro Relator e concordemos. É evidente que, existindo
 5400 vida de pessoa humana, sob qualquer forma e manifestação, deve ser protegida pelo ordenamento. É o
 5401 caso, por exemplo, dos fetos, sadios ou anencéfalos, das pessoas que, por infortúnio, sejam vítimas de
 5402 deformidades, das mais leves às mais teratológicas, e ainda daquelas em estado terminal, **todas dignas do**
 5403 **maior respeito e proteção constitucionais.** Assim também é o caso dos embriões implantados. Não, porém,
 5404 dos simples embriões isolados, que, posto corporifiquem patrimônio genético humano, não têm vida no
 5405 sentido e como objeto da tutela constitucional. Está no voto do Min. Carlos Britto, p. 22: “não se nega que
 5406 o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por
 5407 um espermatozóide masculino (...). Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana
 5408 (...)” integralmente com a assertiva da CNBB, segundo a qual “está cientificamente comprovado que a vida
 5409 começa com o zigoto. (...) Cientificamente, a vida começa com a concepção.” Nessa moldura lógica
 5410 pressuposta, a pergunta decisiva está em saber se a idéia de que a vida tem início na fecundação,
 5411 qualquer que seja o locus onde aconteça, é capaz de legitimar juízo de inconstitucionalidade da norma
 5412 contestada, sob o fundamento e a inferência imediata de que a correspondente autorização de pesquisas
 5413 com embriões ofenderia o primado constitucional da tutela da vida humana. Ou, vista doutro ângulo,
 5414 saber se a tese proposta de reconhecimento da licitude constitucional de experimentos científico-
 5415 terapêuticos com células-tronco embrionárias, subordinados a rigorosos expedientes de controle e
 5416 garantias legais, não estaria comprometida pela admissão daquele postulado. É de todo em todo negativa
 5417 a resposta. A primeira objeção, mas talvez a menos grave, é que, desconsiderando o fator concorrente da

[JC277] Comentário: 4.3 – No mesmo sentido que em L. 993 Relacionando-se com propriedade.

5418 presença e do papel decisivos do útero materno na cadeia causal, essa difusa concepção sobre o ponto
 5419 histórico absoluto do início da vida deveria, na prática, sob pena de grosseira e perceptível contradição,
 5420 levar necessariamente à mesma conclusão de franca ilegitimidade constitucional da corriqueira produção
 5421 de múltiplos embriões para fins reprodutivos, não obstante dirigida ao elevado fim dessa particular
 5422 modalidade de procriação assistida, que é a fertilização extracorpórea, cujo processo médico-científico
 5423 gera incontáveis embriões excedentes, condenados todos a congelamento prolongado ou a destruição
 5424 imediata que quase ninguém recrimina! Pouco se dá que esse resultado invariável, a sobra de embriões,
 5425 represente conseqüência da particular necessidade de produção múltipla, ditada pela observação científica
 5426 e empírica de todos os riscos de fracasso envolvidos nas práticas e experimentos dos processos de
 5427 fecundação para tratamento de infertilidade. O fato incontornável é que se têm por lícitos, quando menos
 5428 naturais ou, até, moralmente legítimos, a formação e o estoque de u'a multidão sempre crescente de
 5429 embriões excedentários. Mais que isso, tal práxis é, sob pretexto de servir de boa garantia à eficácia das
 5430 técnicas de fertilização em laboratório, tolerada, senão até justificada, pela assombrosa indiferença de
 5431 quase todos os que, sustentando ser o embrião como entidade a se, portador de vida nos mesmíssimos
 5432 termos em que a têm o feto e o homem nascido e, como tal, merecedor de igual valoração ética e tutela
 5433 constitucional, não lhe costumam opor nenhum reparo de ordem moral nem jurídica. Mas não podem
 5434 negar que se trata de produção descontrolada de embriões sem préstimo, que não têm, ao perecimento
 5435 certo, destino alternativo compatível com a grandeza e a dignidade reservadas ao ser humano, ao qual os
 5436 equiparam na raiz da sua concepção ideológica. Se, de regra, aos defensores dessa concepção não parece
 5437 eticamente censurável, nem insultuosa à Constituição da República – antes, a muitos se lhes afigura
 5438 prática legítima –, a produção de tantos embriões predestinados a longa crioconservação ou a pronta
 5439 destruição consentida, embora escusada pelas exigências técnicas e finalidade médico-reprodutiva do
 5440 processo em que se dá, não lhes poderia aparecer inconstitucional, nem censurável que a lei tenha
 5441 previsto a esses embriões sorte diversa, evidentemente útil e nobre, que é a de se prestarem a objeto de
 5442 promissoras investigações científicas em proveito da raça humana, cuja subsistência, integridade e
 5443 aperfeiçoamento na história é o alvo último das preocupações da Constituição e de todo o ordenamento
 5444 jurídico. Sobre trair-lhes de modo inconsciente as convicções declaradas, deixando entrever que admitem,
 5445 no fundo, a licitude do sacrifício dos embriões excedentários como procedimento natural em relação a
 5446 matéria humana dotada de certa dignidade ética, mas carente de vida plena, tamanha incoerência dos
 5447 defensores da teoria da vida embrionária já lhes desacredita a tese ou deprecia a crença. Manter
 5448 congelado ou logo destruir organismo que já tenha vida em plenitude seria tão ou mais indigno e
 5449 repulsivo do que destiná-lo a frutuosas pesquisas científicas a bem da humanidade. Daí por que,

[JC278] Comentário: 4.1

[JC279] Comentário: 4.1 –
 Dignidade como "certa
 dignidade ética".

5450 vergando-se talvez à recôndita certeza de que células-tronco embrionárias isoladas não contêm vidano
 5451 rigoroso sentido biológico e jurídico-constitucional da palavra, não condena a requerente, em nenhum
 5452 passo de sua atuação na causa, a produção necessariamente ilimitada, nem o anunciado e rotineiro
 5453 sacrifício de embriões excedentes. Nem pleiteia tampouco o que seria o mais conspícuo disparate de
 5454 obrigar a conservá-los congelados ad aeternum ou de submetê-los despoticamente a implantação
 5455 sistemática em úteros de mulheres, mediante aplicação simultânea de vis corporalis e de vis compulsiva,
 5456 em prática inconcebível e degradante que **aviltaria a dignidade humana**. Nisso guarda coerência. Mas não
 5457 posso deixar de insistir na inexplicável contradição em que se enreda essa atitude, a qual, como signo do
 5458 antagonismo irracional às pesquisas, condena a destruição das células embrionárias excedentes para fim
 5459 de desenvolvimento de experiências científicas com propósitos terapêuticos, mas aquiesce ao seu inútil
 5460 sacrifício no descarte final inexorável, como se, em ambos os casos, não houvera aniquilação ilícita da
 5461 mesma vida pressuposta! Convém referir e discutir, neste ponto, com Russel Korobkin, duas posturas
 5462 que, pretendendo validar a cerrada oposição às pesquisas com as células embrionárias, sintetizam de
 5463 algum modo as concepções comuns de que o blastócito constitui equivalente moral de pessoa e, como tal,
 5464 predica, nos planos ético e jurídico, o mesmo indiscutível valor que impede sejam ambos submetidos a
 5465 experimentos científicos, sobretudo capazes de destruição. A primeira sustenta que blastócitos e pessoas
 5466 são idênticos nas qualidades que lhes atribuiriam e justificariam **a mesma dignidade moral** e o
 5467 consequente tratamento jurídico. A segunda afirma que, conquanto se diferenciem das pessoas sob
 5468 importantes aspectos, os blastócitos guardam o potencial de se transformarem em pessoas, donde gozam
 5469 do mesmo estatuto moral e jurídico destas. É certo que, salvo o caso de gêmeos idênticos, cada blastócito
 5470 contém, ativo, um genoma humano único. Mas o reconhecimento da posse desse material genético de
 5471 pessoa não é suficiente para lhe fundar e estender idêntico valor moral e jurídico. É que há hoje, ao
 5472 propósito, relativo consenso científico de que a presença de alguma estrutura de neurônios, que exige
 5473 transcurso de certo tempo no processo, é requisito mínimo indispensável para induzir o status moral de
 5474 uma pessoa. Ora, cinco dias depois da fertilização, o blastócito não tem nenhuma capacidade de interagir
 5475 com o mundo exterior, nem de experimentar afetos, de modo que não pode, sob esse ponto de vista,
 5476 equiparar-se em valor ao ser humano, do qual só apresenta uma característica, que é o DNA. Por outro
 5477 lado, o termo potencialidade assume, no segundo argumento, conotação muito mais larga do que pode
 5478 semanticamente suportar, pois, como expressão de propriedade conceitual, implica a idéias de aptidão de
 5479 tornar-se algo mais por si mesmo, sem intervenção ou assistência externa (self-actualizability), ou já de
 5480 elevado grau de probabilidade de tornar-se algo mais (likelihood). Mas, fertilizado em laboratório, o
 5481 blastócito não tem nem uma coisa nem outra, assim porque precisa ser transplantado para útero de

[JC280] Comentário: 1

[JC281] Comentário: 4. 2

mulher para adquirir tal potência ou capacidade, como porque, não passando, segundo as estatísticas, de vinte a quarenta por cento suas chances de bom sucesso na implantação uterina, é muito baixo o nível de probabilidade de transformação. De mais a mais, e esta é incisiva objeção de Korobkin, igual potencialidade poderia ser reconhecida, com todas as conseqüências éticas e jurídicas, ao esperma e ao óvulo humanos: If a five-day-old in vitro blastocyst is inviolate because of its potential (understood without any bounds) to develop into a human life, it is hard to say why each individual egg or sperm cell does not have the same potential and therefore deserve the same consideration. Under appropriate conditions, with help from humans, and with a fair bit of luck, these cells (which also possess human DNA) also have the potential to develop into a person. If SCNT one day makes the cloning of humans possible, then it might also become literally true that every human cell of any type will have the potential to develop into a person, but it seems quite a stretch to think that this potential would render the destruction of any individual cell a moral transgression or that the value of a single skin cell should be considered comparable to the value of a person.

(Se um blastócito in vitro de cinco dias é inviolável em virtude do seu potencial (compreendido sem qualquer limite) de desenvolvimento em uma vida humana, é dificultoso dizer por que cada ovo ou célula de esperma, individualmente, não tenha o mesmo potencial e, portanto, merece a mesma consideração. Sob condições apropriadas, com ajuda de humanos, e com um pouco de sorte, essas células (que também possuem DNA humano) da mesma forma têm o potencial para desenvolver-se em uma pessoa. Se uma SCNT²² (transferência do núcleo de célula somática) um dia tornar a clonagem de humanos possível, então também seria literalmente verdadeiro que toda célula humana de qualquer tipo terá o potencial de se desenvolver em uma pessoa, mas parece quase exagerado pensar que este potencial faria com que a destruição de qualquer célula individual fosse uma transgressão moral ou que o valor de uma única célula epitelial deveria ser considerado comparável ao valor de uma pessoa.) Como se vê, o argumento prova demais. Em suma, a potência ou potencialidade que, de veras, existe no zigoto, enquanto capacidade para se modificar de tal forma que possa perfazer todas as determinações do programa de um ciclo vital que ainda se mantém apenas virtuais, deve entendida em sentido mais restrito, que não basta para a identificar ou a definir como vida pré-natal, nem para reivindicar-lhe à substância, por equivalência ou analogia, o estatuto ético-jurídico de pessoa. Não é tudo, porém. A condição de embrião congelado não se deixa envolver nem abraçar pelo próprio conceito de vida que, compondo o substrato de opiniões dominantes em diversos setores das ciências físicas e da própria filosofia, deve ser recolhida pela reflexão dogmática e pela inteligência do ordenamento jurídico, ainda que a título de verdade provisória, mas como única disponível, no estágio atual do conhecimento, para julgar e decidir, à luz de critérios não arbitrários,

5514 a questão posta de constitucionalidade. Não convém, aqui, deixar de acentuar a relativa submissão da
5515 ordem jurídica às visões e juízos científicos da realidade sobre a qual deve operar: Qualsiasi scelta di
5516 ordine giuridico dovrebbe presupporre una considerazione obiettiva della realtà sulla quale vorrebbe
5517 incidere. In particolare, risulterebbe contraddittoria per il diritto, in quanto strumento do organizzazione
5518 sociale, la pretesa di descrivere secondo esigenze preconstituite le situazioni di fatto nei confronti delle quali
5519 sia di volta in volta chiamato ad operare. Se ciò è vero, non può in alcun modo configurarsi, rispetto al
5520 nostro tema, un concetto giuridico autonomo di vita prenatale. Il diritto, piuttosto, deve giustificare
5521 razionalmente le modalità del suo atteggiarsi rispetto alla tutela della vita humana intendendo ques'ultima
5522 quale dato preesistente alla elaboração normativa. In questa propettiva, sarà necessario muovere dalla
5523 definizione della vita offerta dalla biologia, per poi considerare se possano ritenersi fondate altre nozioni
5524 di existência humana e se eventualmente ad esse, invece che al paradigma biologico, debba riferirsi
5525 l'ordinamento giuridico. Nenhum dos muitos e ilustres cientistas ouvidos de um modo ou noutro nesta
5526 causa, favoráveis ou contrários à promoção de pesquisas com células-tronco de embriões, negou que o
5527 fenômeno vida se apresenta e se define, em substância, tipicamente como processo. Dos debates relevo,
5528 sobretudo entre os ferrenhos opositores das investigações, que Lenise martins Garcia, para descrever a
5529 idéias básica de vida, aludiu à existência de "diferentes fases" do "ciclo da vida", reconhecendo-lhe caráter
5530 cinético e concordando em que, "para o embrião humano ir à frente, ele precisa estar no útero, precisa
5531 ser implantado". Cláudia de Castro Batista asseverou, textualmente, que "a vida humana é um processo
5532 contínuo, coordenado e progressivo. A partir da fecundação, do óvulo com o espermatozóide, acontece,
5533 logo em seguida, a primeira divisão e assim consecutivamente (...). Portanto, é a fecundação que permite
5534 que o desenvolvimento seja disparado e prossiga por si mesmo." Antônio José Eça, também adversário
5535 das pesquisas, acentuou que "a vida igualmente se dá através de um processo que se inicia no momento
5536 da concepção." Foi ainda mais incisiva Elizabeth Kipman Cerqueira, ao advertir que ser vivo é "aquele que
5537 tem um início, segue processos (...) até a sua morte. (...) É aquele ser que tem um início, a partir de seu
5538 próprio potencial, da sua ipseidade, da sua imanência, daquilo que lhe é próprio, desenvolve-se num
5539 programa recebido através de um material genético." E, logo mais adiante, referiu-se à vida como
5540 "processo de autoconstrução e de autodesenvolvimento, (...), ontogênese." E, por não alongar escólios
5541 em vão, Antonio Campos de Carvalho condensa as opiniões de igual conteúdo, notando: "não pretendo
5542 discutir a questão sobre a origem da vida. Conforme dito por vários colegas que me precederam, tanto a
5543 favor quanto contra as pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, entendo que a vida é um
5544 contínuo". A convergência dos cientistas, sobretudo da área biológica, quanto à identificação da vida como
5545 processo ou fenômeno dinâmico, é reflexo do que já tinham percebido os filósofos, entre cujas opiniões

transcrevo, por todos, a de intelectual que é dos mais isentos no quadro da causa: Il y a maintenant une classe de corps particulièrement intéressants, et qui semble supérieurs à tous les autres: ce sont les corps vivants, depuis le plus humble microorganisme jusqu'à l'organisme humain. Une propriété les distingue de tous les autres corps, c'est qu'ils se meuvent eux-mêmes; le sens commun, à cause de cela, admet en eux une âme ou principe de vie, irréductible à n'importe quels facteurs ou éléments physico-chimiques (Temos agora uma classe de corpos particularmente interessantes, e que parecem superiores a todos os outros: são os corpos vivos, desde o mais humilde si mesma, que é? (...) É evidente que a palavra 'vida', enquanto palavra, é um símbolo, como todas as palavras. Portanto, essa palavra pode ser usada para simbolizar as manifestações a que o pensador, levado por suas próprias tendências espirituais, quiser atribuir o nome vida. No campo rigoroso da ciência, porém, a palavra vida – como logo aprendi – tem sentido restrito. Ela designa, não o movimento, mas uma forma particular do movimento.”(Op. cit., p. 844. Grifos nossos.) microorganismo até o organismo humano. Uma propriedade os distingue de todos os outros corpos, é que se movem por si mesmos; por causa disso o senso comum admite neles uma alma ou princípio de vida, irreduzível a qualquer fator ou elemento físico-químico). A natureza ou essência da vida como sucessão de eventos foi também percebida pelo nobre Min. Relator, Carlos Britto, que nos regalou com expressiva descrição dos diferentes momentos e etapas da vida que se aninham “no âmbito de um processo”. E é, ao propósito, insuspeita a manifestação da CNBB, que, talvez o mais ardoroso dos amici curiae antagonistas dos experimentos, não destoa dessa percepção científica comum, ao sustentar que o embrião “é um ser humano, que, por força da lei natural, continuará a crescer, amadurecer, envelhecer e morrer, segundo o ritmo de tempo concedido a cada um.” Como substantivo inerente aos humanos e a outras espécies, a vida, em qualquer de suas manifestações típicas, se propõe desde logo ao espírito como sucessão unitária e permanente de mudanças ou contínuo processar-se, que distingue dos entes inanimados os chamados seres vivos. Do ponto de vista biológico, que é o que mais de perto interessa e serve à construção do correlato conceito jurídico-constitucional, não só “a formação e o desenvolvimento do embrião humano” podem ser considerados “um processo gradual, contínuo e coordenado desde o momento da fertilização”, mas a própria vida, enquanto fenômeno inteligível, se reduz a essa idéia e postula igual conceito. Como acentua outra opinião não menos isenta, provinda aqui de notável jurista, è oggi ampiamente riconosciuto che, sotto il profilo biologico, l'unico ‘salto qualitativo’ riferibile alla trasmissione della vita avviene all'atto della fecondazione. Infatti, nel momento in cui il gamete maschile penetra nell'ovulo femminile, dando luogo al c.d. sistema genomico, si producono modificazioni molecolari tipiche della formazione di una nuova vita, con le quali si instaura un processo destinato a svolgersi senza soluzione di continuità e senza necessità di ulteriori stimoli esterni. Come se vê

5578 logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de processo, compreendido como
 5579 sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz unitária de desenvolvimento autônomo, para
 5580 caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na idéias de
 5581 movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo.
 5582 Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si
 5583 mesmo, isto é, sem de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me
 5584 permito denominar aqui capacidade de movimento autógeno. E isso não o têm os embriões congelados,
 5585 cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de
 5586 adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia,
 5587 uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que
 5588 individualiza cada subjetividade humana. Mas não é esse algo simples mas esclarecedor critério discreto
 5589 da qualidade do movimento autógeno, adotado pela biologia e pela filosofia para caracterizar os seres
 5590 vivos, ou para, na sua falta, excluir de modo absoluto a existência de vida, que leva a negá-la aos
 5591 embriões congelados. Em situações empíricas de emergência, nas quais a necessidade de resposta não
 5592 deixa tempo a racionalizações – compreendido o vocábulo aqui no significado próprio de mecanismo
 5593 psicológico de defesa que cria um conjunto de explicações alternativas e logicamente satisfatórias, mas
 5594 todas falsas, para justificar atitude angustiante cujas verdadeiras motivações não conhece ou
 5595 inconscientemente não aceita –, as pessoas surpreendem-se com reações prontas que revelam
 5596 extraordinário discernimento dessa diferença que parece custosa. É o que demonstra ainda Korobkin: The
 5597 intuition that a blastocyst lacks the moral value of a person is vividly demonstrated with the following
 5598 hypothetical: Imagine that a fire starts in a fertility clinic and you must choose between saving a Petri dish
 5599 containing two blastocysts and a five-year-old child. Is there any question that you should (and would)
 5600 save the child? The appropriate answer to the question is just as obvious if the blastocysts would be
 5601 destroyed by the fire and the child only injured. The reason is that the child possesses not only human
 5602 DNA but also such qualities as sentience, consciousness, emotions, the ability to interact with the
 5603 environment, and the capacity to experience pain. Contrast this with a different hypothetical: Imagine that
 5604 you must choose between saving a five-year-old child and a twenty-five-year-old adult in a fire. Here it is
 5605 far from obvious that you either should or would choose the twenty-five-year-old. If you did choose to
 5606 save the adult, it almost certainly would not be because she is at a more advanced stage in human
 5607 development. Beyond some point, a human's developmental stage is irrelevant to her moral worth. But
 5608 prior to some point, the developmental stage does matter. The precise location of that point is difficult to
 5609 determine, but it is less difficult to recognize that blastocysts have not reached it. (A intuição de que um

blastócito é desprovido do valor moral de uma pessoa é vividamente demonstrado pela seguinte hipótese: Imagine que incêndio tenha início em uma clínica de fertilização, e você deva escolher entre salvar uma placa de Petri que contém dois blastócitos e uma criança de cinco anos. Há alguma dúvida de que você deveria salvar a criança (e a salvaria)? A resposta apropriada a esta questão é igualmente óbvia, se os blastócitos fossem destruídos pelo fogo e, a criança somente ferida. A razão é que a criança possui não somente DNA humano, mas também características tais como sensibilidade, consciência, emoções, a habilidade de interagir com o ambiente, e a capacidade de sentir dor. Compare isso com hipótese diferente: Imagine que você deva escolher entre salvar, de incêndio, uma criança de cinco anos e um adulto de vinte e cinco anos. Neste caso, está longe de ser óbvio que você deveria escolher ou escolheria o adulto de vinte e cinco anos. Se você escolhesse salvar o adulto, quase certamente não seria porque este se encontra em um estágio mais avançado do desenvolvimento humano. Além de certo ponto, o estágio de desenvolvimento humano é irrelevante para seu valor moral. Mas, antes deste, o estágio de desenvolvimento é significativo. A precisa localização deste ponto é difícil de se determinar, mas é menos difícil reconhecer que um blastócito não o alcançou). A demandante professa que a vida se dá "na, e a partir da fecundação (...) porque a vida humana é um contínuo desenvolver-se". E, invocando a ciência, chama o embrião de "agente do seu próprio desenvolvimento", entendido este sob a expressão de "fluxo irreversível de eventos biológicos ao longo do tempo que só para com a morte". E assevera que a célula-ovo apresenta desenvolvimento contínuo, "porque o zigoto, constituído por uma única célula, imediatamente produz proteínas e enzimas humanas, é totipotente, vale dizer, capacita-se, ele próprio, ser humano embrionário, a formar todos os tecidos (...), constituindo-se um ser humano único e irrepetível". Ora, de um lado, tais afirmações não dizem absolutamente nada a respeito do autodesenvolver-se como ato ou processo em curso, pois tão só reconhecem aos embriões a potência que, nos estritos termos e limites semânticos tolerados no confronto com a hipótese, pode atualizar-se, ou não, na cadeia autônoma de transformações biológicas em que se traduz o fenômeno da vida. De outro lado, deixam transparecer o que me parece grave desconsideração ou depreciação da função biológica e da correspondente condição jurídico-normativa que, no quadro das indagações sobre o fato da nidificação, desempenha o útero da mulher, reduzido, na inicial, às expressões literais de mero "ambiente adequado" e de simples fonte de "nutrientes necessários" ao desenvolvimento do embrião. Se, por pressuposição, vida é processo, tem-se de concluir sem erro, como já antecipei, que, no caso das células-tronco embrionárias congeladas, o ciclo subjetivo de mudanças iniciado no momento da concepção foi suspenso ou interrompido, antes de lhes sobrevir a condição objetiva de inserção no útero, sem a qual não adquirem a capacidade de desenvolvimento singular autônomo que tipifica a existência de vida em cada

5642 uma. Ninguém tem dúvida de que, sem esse fato objetivo, futuro e incerto, da introdução do embrião em
5643 útero de mulher, o processo não retoma o curso geneticamente programado e, pois, não chega ao estágio
5644 em que pode atualizar-se a potência vital naquele contida. Logo, a Afirmação, aliás, prontamente repelida
5645 pelo Min. Rel. Carlos Britto, que considerou, com acerto, a meu juízo, o embrião confinado in vitro
5646 “insuscetível de progressão reprodutiva” (p. 27 do voto), isto é, incapaz por si só de desencadear o
5647 desenvolvimento contínuo do ciclo vital. fixação do óvulo fecundado na parede uterina é condição sine qua
5648 non de seu desenvolvimento ulterior e, como tal, constitui critério de definição do início da vida, concebida
5649 como processo ou projeto. Nele, está longe de ser coadjuvante ou secundário o papel causal representado
5650 pela participação do útero ou, antes, e todo o corpo feminino, que, como agente de complexas e ainda
5651 mal conhecidas interações físicas, biológicas e psicológicas com o feto, algumas das quais decisivas à
5652 conformação da sua irrepetível estrutura unitária de pessoa dada à luz, aparece como elemento
5653 intrinsecamente constitutivo da vida humana. A mulher não é, como a proveta, apenas um locus de
5654 procriação. Esta é, aliás, uma das muitas razões por que já sustentei alhures que “a vida intrauterina é
5655 também valor constitucional proeminente”. O prognóstico ou a profecia de contínuo desenvolvimento do
5656 ciclo vital não convém, destarte, à realidade biológica dos embriões congelados, que, desde o instante do
5657 congelamento, deixam de reger-se pela lei natural que lhes seria imanente. Todas essas razões, segundo
5658 as quais os embriões isolados não são, já do ponto de vista biológico, portadores de vida atual, nem
5659 podem equiparar-se ou equivaler a pessoas in fieri ou perfeitas, sequer no plano moral, não vejo como
5660 nem por onde a regra impugnada, que lhes dá análogo valor e qualificação ao incorporá-los na
5661 experiência jurídica e autorizar-lhes a destruição em experiências científicas de finalidades terapêuticas,
5662 mutila ou ofende o chamado direito à vida, objeto da tutela constitucional. Os embriões humanos ditos
5663 excedentários não são, enquanto tais, sujeitos de direito à vida, nem guardam sequer expectativa desse
5664 direito. Até que seja implantado, carece o embrião extracorpóreo do impulso que, brotando apenas da
5665 conjugação das forças acolhedoras do ventre feminino, lhe reinfunde o sopro que perfaz a vida. Antes da
5666 superveniência dessa condição objetiva, a qual, independentemente das aptidões virtuais inscritas no programa
5667 genético do embrião, pode ou não implementar-se, não há lugar para excogitação de paternidade em
5668 senso jurídico próprio mas genérico, senão apenas de poder jurídico de disposição dos doadores sobre o
5669 material fertilizado. O casal que forneceu os gametas para a formação do zigoto possui relativa mas
5670 indiscutível disponibilidade jurídica sobre ele.

5671 E é este, a meu aviso, o ponto nodal da causa, cuja pretensão tende, no fundo, a subtrair ou a mutilar
5672 esse poder jurídico de disposição dos casais sobre os embriões, que não é negado nem contestado por
5673 ninguém, quando exercido com o propósito de determinar-lhes o destino de reprodução, de congelamento

5674 ou como afirmei, no julgamento da ADPF 54-MC, "no instante em que o transformássemos [o feto
 5675 anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vidase tornaria coisa (res) porque só coisa, em
 5676 Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito." Naquela
 5677 hipótese, tratava-se de vida plena, posto que pré-natal; nesta, cuida-se de algo sobre o qual o
 5678 ordenamento jurídico franqueia disponibilidade, de um lado, e, de outro, determina proteção. Pode, até,
 5679 não sem abuso ou perigo, ser chamada de res, mas res especialíssima, matéria-prima da vida, enquanto
 5680 metaforicamente assimilável ao barro, pó da terra ou solo (adamah, em hebraico) de que fala a tradição
 5681 judaico-cristã, no Antigo Testamento (Gen. 2,7). E, deveras, tal poder, inerente à liberdade e ao domínio
 5682 plenos que o ordenamento jurídico sempre reconheceu às pessoas sobre a produção e o uso das suas
 5683 células reprodutivas presentes no esperma e no óvulo, ninguém o pode contestar ou negar, **sem claro e**
 5684 **gravíssimo insulto à dignidade humana.** Ora, assente que a natureza do estatuto moral e jurídico do
 5685 embrião isolado não muda segundo o destino prescrito pelo casal que o gerou, porque guarda, em
 5686 qualquer hipótese decisória, **a mesma elevada dignidade ética e jurídica de sua origem e do seu papel**
 5687 **primordial na instauração de todo processo que se converte em vida humana,** então não se encontra
 5688 fundamento algum, nem puramente lógico, biológico, nem jurídico, para, **sob pretexto de violação dessa**
 5689 **dignidade,** espoliar o casal do mesmo poder jurídico de dispor de suas células-tronco embrionárias para
 5690 pesquisas científicas de cunho terapêutico, tal como pode licitamente fazê-lo para fins não tão nobres ou
 5691 para sorte de todo inútil, como de as congelar sem limite ou destruir sem proveito. A restrição preconizada
 5692 é arbitrária, ou supersticiosa. Tal irracionalidade, que está em distinguir posições substancialmente
 5693 jurídicas idênticas sem razão palpável, é que, a meu aviso, compromete, sem remédio, a tese da
 5694 demanda. Respeitadas as condições legais, prevalece no tema, sem óbice nem limitação constitucional, a
 5695 plena autonomia jurídica da vontade dos genitores para, na destinação das células-tronco embrionárias,
 5696 adotar qualquer das alternativas que a lei contempla ou o ordenamento não veda, quais sejam,
 5697 implantação, doação para adoção, congelamento, destruição por descarte, ou doação para pesquisas
 5698 científicas de finalidade exclusivamente terapêutica. Não me impressiona nem perturba a objeção de que,
 5699 à luz dessa liberdade jurídica, poderia conceber-se a vida em úteros artificiais criados pelo inventivo
 5700 engenho humano. Este tenebroso e hipotético cenário merece da consciência universal e de todas as
 5701 ordens jurídicas a mais veemente repulsa, porque supõe admitir a reificação dos embriões e do processo
 5702 mesmo de reprodução, em lucubração **de todo em todo incompatível com a intangibilidade ética e**
 5703 **constitucional da dignidade humana.** Se houvera viabilidade técnica e possibilidade prática de vida
 5704 humana exógena, independente da intervenção do útero, sua produção seria ética e juridicamente
 5705 reprovável, não apenas por sua perversidade intrínseca, mas também porque aviltaria, senão que

[JC282] Comentário: 3

[JC283] Comentário: 1

[JC284] Comentário: 3

[JC285] Comentário: 4.1

5706 aniquilaria a mulher, não só como pessoa, mas sobretudo como figura e função maternas, essenciais à
5707 sobrevivência da espécie, e, como tal, corromperia nosso senso de civilização e aprestaria o colapso da
5708 humanidade. Em suma, seria prática manifestamente alheia aos limites conceituais e ao alcance do poder
5709 jurídico de disposição garantido aos genitores. A mesma conclusão aplica-se ao receio de risco, que não é
5710 próximo nem real, de se “classificar as pessoas entre aquelas que são normais, aquelas que são
5711 adequadas e inadequadas à nossa sociedade.” A resposta à indagação teórica de Lenise Garcia – “se
5712 detecto uma doença genética em um embrião, eliminarei esse embrião?” – não pode deixar de ser, ainda
5713 nos quadrantes do ordenamento jurídico, inofensivamente negativa. Trata-se de mera conjectura que,
5714 remetendo-se a práticas históricas hoje de todo em todo condenáveis, inauguradas em Esparta e
5715 retomadas pelo regime nazista, esbarra desde logo em proibição expressa da lei e na reprovação última
5716 da Constituição, a ambas as quais repugna qualquer projeto eugênico. Convém, aliás, não perder de vista
5717 o objeto específico da questão de constitucionalidade da norma impugnada, cuja autorização de uso
5718 adscrive-se a embriões já congelados à data de publicação da Lei, com três anos completos ou por
5719 completar de congelamento, após esse termo, ou, ainda, já inservíveis, que como tais não foram nem
5720 serão nunca implantados e, por conseguinte, não gerarão seres humanos. E seu uso lícito, devo adiantar e
5721 frisar, é, à luz da Constituição, restrito a pesquisas e experimentos científicos preordenados
5722 exclusivamente a desenvolvimento de terapias. Nenhum tipo de experiência eugênica é aí admitido, donde
5723 a nítida diferença entre material congelado, de que se cogita na causa, e células-tronco embrionárias já
5724 implantadas ou que devam sê-lo em algum corpo feminino. No caso, o blastócito pode ser utilizado para
5725 gerar linhagens celulares, jamais para propiciar manipulação ou sondagem genética e posterior inserção
5726 em útero. Por isso, cogita a lei apenas de embriões produzidos mediante técnica de fertilização in vitro e –
5727 note-se a conjunção – “não utilizados no respectivo procedimento”. E isso significa, com toda a clareza
5728 possível, que os embriões destinados à pesquisa, porque satisfeitas todas as condições previstas no caput,
5729 incisos e parágrafos do art. 5º da Lei, não foram nem nunca poderão ser usados para implantação. A par
5730 dos embriões inservíveis, que jamais seriam implantados em razão de suas anomalias genéticas ou
5731 deformidades morfológicas, têm-se os antigos, com mais de três anos de congelamento. Também
5732 embriões congelados há menos tempo, a rigor, já se ressentiriam de presunção de aproveitabilidade
5733 reprodutiva. Mas aquele prazo foi estabelecido por legítimo alvitre político-legislativo, que considerou não
5734 só aspectos científicos ligados a exigências de um termo de provável serventia genético-reprodutiva, mas
5735 também fatores de ordem sociológica e psicológica, relacionados à necessidade de tempo para
5736 amadurecimento da decisão dos provedores de gametas, que detêm o poder de disposição jurídica sobre
5737 o material genético que constitui prolongamento das suas próprias pessoas. Como o que está em jogo,

5738 pois, não é somente a probabilidade de bom sucesso da fertilização, são irrelevantes as referências, feitas
5739 algures, a casos, Até os cientistas contrários às pesquisas com CTE, como Lenise Garcia, admitem que “a
5740 Lei tentou evitar justamente que se façam embriões especificamente para serem usados em pesquisas,
5741 porque isso abre todo um campo para comércio de embriões” (p. 223). O Decreto regulamentar 5.591, de
5742 22 de novembro de 2005, define como inviáveis os embriões com alterações genéticas que tenham o
5743 desenvolvimento interrompido por falta espontânea de clivagem após vinte e quatro horas da fertilização
5744 in vitro, e os que apresentem modificações morfológicas que lhes comprometam o pleno desenvolvimento
5745 (art. 3º, inciso XIII).E.g., no pronunciamento de Alice Teixeira Ferreira, p. 76. aliás conhecidos nos meios
5746 científicos, de pessoas sadias geradas a partir de embriões congelados havia mais de três anos,
5747 precisamente sete e, até, doze anos Eventual certeza científica de que embriões com mais de três anos de
5748 preservação criogênica não sejam sempre inviáveis, embora apresentem sobremaneira aumentadas as
5749 possibilidades de anomalias e malformações, não é razão definitiva nem suficiente contra a realização de
5750 pesquisas com CTE. Não obstante embriões antigos ou ainda inviáveis possam, tecnicamente, gerar
5751 pessoas, seu uso em pesquisas está sempre condicionado à autorização dos provedores dos gametas,
5752 que, como se viu, têm relativa disponibilidade jurídica sobre o produto da concepção antes de sua
5753 introdução no útero. Assim, na hipótese concreta, não há dúvida de que o consentimento informado dos
5754 genitores, emitido na esfera desse poder jurídico, implica autêntica, automática e irrevogável renúncia à
5755 faculdade de produzirem vida a partir do material genético de que dispuseram. A doação para fins de
5756 pesquisa é, numa metáfora processual, verdadeira preclusão lógica do poder de gerar filhos com os
5757 embriões doados. Em suma, com o ato de doação perdem aquele poder jurídico. A manterem alguma
5758 coerência, os opositores das pesquisas com células-tronco embrionárias deveriam, ademais, conceder que
5759 as próprias técnicas de fertilização artificial são, do ângulo das suas premissas, em tudo e por tudo
5760 inaceitáveis. Já que seu argumento é baseado num princípio, não poderiam justificar a criação artificial de
5761 embriões e dos consequentes seres humanos por via de raciocínio instrumental, mediante cálculo entre
5762 meios e fins, tendo em vista o objetivo da procriação. Afirmar, subentender ou supor que, para gerar vida
5763 humana, a manipulação é, moral e juridicamente, admissível, mas, quando se trate de empregar embriões
5764 em pesquisas que podem salvar vidas, seja a prática condenável, contradiz o princípio mesmo que alegam
5765 defender. O desvio da ordem natural das coisas é exatamente o mesmo em ambas as hipóteses. De modo
5766 que, sob sua ótica, não faria sentido permitir que o ser humano pudesse ousar criar a vida.⁴⁹ E esta é
5767 mais uma das contradições em que se enleiam e perdem, até porque é agora marginal e sem nenhuma
5768 ressonância a crítica indiscriminada da produção extracorpórea de embriões, a cujo respeito sintetiza Claus
5769 Roxin: 46 Id., ibid. Rodolfo Acatauassu Nunes, p. 133. Diz Lygia Pereira: “Aceitamos as gerações desses

embriões no dia em que aceitamos as técnicas de fertilização in vitro. É inerente dessas técnicas (...) a produção de um número excedente ou pelo menos descontrolado desses embriões, esses embriões sobram” (p. 174-175). Já Lenise Garcia assevera que “o marco ético era que eles nunca deveriam ter sido congelados, e o foram sem que a legislação brasileira tenha qualquer definição a respeito (...). A verdade é que a reprodução assistida no Brasil está num vácuo legal” (p. 224). Daí, a subordinação legal do uso do embrião em pesquisas à forma pela qual foi esse concebido e ao estado em que se encontra em dado momento (no caso, congelado). Essa posição é coerentemente defendida pela Igreja Católica no documento “Il rispetto della vita umana nascente e la dignità della procreazione, istruzione della congregazione per la dottrina della fede, 1987, *donum vitae*”, que condena a IVF, de acordo com o *Movita* (p. 22 de sua manifestação). Não se questiona a legitimidade de um tal procedimento. Afinal, o embrião não é lesionado, mas conduzido a seu destino natural, uma vez que, após a sua implantação no corpo da mãe, o embrião se desenvolve naturalmente até tornar-se um homem. Não custa insistir em que o só início do processo, como etapa estancada e destacada, não é ainda o processo em ato que revela e define a vida. Esta não pode reconduzir-se ao estágio inaugural do processo que foi suspenso ou interrompido por uma causa artificial, nem se pode dizer que o uso de embriões em pesquisas equivalha a destruir a vida, enquanto indébita interferência externa no curso natural de seu desenvolvimento programado. O processo é aí interrompido ou suspenso, pelo congelamento, de modo tão artificial quanto aquele mediante o qual começou, pela fertilização in vitro.⁵¹ Somente uma condição objetiva, futura e incerta, consistente na introdução do embrião no útero materno, pode dar impulso à concretização da vida como movimento autógeno. Só essa intervenção de fator externo, de certo modo antinatural no contexto e aviada pelas mesmas mãos que fundiram os gametas no laboratório e os armazenaram em receptáculo criogênico, é capaz de promover a coexistência do embrião com a entidade que o transformará, aí sim, em vida: o útero materno. Em síntese, ou a vida decorre da concepção natural, em que há um continuum definidor da existência de processo vital em ato, ou seu impulso fica subordinado a certa condição por realizar. Estou consciente de que tal postura introduz ou desperta, e não apenas perante nosso ordenamento, alguns sérios problemas jurídicos paralelos, relacionados com métodos contraceptivo-abortivos, designadamente a chamada “pílula do dia seguinte” e o dispositivo intrauterino (DIU).⁵⁴ Tais questões não concernem à causa, mas não há como não reconhecer aqui que essas técnicas provocam interrupção do fluxo contínuo do ciclo vital, que deixa de seguir o curso autônomo geneticamente predeterminado da evolução de uma subjetividade singular. A Resolução 1.358/1992, do CFM, cuida da matéria. No que toca à criopreservação de embriões, dispõe: “V – Criopreservação de Gametas ou Pré-Embriões. 1 – As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-

embriões. 2 – O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. 3 – No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.” Não se está a defender, aqui, a teoria do início da vida na nidificação. O 14º dia é apenas o momento que marca o princípio da formação de órgãos diferenciados. Não é o prazo em si que confere a dignidade constitucional de pessoa humana, mas um contexto claro de existência de vida, no qual é imprescindível a associação com o útero. Os embriões congelados, ainda que já datem de cinco dias, não gozam da mesma proteção franqueada às pessoas, suposto tenham certa dose de dignidade constitucional. Como bem notou, na audiência pública, Mayana Zatz, “a fecundação é uma condição necessária, mas não suficiente para o embrião se desenvolver” (p. 8). Sobre a questão na Itália, p. ex., cf. EUSEBI, Luciano. op. cit., p. 1071-1072. Mais importante, no caso, do que fixar um ponto arbitrário na linha do tempo para situar o preciso momento do início da vida, é discernir, à luz das premissas postas, três fatos incontestáveis e decisivos: que se não verifica a fluência necessária para caracterização da vida como movimento autógeno (i); que a origem da matéria-prima genética considerada é sua concepção in vitro (ii); que tampouco se dá interrupção do curso da vida, porque, antes de este começar no ventre materno, lhe adveio a suspensão do processo pelo congelamento. Aliás, não custa repetir que, nas pesquisas em questão, todos – absolutamente todos – os embriões foram criados como resultado de manipulação gnética pelo homem. Essa manipulação, não contestada pela requerente, teve como objetivo imediato a procriação, mas, dadas as características da fertilização in vitro, que recomenda a produção de mais embriões⁵⁵ do que os efetivamente implantados – dos quais, aliás, nem todos serão bem-sucedidos – houve a formação de um contingente excedente de embriões, os supranumerários. É deles, e apenas deles, de que se trata. II. os Embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas. Pesa-me, no passo seguinte de meu raciocínio, divergir do eminente Ministro Relator, no ponto em que Sua Excelência proclama que a proteção normativa dos embriões residiria no nível infraconstitucional, parecendo nisso admitir, de maneira implícita, possibilidade de cenário diverso, no qual pudera faltar-lhes essa mesma tutela. Prefiro confrontar a lei impugnada com a Constituição, porque, como já antecipei, entendo provenha diretamente dela, ainda que em grau ou predicamento mais reduzido em comparação com os das pessoas, o substrato jurídico para o reconhecimento e garantia de específica tutela dos embriões, dada sua dignidade própria de matriz da vida humana. Noutras palavras, estou em que os embriões

[JC286] Comentário: 4.4 – Met algo para ser conferido.

[JC287] Comentário: 6.5 – O PDPH é algo para ser consumido.

[JC288] Comentário: 4.1

[JC289] Comentário: 4.3 – DH como propriedade.

5834 devem ser tratados com certa dignidade por força de retilínea imposição constitucional. E o fundamento
 5835 intuitivo desta convicção é a dimensão constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III),
 5836 enquanto supremo valor ético e jurídico, de que, posto não cheguem a constituir equivalente moral de
 5837 pessoa, compartilham os embriões na medida e na condição privilegiada de única matéria-prima capaz de,
 5838 como prolongamento, re-produzir e multiplicar os seres humanos, perpetuando-lhes a espécie. Além da
 5839 redução dos custos dos ciclos de recolocação de embriões no futuro, procura-se contornar o fator
 5840 estatístico, que indica, entre nós, taxas de bom sucesso de 28% (a fresco) ou menos (na hipótese de
 5841 congelamento) na obtenção de gestação (cf. Patrícia Pranke, p. 17 e seguintes). Mesma opinião tem a
 5842 Conectas: "neste caso, são as leis ordinárias, em ponderação legislativa, que dispõem sobre a suposta
 5843 vida de embrião congelado (...) e dimensionam a sua proteção. (...) a Lei de Biossegurança reconhece
 5844 que, mesmo que tais embriões não estejam sujeitos a mesma proteção constitucional do direito à vida
 5845 conferia ao feto ou a pessoa já nascida, trata-se de material sujeito a alguma proteção. (...) Não bastaria
 5846 ao legislador apenas relativizar a proteção jurídica da vida e da dignidade da célula-tronco embrionária
 5847 para autorizar fazer-se qualquer coisa com tais células." (Fls. 157-160.) Porque embriões congelados não
 5848 têm vida atual, suscetível de proteção jurídica plena (art. 5º, caput), eliminá-los não constitui, em
 5849 princípio, crime, nem ato ilícito menos grave. Mas este juízo abstrato não dispensa o intérprete de apurar
 5850 se, em qualquer hipótese, independente do fim a que se predestine, está sempre a salvo a
 5851 compatibilidade entre o tipo de destruição de embriões excedentes ou inaproveitáveis e a dignidade e o
 5852 estatuto jurídico-constitucionais de que se revestem. Nesta, como em outras tantas questões jurídicas, é
 5853 preciso discernir. Para reinfundir-lhes a embriões isolados o impulso vital que transforme em ato sua
 5854 totipotência, é preciso implantá-los em útero feminino. Ora, assim no caso de desembaraço puro e simples
 5855 de células-tronco embrionárias, como no de seu sacrifício em experimento científico de finalidade
 5856 terapêutica, a implantação jamais se dará, porque já tecnicamente impossível ou inviável, ou porque não
 5857 desejada ou não consentida pelos genitores. É certo, a meu aviso, que nem todo tratamento ou destinação
 5858 última de células embrionárias se harmonizam com o grau de valor ético e de tutela constitucional que se
 5859 lhes devem reconhecer, assumindo, em algumas hipóteses, como as de clonagem, projetos eugênicos e
 5860 engenharia genética, a natureza criminoso de severos atentados à dignidade humana, mas nelas não se
 5861 pode incluir o descarte de embriões congelados. Por mais paradoxal que à primeira vista se revele, o
 5862 raciocínio não sofre, porque em si o embrião, que não pode vindicar sequer
 5863 expectativa de direito à vida, é deveras protegido pelo ordenamento jurídico, mas tal proteção lhe não
 5864 assegura direito subjetivo de evoluir e de nascer. Doutro modo, fora mister descobrir ou inventar absurda
 5865 obrigação jurídica de gerar filhos, com inconcebível recurso a métodos de forçada fertilização em massa!

[JC290] Comentário: 4.2 - Cer
quantidade.

[JC291] Comentário: 6.1

[JC292] Comentário: 4.1

[JC293] Comentário: Sem
contexto claro.

[JC294] Comentário: 3 -
atentados contra o PDPH.
Também o PDPH poderia ser u
local que sofre atentado.

5866 Ora, bem, se o desprezioso e rotineiro descarte de embriões congelados, como ato que não traz
 5867 benefício algum à sociedade, é autorizado pela ordem constitucional, a fortiori é-o seu emprego em
 5868 pesquisas científicas dirigidas exclusivamente ao desenvolvimento de terapias. Cabe, aqui, estouta
 5869 opinião de Klaus Roxin, invocada em toda a pertinência por um dos amici curiae: (...) enquanto um
 5870 embrião destruído não cria qualquer valor positivo, um embrião que não possa mais ser salvo, e que seja
 5871 sacrificado para fins de pesquisas pode contribuir consideravelmente para a futura cura de doenças graves
 5872 (...). Quem renuncia a esta possibilidade não serve à vida, mas a lesiona. A legislação infraconstitucional
 5873 posta sobre o tema, à qual os críticos lhe não regateiam os atributos de "prudência e moderação",⁵⁹ cerca
 5874 de eficientes e compreensíveis cuidados o manejo desse nobre material genético, aliás em. Pode, é
 5875 verdade, ocorrer implantação em caso da adoção de embriões, mas esse caminho está igualmente
 5876 subordinado à deliberação dos genitores, porque tal possibilidade teórica lhes não subtrai nem reduz o
 5877 poder decisório. Ademais, embora se sugira, utopicamente, que seria preferível a alternativa da adoção de
 5878 embriões, como sustentaram, da tribuna, a CNBB e a PGR, estas entidades não têm dados para se
 5879 contrapor ao fato estatisticamente comprovado da baixíssima aceitação social dessa prática. reverente e
 5880 linear submissão às exigências constitucionais. Veda-lhe a comercialização. Proíbe a produção intencional
 5881 de embriões para pesquisas. Obriga as instituições e serviços de saúde a obter autorização dos respectivos
 5882 comitês de ética e pesquisa. Tipifica como crime, punível com detenção de um a três anos e multa, o uso
 5883 de embriões em desacordo com o disposto no art. 5º. Pune, com penas de reclusão ainda mais acerbadas, a
 5884 engenharia genética em material genético ou embrião humano (art. 25), bem como a clonagem humana
 5885 (art. 26). A racionalidade da lei inspira-se também em outros valores de estatura

5886 constitucional, em particular o amplo direito à vida com **dignidade** daqueles cuja saúde, sobretudo física,
 5887 depende de tratamentos que possam, eventualmente, resultar das pesquisas com células-tronco
 5888 embrionárias. É o caso, também, da admissibilidade da doação de embriões para adoção reprodutiva e do
 5889 rigoroso controle bioético de seu descarte. Daí, aliás, se infere, logo, que sob nenhum aspecto esta
 5890 causa envolve conflito de normas ou de princípios constitucionais, nem, por conseguinte, necessidade de
 5891 recurso ao critério mediador da proporcionalidade, cuja invocação, de todo modo, em caso de algum
 5892 contraste hipotético ou aparente, não excluiria à lei as qualificações de adequada,⁶² necessária e
 5893 proporcional em sentido estrito. Mas o direito posto, e aqui se confirma uma das minhas divergências mais
 5894 relevantes com o brilhante voto do ilustre Ministro Relator, não poderia, a meu ver, ser diferente. Se a lei
 5895 subalterna não previsse, nos significados emergentes dos textos normativos interpretados à luz da
 5896 Constituição, estratégias eficazes para resguardo da **dignidade imanente aos embriões**, seria
 5897 inconstitucional. E, nesse contexto, é mister extrair-lhe, ainda com apoio na técnica da chamada

[JC295] Comentário: 4.3

[JC296] Comentário: 4.2

5898 interpretação conforme, todas as garantias inerentes à intangibilidade constitucional do genoma humano,
5899 na sua expressão e valor de programa hereditário que identifica, caracteriza e distingue, na sua irredutível
5900 singularidade, toda pessoa humana, sobretudo no plano prático das limitações necessárias das pesquisas
5901 científicas e da regulamentação de um sistema de atribuição e controle de responsabilidades, sem as
5902 quais não se passa dos apelos dos princípios gerais à instauração de uma práxis consentânea. E a primeira
5903 e mais importante dedução respeita à inteligência das expressões “para fins de pesquisa e terapia” e
5904 “pesquisa ou terapia”, constantes do caput e do § 2º da lei, cujo único significado normativo afeiçoado ao
5905 disposto no art. 6º, III, que proíbe engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humanos
5906 (art. 6º, III), e à própria Constituição, que não toleraria degradação destes organismos, é de autorização
5907 exclusiva de uso de células-tronco embrionárias em pesquisas para fins exclusivamente terapêuticos. Para
5908 ser mais claro e preciso, nem a Constituição nem a lei permitem produção de embriões humanos por
5909 fertilização in vitro senão para fins reprodutivos no âmbito de tratamento de infertilidade, nem tampouco o
5910 uso de excedentes em pesquisas ou intervenções genéticas que não sejam de caráter exclusivamente
5911 terapêutico (a). A segunda observação está em que, não obstante haja a lei instituído, para fiscalização e
5912 controle das múltiplas atividades regulamentadas incidentes sobre os chamados organismos
5913 geneticamente modificados (OGM), o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), a Comissão Técnica
5914 Nacional de Biossegurança (CTNBio) e as Comissões Internas de Biossegurança (CIBios), além de prever a
5915 atuação de “órgãos e entidades de registro e fiscalização”, como os Ministérios da Saúde, da Agricultura e
5916 do Meio Ambiente, relegou os deveres substantivos dessa tremenda responsabilidade, quando tratou das
5917 pesquisas com CTE, apenas aos comitês de ética e pesquisa (CEP) das respectivas instituições e serviços
5918 de saúde (art. 5º, § 2º). Esses comitês, cuja pontual disciplina em vigor consta da Resolução 196, de 10
5919 de outubro de 1996, do Conselho Nacional de Saúde, são formados por, pelo menos, sete profissionais
5920 das mais variadas áreas (saúde, ciências exatas e humanas: juristas, teólogos, sociólogos, filósofos,
5921 bioeticistas) e, no mínimo, por um representante dos usuários da instituição ou do serviço. Embora lhe
5922 ressalte a heterogeneidade disciplinar e a respectiva autonomia, prevendo, em tese, sua independência
5923 (itens VII.5 e VII.12), estatui a Resolução, no item VII.9, que “a composição de cada CEP deverá ser
5924 definida a critério da instituição”. Tal regra envolve, quando menos, sério risco de ocorrência daquilo que
5925 a teoria econômica denomina problema de agência⁶⁵, ou seja, grave conflito de interesses que
5926 compromete a independência da entidade, enquanto instância imediata responsável pela garantia de
5927 rigorosa observância das gravíssimas restrições de ordem constitucional e legal das pesquisas autorizadas.
5928 Na reconstituição desse quadro deficiente, a possibilidade real de dominação ou subjugação dos comitês
5929 pelas instituições e serviços não pode ser ignorada, nem subestimada. A incerteza ou omissão da lei, ao

5930 propósito, apesar de não afrontar, no sentido etimológico da palavra, a Constituição da República, deixa
5931 de atender-lhe a uma exigência essencial à eficácia prática da tutela outorgada às células-tronco
5932 embrionárias, porque por si só é inoperante a qualificação teórica de antijuridicidade de certos
5933 comportamentos. Como já se acentuou na Itália, à falta de normas penais expressas sobre o assunto,
5934 l'importanza della riflessione sull'antigiuridicità attuale di determinate condotte, pur in assenza di
5935 corrispondenti norme sanzionatorie, non va transcurata. La 'nuda' antigiuridicità, infatti, non è priva di
5936 riflessi pratici. Ora, as células-tronco embrionárias não são OGM (art. 3º, §1º), donde as pesquisas e
5937 experimentos que as tomem por objeto não se sujeitam a controle direto do CNBS, da CTNBio, nem da
5938 CIBio. Qual, então, a solução viável, reclamada por injunção constitucional? Não pode ser a de os
5939 submeter a essas instituições, porque sua composição e tarefas são outras, nem a de esta Corte criar por
5940 si órgão congênere, porque carece da competência de legislador positivo para condicionar a validade da
5941 lei. A legislação vigente precisa ajustar-se, no ponto, aos ditames constitucionais, para que compreenda,
5942 no alcance de normas mais severas e peremptórias, todos os responsáveis pelo efetivo controle que
5943 pretende seja exercido, sobretudo pelo Estado, de modo bastante próximo".⁶⁷ Isto exige edição de lei
5944 específica para cominação de responsabilidade criminal, ou interpretação que não excluísse das hipóteses
5945 legais da lei vigente, à primeira vista só imputável aos pesquisadores, os integrantes dos comitês de ética
5946 e pesquisa. Não sendo possível, no âmbito da função jurisdicional, nem a criação de normas, nem tal
5947 extensão hermenêutica em matéria criminal, será preciso acentuar, perante a ordem constituída, a
5948 responsabilidade penal dos membros dos comitês de ética (CEPs) e da própria Comissão Nacional de Ética
5949 em Pesquisa (CONEP/MS), nos termos do art. 319 do Código Penal, sob pena de ficar dúvida sobre a
5950 existência de instrumentos de intimidação ou inibição legal com força suficiente para, acomodando as
5951 Norton, 1999, p. 202-203). Na hipótese, o problema é precisamente o oposto, já que não há relação de
5952 mandato: o grande risco é o de ocorrer subordinação dos CEP, que se tornariam agentes das instituições,
5953 em lugar de manter a altivez e a independência reclamadas. O alinhamento de interesses, neste caso, é
5954 ostensivamente deletério para todo o sistema. Acertado, a respeito, o diagnóstico do Senado Federal: "o
5955 único caminho eficaz do Estado, nesse campo, é a regulamentação, com o objetivo de prevenir abusos e
5956 arroubos desnecessários, bem como assegurar a observância de normas éticas" (fl. 240). E não menos
5957 sensata a sugestão de que a fiscalização deva ser exercida também pelo Ministério da Saúde, pelo
5958 Conselho Nacional de Saúde e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. normas à Constituição,
5959 refrear a tendência à lassidão ou à estudada passividade no controle das pesquisas. É que os membros
5960 dos comitês estão obrigados a: a) revisar os protocolos de pesquisa, para os aprovar, até sob condições,
5961 ou não; b) acompanhar o desenvolvimento dos projetos; c) receber denúncia de abusos e irregularidades,

5962 fazendo instaurar sindicância a respeito e decidindo sobre a continuidade, modificação ou suspensão da
 5963 pesquisa (item VII.13, letras a, b, d, fe g). E os da Comissão Nacional de Ética têm dever de aprovar e
 5964 acompanhar os protocolos nas áreas temáticas de genética e de reprodução humanas, provendo normas
 5965 específicas no campo da ética em pesquisa, bem como de rever responsabilidades, proibir ou interromper
 5966 pesquisas, definitiva ou temporariamente (item VIII.4, letras c, de f). E, considerando que todos são, para
 5967 esses efeitos, reputados servidores públicos lato sensu, submetem-se àquele tipo penal (art. 319 do
 5968 Código Penal), mas sem prejuízo de incorrerem nas penas dos delitos previstos nos arts. 24, 25 e 26 da
 5969 Lei 11.105/2005, por omissão imprópria, quando, dolosamente, deixarem de agir de acordo com tais
 5970 deveres (b). Dada a superlativa magnitude dos bens jurídicos envolvidos na causa, todos conexos com
 5971 primado da dignidade da pessoa humana e das suas expressões genéticas, cujo imperativo de integridade
 5972 radica na Constituição, mais do que conveniente, seria mister que o Parlamento logo transformasse todas
 5973 as formas de inadimplemento de tão graves deveres em tipos penais autônomos, com cominação de
 5974 penas severas (c). Também tenho por indispensável submeter as atividades de pesquisas ao crivo
 5975 reforçado de outros órgãos de controle e fiscalização estatal, declarando-lhes, expressa e
 5976 inequivocamente, a submissão dos trabalhos, como da tribuna sugeriu a advocacia do Senado Federal, ao
 5977 "Ministério da Saúde, (o) Conselho Nacional de Saúde e (a) Agência Nacional de Vigilância Sanitária", na
 5978 forma que venha a ser regulamentada, em prazo que delibere a Corte (d). Diante do exposto, julgo
 5979 improcedente

[JC297] Comentário: 1

5980 ação direta de inconstitucionalidade, ressaltando, porém, que dou interpretação conforme à Constituição
 5981 aos artigos relativos aos embriões na legislação impugnada, para os fins já declarados (a, b e d).

5982 EXPLICAÇÃO

5983 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ministro Cezar Peluso, fui citado por Vossa Excelência ainda há
 5984 pouco quanto a arrancar da Constituição a dignidade do embrião ou de uma vida intrauterina. Eu disse o
 5985 seguinte em meu voto: Sucede que [este é o fiat lux da controvérsia] a dignidade da pessoa humana é
 5986 princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou
 5987 irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o
 5988 próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Apenas,
 5989 conforme Vossa Excelência, entendi que o embrião in vitro, nas condições da lei, jamais vai desaguar no
 5990 indivíduo-pessoa, mas acredito que a Constituição, em última análise, é o fundamento de validade dessas
 5991 leis protetivas de toda e qualquer vida, início de vida, seja intrauterinamente, seja extrauterinamente, com
 5992 essa ressalva que Vossa Excelência vem fazendo desde o início do seu judicioso voto.

[JC298] Comentário: 4.2

[JC299] Comentário: 4.4 –
Princípio meta.

5993 ESCLARECIMENTO

5994 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, embora, a rigor, isto fosse absolutamente desnecessário,
5995 parece-me que conviria deixar esclarecida alguma coisa a respeito do julgamento que ontem foi suspenso.
5996 Eu li – entre envergonhado e, de certo modo, entristecido –, nos jornais da minha terra, dos quais sou
5997 assinante há muitos anos, notícias sobre o julgamento e, em particular, sobre o meu voto, as quais me
5998 justificaram fundado temor de haverem induzido a opinião pública em erro grave. Decerto, nenhuma de
5999 ambas as notícias foi inspirada por propósito menos nobre – porque evidentemente não o posso supor a
6000 nenhum jornalista –, mas, sem dúvida alguma, decorreu de equívoco – eu diria – quase inescusável. Os
6001 que fizeram referências ao teor do meu voto ou não me ouviram ou, se me ouviram, não me entenderam.
6002 O meu voto não contém nenhuma ressalva às pesquisas. E a conclusão dele, de improcedência da ação,
6003 apenas enuncia duas coisas: primeiro, a responsabilidade dos membros dos comitês de ética, coisa que
6004 está na lei; e, nesse passo, acentua a responsabilidade criminal dos respectivos membros. E, em segundo
6005 lugar, acena para a necessidade de que exista órgão que aprove a nomeação dos membros dos comitês.
6006 Apenas isto. De modo que, Senhor Presidente, gostaria ficasse constando esse registro por não subsistir
6007 dúvida a respeito do conteúdo e da extensão de meu voto.

6008 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na verdade, como já tivemos oportunidade de observar, os
6009 votos ontem proferidos, e, aí, falou-se em declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de
6010 texto, bem como em julgamento pela improcedência com adições. Vossa Excelência, inclusive, fez, na
6011 verdade, apelo ao legislador na parte final do seu voto. Isso tudo levou a alguma dificuldade de
6012 interpretação. Mas isso vai ser devidamente esclarecido no momento da proclamação, se for o caso.

6013 VOTO (Confirmação)

6014 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, embora já tenha manifestado voto numa assentada
6015 anterior, gostaria de roubar alguns minutos do tempo dos colegas para, até em respeito aos votos
6016 brilhantes produzidos na assentada de ontem, fazer algumas brevíssimas observações, justificando o fato
6017 por que não posso desta vez, infelizmente, acompanhar a divergência, tão bem enunciada pelo meu
6018 colega, Ministro Menezes Direito. Entendo, Senhor Presidente, que a proposição final do voto de Sua
6019 Excelência, praticamente produz uma adulteração da norma contida no art. 5º, pelo acrescentamento de
6020 tais e tantas condicionantes que eliminam a sua força normativa. Por isso, lamento não poder acompanhar
6021 Sua Excelência na adição destas condicionantes, até porque, segundo entendo, aí, estaríamos excedendo,
6022 e muito, ao mandato que é conferido a este Supremo Tribunal Federal. No mais, Senhor Presidente, faço

também um reparo no quanto diz respeito a toda a construção que, de certa maneira, foi acompanhada nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau para o estabelecimento dessas condicionantes. Salvo equívoco meu, esta construção vem baseada em informação de um cientista que acredita possível – e terá feito pesquisas nesse sentido – que se extraíam células sem eliminação do blastocisto. Se não me engano, Ministro Menezes Direito – porque não tive acesso a essa documentação científica –, creio que é um trabalho único e não publicado; portanto, não submetido à comunidade científica internacional. Sabemos que esses trabalhos geralmente exigem uma ampla discussão para que, afinal, possam ser adotados como norma geral e difundidos. Recentemente houve, exatamente nesta matéria de células-tronco, umas pesquisas realizadas por cientistas coreanos que depois – creio eu – tiveram que retroceder das suas afirmações originárias, porque foram contestadas pela comunidade científica internacional. Assim sendo, Senhor Presidente, são essas as razões pelas quais prefiro, no caso, apoiar-me nas afirmações feitas pela séria comunidade científica brasileira, em sua grande maioria; muito embora, especialmente o Relator, tenha tido o grande cuidado de contrastar posições através de um criterioso trabalho, inclusive com uma audiência pública, a qual se desenrolou durante o dia todo e da qual todos nós, embora não pudéssemos estar presentes fisicamente, recebemos cópias mediante gravação de vídeo e som. Então, Senhor Presidente, mais uma vez pedindo vênha e louvando o brilhante voto dos Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, reafirmo a posição anteriormente manifestada pela ausência de qualquer inconstitucionalidade na norma.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço a palavra. Apenas uma brevíssima observação, já que a eminente Ministra Ellen Gracie fez alusão – e agradeço a alusão que fez – às condicionantes que eu teria apostado em meu voto. Na verdade, dei uma interpretação conforme a lei. Mas, ainda que tivesse colocado algumas condicionantes, gostaria apenas de ponderar que esta Corte, nos últimos tempos, tem estabelecido às diversas leis que examinam condicionantes quase que adentrando ao campo do legislador no concernente a algumas atividades. Por exemplo, no caso da lei de greve dos servidores públicos em que nós condicionamos, contra o meu voto, aliás, a atividade da greve no serviço público. Em outro caso, também, no da fidelidade partidária. Em conjunto com o Tribunal Superior Eleitoral, esta Casa entendeu de estabelecer uma série de condicionantes ao direito de mudar de partido. Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta Casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade de pesquisa, realmente importantes para o avanço do

6054 conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa Lei é extremamente vaga e foi
6055 formulada, data venia, de forma tecnicamente imprecisa.

6056 ESCLARECIMENTO

6057 O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, eu tenho sempre, desde que aqui cheguei, o maior
6058 respeito, a maior admiração e o maior carinho pelos meus eminentes Colegas. E tenho procurado, ao
6059 longo do tempo, dar o testemunho desta certeza de que cada um de nós, quando a esta Casa comparece,
6060 o faz na mesma perspectiva daquele diálogo que teve Santo Agostinho com seu filho Adeodato: quando
6061 alguém fala, ou ele pretende aprender ou pretende ensinar. E eu tenho sempre aqui me posto na posição
6062 de aprender continuamente. Lamento muito, embora compreenda, que a eminente Ministra Ellen Gracie,
6063 que antecipou o seu voto na sessão em que pedi vista, não tenha tido a oportunidade de acompanhar
6064 detalhadamente o voto que proferi. Não seria eu leviano de trazer a esta Corte alguma informação de
6065 natureza científica que não estivesse embasada em lastro de pesquisa, com todo o cuidado, com toda a
6066 tranquilidade e com toda a certeza possível, em matéria de ciência. Procurei ontem, tomando até tempo
6067 demasiado da Corte, fundamentar o meu voto na perspectiva que me pareceu mais correta. E
6068 compreendo que a Ministra Ellen Gracie, diante daquela fundamentação, tenha sentido necessidade de
6069 complementar as razões do voto que apresentou na primeira sessão. Todavia, peço licença a Sua
6070 Excelência para repelir, de maneira muito enérgica, mas com muito afeto, qualquer afirmação que possa
6071 ter levantado dúvida no que concerne à informação científica que trouxe, não apenas dos cientistas com
6072 os quais eu tive o privilégio de contactar pessoalmente como, de igual modo, daqueles que,
6073 lamentavelmente, só mesmo por via de comunicação eu pude também contactar. Mas, sem dúvida, eu
6074 terei enorme prazer em ceder à eminente Ministra EllenGracie o meu voto para que Sua Excelência possa
6075 constatar que a alternativa que propus não foi uma alternativa que existisse apenas numa perspectiva de
6076 probabilidade. Foi uma alternativa que existe em concreto, com pesquisas realizadas, com resultados
6077 constatados, se bem que, como todos os resultados de ciência, tenha eu destacado e até mesmo
6078 procurado listar os esforços que foram realizados nesta matéria com resultados que se vão confirmando
6079 ao longo do tempo. Mas, sob nenhum aspecto, por isso usei a expressão “repelir energicamente”, pude
6080 trazer a esta Corte, em respeito até mesmo aos seus Membros, qualquer informação que não estivesse
6081 embasada criteriosamente nos dados que obtive. Por fim, ainda pedindo desculpas por tomar o tempo
6082 desta Corte, mas mantendo-me fiel à posição que adotei, entendo que ela está lastreada suficientemente
6083 e que não necessita de maior explanação. Todos aqueles que desejarem certamente terão acesso ao voto
6084 que proferi, sempre respeitando, como o faço, as posições contrárias, porque esta Corte não pode ter a

6085 pretensão de decidir sempre à unanimidade. Não me preocupam, sob nenhum ângulo e de nenhuma
6086 forma, as interpretações que possam surgir a respeito do voto de cada um de nós, seja pela imprensa,
6087 seja pelos cientistas, seja pelos advogados, porque isso faz parte do jogo democrático, faz parte da
6088 sociedade plural. E nós temos, necessariamente, obrigação moral, para não dizer uma obrigação ética,
6089 que é superior, de respeitar essas opiniões, de respeitar essas interpretações, porque é através dessas
6090 interpretações e dessas opiniões que nós vamos construindo uma sociedade mais livre, mais justa, na qual
6091 as pessoas possam realizar, na integralidade da sua natureza, a bem-aventurança desse dom da vida.
6092 Portanto, Senhor Presidente, era apenas esse registro que gostaria de fazer no alvorecer desta sessão.
6093 Agradeço a Vossa Excelência.

6094 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, sem mais tomar o tempo do Plenário, mas creio que
6095 comecei a minha manifestação exatamente dizendo que lamentava não poder aderir à divergência
6096 inaugurada pelo Ministro Carlos Alberto Direito, cujo voto, de forma alguma, tentei desqualificar. Creio que
6097 Sua Excelência haverá de me fazer justiça. Apenas mencionei o fato de que – pareceu-me assim – a
6098 estrutura das condicionantes colocadas por Vossa Excelência partia do pressuposto de que existe essa
6099 possibilidade, possibilidade esta de utilização sem destruição do blastocisto. E Vossa Excelência – prestei
6100 muita atenção ao voto de Vossa Excelência – até comparava este fato à doação de órgãos. Então, esta
6101 possibilidade que, ao que me parece, salvo melhor juízo, é utilizada por apenas um único grupo de
6102 cientistas no mundo inteiro, poderá no futuro, quem sabe, com o desenvolvimento da ciência, com o
6103 desenvolvimento destas pesquisas, cuja continuidade talvez a Casa hoje autorize, venha a se tornar
6104 prevalecente. Mas, no momento, é apenas a pesquisa realizada por um único grupo de cientistas.

6105 O Sr. Ministro Menezes Direito: Vossa Excelência me perdoe mais uma vez, não é não. São duas as
6106 hipóteses que foram postas, e talvez Vossa Excelência não tenha acompanhado as duas hipóteses. Eu me
6107 referi, primeiro, ao conceito de embrião inviável, e utilizei este conceito num dos termos postos pelo
6108 decreto regulamentar. Quanto ao outro, eu fiz referência à utilidade possível, que é realizada pelas
6109 diversas clínicas de reprodução assistida no que concerne ao diagnóstico pré-implantacional. E isso não é
6110 realizado nem por um, nem por dois cientistas; é realizado por todas as clínicas de reprodução assistida
6111 como objeto do processo normal de diagnóstico pré-implantacional. Mas é certo, Senhor Presidente, que
6112 não convém agora reabrirmos esta discussão, porque ela está estampada no voto. Eu apenas fiz o
6113 registro, diante da complementação do voto da eminente Ministra Ellen Gracie nesta sessão, mas
6114 certamente Sua Excelência terá oportunidade de ler na integralidade o meu voto e certamente haverá de
6115 compreender, como é normal nos dissensos, a posição que adotei.

6116 VOTO

6117 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Antes de tudo, registro a valia do pedido de vista formulado pelo Ministro
6118 Menezes Direito. Permitiu a reflexão maior sobre o tema, ensejando, já agora, o término do julgamento. A
6119 iniciativa mostrou-se regimental e harmônica com o interesse coletivo no que repousa na segurança dos
6120 pronunciamentos do Supremo, porquanto, decidida a matéria, não há órgão judicante capaz de revisá-la.
6121 Quanto ao voto de Sua Excelência, sempre vejo com restrições a denominada interpretação conforme à
6122 Constituição. É que há o risco de, a tal título, redesenhar-se a norma em exame, assumindo o Supremo –
6123 contrariando e não protegendo a Constituição Federal – o papel de legislador positivo. Em síntese, a
6124 interpretação conforme pressupõe texto normativo ambíguo a sugerir, portanto, mais de uma
6125 interpretação, e ditame constitucional cujo alcance se mostra incontroverso. Essas premissas não se fazem
6126 presentes. Também não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é órgão de
6127 aconselhamento. Em processo como este, de duas, uma: ou declara a constitucionalidade ou a
6128 inconstitucionalidade, total ou parcial, do ato normativo abstrato atacado. Nestes praticamente dezoito
6129 anos de Tribunal, jamais presenciei, consideradas as diversas composições, a adoção desse critério, a
6130 conclusão de julgamento no sentido de recomendar esta ou aquela providência, seja ao Poder Legislativo,
6131 seja ao Executivo, em substituição de todo extravagante. Para efeito de documentação, transcrevo o
6132 artigo da Lei 11.105/2005 – Lei de Biossegurança – atacado por meio desta ação direta de
6133 inconstitucionalidade: (...) Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-
6134 tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no
6135 respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam
6136 embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na
6137 data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de
6138 congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de
6139 pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas
6140 deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
6141 § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o
6142 crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Pinço do dispositivo impugnado certos
6143 requisitos para a realização da pesquisa e da terapia mediante o uso de células-tronco embrionárias: 1.
6144 Haver embriões humanos produzidos por fertilização in vitro não utilizados. 2. Tratar-se de embriões
6145 inviáveis ou estarem os embriões congelados há três anos ou mais na data da publicação da lei ou, se já
6146 congelados em tal data, após completarem três anos de congelamento. 3. Existir o consentimento
6147 daqueles que forneceram o material. 4. Submeterem as instituições de pesquisa e serviços de saúde os

6148 respectivos projetos, com vistas à aprovação, a comitês de ética em pesquisa. 5. Não ocorrer a
6149 comercialização do material biológico, configurado, no caso de inobservância da lei, tipo penal. Ante tais
6150 requisitos, cabe indagar, simplesmente, onde reside a ofensa do citado artigo 5º à Carta Federal a ponto
6151 de levar à declaração de inconstitucionalidade. Mas, até mesmo em respeito a ópticas diversas, à atuação
6152 do então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, ao ajuizar esta ação, cum-pre a análise do
6153 tema. Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos
6154 princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco
6155 importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico,
6156 valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com
6157 o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo de disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do
6158 legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e
6159 oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de
6160 certa lei – e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro
6161 exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No
6162 caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados
6163 votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade. No tocante à questão do início da vida, não existe
6164 balizamento que escape da perspectiva simplesmente opinativa. É possível adotar vários enfoques, a
6165 saber: a) o da concepção; b) o da ligação do feto à parede do útero; c) o da formação das características
6166 individuais do feto; d) o da percepção pela mãe dos primeiros movimentos; e) o da viabilidade em termos
6167 de persistência da gravidez; f) o do nascimento. Os filósofos da antiguidade e Santo Agostinho revelaram
6168 ópticas diversas. Aqueles acreditavam que o embrião ou o feto não se mostrava formado senão após
6169 quarenta dias da concepção no caso masculino e entre oitenta e noventa dias no caso feminino. O
6170 pensamento de Aristóteles derivava da teoria dos três estágios da vida: vegetal, animal e racional. O
6171 estágio vegetal era alcançado na concepção, o animal na animação – quando incorporada a alma – e o
6172 racional logo após o nascimento com vida. Essa teoria passou a ser aceita pelos primeiros pensadores
6173 cristãos. O debate teológico refletiu-se nos escritos de Santo Agostinho, que traçava distinção entre
6174 embryo inanimatus, quando não presente a alma, e embryo animatus, portanto o já animado. Tal
6175 enfoque, acredita-se, teria origem na interpretação emprestada a versículo do livro bíblico Êxodo, cuja
6176 autoria é atribuída a Moisés: Êxodo 21:22 Se alguns homens brigarem, e um ferir uma mulher grávida, e
6177 for causa de que aborte, não resultando, porém, outro dano, este certamente será multado, conforme o
6178 que lhe impuser o marido da mulher, e pagará segundo o arbítrio dos juízes; Êxodo 21:23 mas se resultar
6179 dano, então darás vida por vida, Êxodo 21: 24 olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé,

6180 Êxodo 21:25 queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe. Nota-se que haveria punição
6181 diferente para a hipótese de aborto se comparada à ocorrência de outro dano. O certo é que se encontra,
6182 nos escritos de Santo Roe v. Wade, 410 U.S. 113, 133 (1973). Agostinho, a visão de que poderes
6183 humanos não podem determinar o ponto, durante o desenvolvimento do feto, em que a mudança crítica
6184 ocorre, ou seja, o feto adquire a alma. Houvesse a necessidade de abordar tema que não está em pauta –
6185 o aborto –, poder-se-ia citar a possibilidade de sobrevivência do feto – inconfundível com o embrião – sob
6186 o ângulo científico. Nessa perspectiva, a Suprema Corte americana, no controverso caso Roe versus
6187 Wade, decidido em 1973, estabeleceu que a viabilidade se dá a partir de vinte e oito semanas, podendo
6188 ocorrer até com vinte e quatro semanas. Em síntese, para efeito de proteção da vida em potencial, a
6189 Suprema Corte americana assentou que o ponto revelador de interesse obrigatório a ser protegido surge
6190 com a capacidade do feto de sobreviver fora do útero. Considerou, sim, a presença do interesse em
6191 garantir a saúde materna antes desse período, autorizando a realização do aborto apenas nos três
6192 primeiros meses de gravidez, pois, a partir desse momento, a intervenção faz-se mais perigosa que o
6193 próprio parto. Vale frisar que esse precedente tornou irrelevante a discussão, na América, sobre a
6194 constitucionalidade da pesquisa em células-tronco em face de suposta transgressão ao direito à vida,
6195 havendo tão somente questionamentos sobre o financiamento público federal em tal campo. No caso
6196 concreto, não está envolvida a denominada viabilidade. Em primeiro lugar, o art. 5º da Lei 11.105/2005
6197 versa sobre o uso de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, não cogitando de
6198 aproveitamento daqueles fecundados naturalmente no útero. Em segundo lugar, a lei – contendo
6199 inúmeras cláusulas acauteladoras e até mesmo proibitivas, como é o caso da referente à clonagem –
6200 condiciona a pesquisa a embriões não utilizáveis no procedimento de inseminação. É bem explícita ao
6201 considerar apenas os inviáveis e os congelados há três anos, ao prever o consentimento dos fornecedores
6202 dos óvulos e dos espermatozóides e ao proibir a comercialização, versando diversos tipos penais. A
6203 viabilidade, ou não, diz diretamente com a capacidade de desenvolver-se a ponto de surgir um ser
6204 humano. Ora, está-se diante de quadro peculiar a afastar tal resultado. Levem em conta, para tanto, a
6205 existência do embrião in vitro, e não no útero, e, mais, a constatação da inviabilidade de uso considerada
6206 a destinação inicial. Soma-se a essa limitação o necessário consentimento daqueles que forneceram o
6207 material, os elementos, ficando assim descartada, seja sob o ângulo da utilidade, seja sob o da vontade
6208 do casal, a possibilidade de implantação no útero. Vale dizer que, na prática, ocorre a fecundação de
6209 vários óvulos, mantendo-se banco próprio para fazer frente ao insucesso da inseminação. Verificando-se o
6210 contrário – e a realidade tem-se mostrado extremada no que gerados gêmeos, trigêmeos, quadrigêmeos –
6211 , os óvulos que sobejam acabam desprezados, dando-se-lhes o destino do lixo, já que dificilmente quem

6212 de direito delibera por implantá-los em terceira pessoa. Então, quer pela passagem do tempo sob o estado
6213 de congelados, quer considerada a decisão dos que forneceram o material, os embriões jamais virão a se
6214 desenvolver, jamais se transformarão em feto, jamais desaguarão no nascimento. A propósito, expressivas
6215 são as palavras do biólogo David Baltimore, ganhador de prêmio Nobel, ao emitir opinião sobre a
6216 discussão ora submetida a este Tribunal: Não sei falar a respeito do aspecto jurídico do assunto, mas do
6217 ponto de vista científico é uma discussão sem sentido. Afinal, os embriões humanos foram descartados
6218 porque o casal já teve o número de filhos que queria ou por qualquer outra razão. O fato é que os
6219 embriões serão destruídos de qualquer modo. A questão é saber se serão destruídos fazendo o bem a
6220 outras pessoas ou não. A meu ver, a resposta é óbvia. No tocante ao aspecto constitucional e considerado
6221 o direito à vida, expressou-se José Afonso da Silva, para quem as pesquisas não podem ser interrompidas:
6222 Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de
6223 ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser
6224 dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não
6225 será considerada apenas no seu sentido biológico, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua
6226 riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente
6227 sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção
6228 (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade,
6229 deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e
6230 incessante contraria a vida. Cito este trecho de José Afonso da Silva para revelar o descompasso entre a
6231 situação concreta versada no artigo em comento da Lei de Biossegurança e aquela outra que pode
6232 resultar, sem interferências estranhas, em uma vida. No enfoque biológico, o início da vida pressupõe não
6233 só a fecundação do óvulo pelo espermatozóide como também a viabilidade antes referida, e essa inexistência
6234 sem a presença do que se entende por gravidez, ou seja, gestação humana. Assentar que a Constituição
6235 protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos
6236 permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro –, o que se dirá quando se
6237 trata de fecundação in vitro, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em
6238 nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do
6239 feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de
6240 direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que
6241 digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca
6242 ox carbônica com o meio ambiente. Por isso mesmo, o pró-reitor de graduação da Universidade Federal de
6243 São Paulo e presidente da Federação de Sociedade de Biologia Experimental, o médico Luiz Eugenio Mello,

ressaltou: Um embrião produzido em laboratório, sem condições para implantação em um útero de uma mulher, ou nos termos da lei, um embrião inviável, que seria descartável, não é uma pessoa humana. Se, de um lado, é possível dizer que a criminalização do aborto compele a grávida a gerar o filho concebido, concebido naturalmente mesmo contra a respectiva vontade, ficando com isso enfatizado na legislação de regência o interesse do nascituro –, de outro, não se pode imaginar estejam os fornecedores dos óvulos e dos espermatozoides obrigados a dar conseqüências a esses atos, chegando a forçar a mulher a gerar todos os embriões fecundados artificialmente, potencializando, a mais não poder, o ato de vontade inicial. Caminhar em tal sentido – isso para não se levar em conta o destino dos óvulos fecundados que tenham sobejado ao êxito da inseminação – é transformar a mulher em verdadeira incubadora, é contrariar-se o planejamento familiar assegurado na Constituição. Em síntese, aqui não se trata de questionar a possibilidade de obrigar uma pessoa – a gestante – a ficar fisicamente conectada a outra, tema a ser discutido, sob o ângulo constitucional, oportunamente, mas de definir o destino dos óvulos fecundados, que fatalmente seriam destruídos e que podem – e devem ser – aproveitados na tentativa, sempre inesgotável, de progresso da humanidade. Vale notar ainda que, no campo da doação de órgãos, inexistia base, na Carta Federal ou em lei, que compila os pais a fazê-la para salvar a vida dos filhos. Contrapõe-se à visão avessa à utilização dos embriões in vitro dado da maior importância considerado até mesmo predicado que transparece em desuso – a solidariedade. É fundamento da República a dignidade da pessoa humana. Ora, o que previsto no art. 5º da Lei 11.105/2005 objetiva, acima de tudo, avançar no campo científico para preservar esse fundamento, para devolver às pessoas acometidas de enfermidade ou às vítimas de acidentes uma vida útil razoavelmente satisfatória. No mundo científico, é voz corrente que as células-tronco não são substituíveis, para efeito de pesquisa, por células-tronco adultas, uma vez que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos, a formar neurônios. Então doenças neuromusculares e o tratamento da medula de alguém que ficou paraplégico ou tetraplégico bem como de acometidos por Parkinson não terão possibilidade de serem alcançados pela pesquisa a partir de células-tronco adultas. Confirmam a entrevista da bióloga Mayana Zatz a seguir referida. Em outras palavras, os valores cotejados não possuem a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo no que, ante material biológico que terá, repito, destino único – o lixo –, seja proibida a utilização para salvar vidas. Quanto preconceito, quanto egoísmo, fazendo lembrar Vieira no Sermão da Quinta-Feira da Quaresma, em 1669: A cegueira que cega cerrando os olhos não é a maior cegueira; a que cega deixando os olhos abertos, essa é a mais cega de todas. Sob esse aspecto, faz-se necessário ter presente passagem de obra de Márcio Fabri dos Anjos: A ética não se nutre simplesmente da ordem colocada, mas de objetivos e finalidades segundo os quais a ordem se refaz para garantir o processo humano. A óptica dos contrários às

[JC300] Comentário: 6.1

6276 pesquisas não merece prosperar, distanciando-se de noção humanístico-racional. Sob o ângulo prático,
6277 sob o ângulo do tratamento igualitário, tão próprio a sociedade que se diga democrática, a conclusão
6278 sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º em análise prejudicará, justamente, aqueles que não têm
6279 condições de buscar, em outro centro no qual verificado o sucesso de pesquisas com células-tronco, o
6280 tratamento necessário. Será que tudo isso interessa à sociedade brasileira? Trago, para ilustrar,
6281 informações sobre o assunto, relativamente a diversos países – cujos nomes estão em ordem alfabética –,
6282 veiculadas em sítios na internet: África do Sul – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a
6283 clonagem terapêutica. É o único país africano com legislação a respeito. Alemanha – Permite a pesquisa
6284 com linhagens de células-tronco existentes e sua importação, mas proíbe a destruição de embriões.
6285 Austrália – Lei aprovada em dezembro de 2006 permite o clone terapêutico, a união do DNA de células da
6286 pele em ovos para produzir células-tronco, também conhecidas como células-mestre, capazes de produzir
6287 todos os tecidos do corpo humano. Os embriões clonados não podem ser implantados no útero e precisam
6288 ser destruídos em 14 dias. Em 2002, o Parlamento autorizou os cientistas a extrair células-tronco de
6289 embriões divididos para fertilização in vitro, mas baniu a clonagem de células. China – Permite todas as
6290 pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Cingapura – O país se proclamou como um
6291 centro internacional para a pesquisa em células-tronco, atraindo cientistas de diversas partes do mundo,
6292 incluindo os cientistas britânicos que clonaram a ovelha Dolly. São fornecidos incentivos robustos para a
6293 pesquisa em células-tronco, incluindo a clonagem de embriões humanos. Coreia do Sul – Permite todas as
6294 pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Espanha – Em maio de 2006, o Parlamento
6295 votou para expandir o número de embriões disponíveis para a pesquisa em células-tronco, de forma a
6296 incluir qualquer congelado até 14 dias da concepção. Antes, os pesquisadores apenas poderiam usar os
6297 embriões congelados anteriormente a julho de 2003. A lei também permite aos pais de crianças com
6298 doenças incuráveis a conceberem novos embriões e escolherem um saudável para servir como doador de
6299 tecidos, em casos em que todos os demais tratamentos falharam. Estados Unidos – Proíbe a aplicação de
6300 verbas do governo federal a qualquer pesquisa envolvendo embriões humanos – a exceção é feita para 19
6301 linhagens de células-tronco derivadas antes da aprovação da lei norte-americana. Mas Estados como a
6302 Califórnia permitem e patrocinam esse tipo de pesquisa – inclusive a clonagem terapêutica. França – Não
6303 tem legislação específica, mas permite a pesquisa com linhagens existentes de células-tronco embrionárias
6304 e com embriões de descarte. Índia – Proíbe a clonagem terapêutica, mas permite as outras pesquisas.
6305 Israel – Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Itália – Proíbe
6306 totalmente qualquer tipo de pesquisa com células-tronco embrionárias humanas e sua importação. Japão–
6307 Permite todas as pesquisas com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Mas a burocracia para

6308 obtenção de licença de pesquisa é tão grande que limita o número de pesquisas. México – Único país
6309 latino-americano além do Brasil que possui lei permitindo o uso de embriões. A lei mexicana é mais liberal
6310 do que a brasileira, já que permite a criação de embriões para pesquisa. Reino Unido – Tem uma das
6311 legislações mais liberais do mundo e permite a clonagem terapêutica. Rússia – Permite todas as pesquisas
6312 com embriões, inclusive a clonagem terapêutica. Suíça – Os eleitores aprovaram a pesquisa em célula-
6313 tronco embrionária mediante um referendo nacional ocorrido em novembro de 2004, autorizando apenas
6314 o uso de células-tronco embrionárias não utilizadas em processo de fertilização in vitro. A lei proíbe a
6315 clonagem humana e a criação de embriões para a pesquisa em células-tronco. Turquia – Permite pesquisas
6316 e uso de embriões de descarte, mas proíbe a clonagem terapêutica (como o Brasil). No Brasil, pesquisa
6317 efetuada em janeiro último pelo Instituto Ibope revelou o pensamento da população – e este deve ser
6318 sopesado neste julgamento. O índice dos que se manifestaram em apoio ao uso de células-tronco
6319 embrionárias – desconsiderada a parcela dos que não opinaram – chegou a 95%. Relembro o que
6320 consignei no exame da ADPF 54-8-QO/DF, quando o Plenário veio a mitigar a medida acauteladora
6321 deferida, que implicara o afastamento da glosa penal quanto à gestante e ao pessoal médico no caso de
6322 interrupção de gravidez de feto anencéfalo: A questão, a partir de 1º de julho de 2004, data em que
6323 concedida a medida acauteladora no processo, movimentou, como não tinha acontecido jamais com
6324 qualquer tema submetido ao Judiciário – salvo, agora, relativamente à possibilidade de pesquisa em
6325 células-tronco –, os mais diversos segmentos da sociedade brasileira. Muitos foram os artigos publicados,
6326 pró e contra o pedido formulado, variando as opiniões conforme as concepções técnicas, religiosas e
6327 morais. Tal como nas cortes constitucionais estrangeiras, o tema alusivo à vida, seja qual for o ângulo – o
6328 da pena capital, o do aborto, o da eutanásia e o da interrupção da gravidez, ante a deformidade
6329 inafastável inviabilizadora da própria vida –, vem sendo alvo, no Brasil, de enorme expectativa. Frisei que
6330 os olhos da nação voltavam-se ao Supremo Tribunal Federal – e permanecem voltados – e este há de se
6331 pronunciar quer em um sentido, quer em outro, evitando a insegurança jurídica, a grande perplexidade
6332 que advém de teses díspares sobre a matéria. Lembrei que a História é impiedosa, não poupando
6333 posturas reveladoras de atos omissivos. Cumpre a esta Corte a guarda da Constituição Federal e a estar
6334 implementando a todos os títulos, sob as mais diversas ópticas, vindo a julgar improcedente o pleito
6335 formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, mantendo a esperança, sem a qual a vida do
6336 homem torna-se inócua. Bem o disse a pró-reitora de pesquisa e coordenadora do Centro de Estudos do
6337 Genoma Humano da Universidade de São Paulo, professora Mayana Zatz, ao ressaltar que: A terapia com
6338 células-tronco pode ser considerada como o futuro da medicina regenerativa. Entre as áreas mais
6339 promissoras, está o tratamento para diabetes, doenças neuromusculares, como as distrofias musculares

6340 progressivas e a doença de Parkinson. Com as células-tronco, também se poderá promover a regeneração
 6341 de tecidos lesionadas por causas não hereditárias, como acidentes, ou pelo câncer (...). Então, que se
 6342 aguarde o amanhã, não se apagando a luz que no Brasil surgiu com a Lei 11.105/2005. Acompanho o
 6343 Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, e os que o seguiram no voto proferido e julgo improcedente o pedido
 6344 formulado na inicial, assentando a harmonia do art. 5º da lei atacada com a Constituição Federal,
 6345 notadamente com os arts. 1º e 5º da Carta e com o princípio da razoabilidade.

6346 VOTO

6347 O Sr. Ministro Celso de Mello: Em quase 40 anos de atuação na área jurídica, primeiro como membro do
 6348 Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, nunca participei de um
 6349 processo que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento. Este julgamento, que é
 6350 efetivamente histórico, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que
 6351 o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de
 6352 conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que
 6353 esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos dilemas éticos e jurídicos resultantes
 6354 do progresso da ciência e do desenvolvimento da biotecnologia, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em
 6355 análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de
 6356 temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos
 6357 direitos humanos. Ressalto a importância do pedido de vista formulado pelo eminente Ministro MENEZES
 6358 DIREITO, cujo voto, rico, denso e finamente elaborado, e porque dissentindo do pronunciamento do
 6359 eminente Ministro CARLOS BRITTO, permitiu, aos Juízes desta Suprema Corte, ampla reflexão e análise
 6360 responsável sobre as várias questões suscitadas pelo exame do pedido formulado pelo Senhor Procurador-
 6361 Geral da República. Destaco, ainda, Senhor Presidente, a excelência dos magníficos votos proferidos pelos
 6362 eminentes Senhores Ministros quemeprecederam (CARLOS BRITTO, ELLEN GRACIE, MENEZES DIREITO,
 6363 CÁRMEN LÚCIA, RICARDO LEWANDOWSKI, EROS GRAU, JOAQUIM BARBOSA, CEZAR PELUSO e MARCO
 6364 AURÉLIO), que, fundados em estudos sérios e apoiados em muita reflexão, revelara midéias
 6365 respeitabilíssimas e exprimiram a visão de mundo que os orientaram na formulação de suas decisões.
 6366 Relembrando o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, e considerando o alto significado da decisão a ser
 6367 tomada por esta Suprema Corte, tenho presente a grave advertência, por ele então lançada, de que, em
 6368 casos emblemáticos como este, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele
 6369 próprio, "julgado pela Nação" (RTJ63/299, 312). ÍTALO CALVINO, em suas "Seis Propostas para o Próximo
 6370 milênio" (p. 72, 1990, Companhia das Letras), formula observação que me parece apropriada para

[JC301] Comentário: 4 . 4

6371 iluminar o caminho e alimentar a reflexão de todos os que participam deste julgamento: “Não me
 6372 interessa aqui indagar se as origens dessa epidemia devam ser pesquisadas na política, na ideologia, na
 6373 uniformidade burocrática, na homogeneização das ‘mass media’ ou na difusão acadêmica de uma cultura
 6374 média. O que me interessa são as possibilidades de salvação”(grifei). Daí porque o eminente Professor
 6375 JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“Problemas Jurídicos da Reprodução Assistida”, “in” Revista Forense, vol.
 6376 328/80 e seguintes), tendo presente o desenvolvimento da ciência, assinala que nos sentimos no direito
 6377 de reformular o sistema porque o direito é fato, norma e valor. Alterado, radicalmente, o fato, a norma
 6378 não pode deixar de sofrer alteração à luz dos valores. Não questiono a sacralidade e a inviolabilidade do
 6379 direito à vida. Reconheço, ainda, para além da adesão a quaisquer artigos de fé, que o direito à vida reveste-
 6380 se, em sua significação mais profunda, de um sentido de inegável fundamentalidade, não importando os
 6381 modelos políticos, sociais ou jurídicos que disciplinem a organização dos Estados, pois – qualquer que seja
 6382 o contexto histórico em que nos situemos – “o valor incomparável da pessoa humana” representará,
 6383 sempre, o núcleo fundante e eticamente legitimador dos ordenamentos estatais. **Ressalto, ainda, por**
 6384 **irrecusável, a essencialidade que assume, em nosso sistema jurídico, como fator estruturante do**
 6385 **ordenamento estatal, a dignidade da pessoa humana.** Com efeito, **o postulado da dignidade da pessoa**
 6386 **humana – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – representa significativo**
 6387 **vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional**
 6388 **vigente em nosso País e traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós,**
 6389 **a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. É certo,**
 6390 **ainda, que a presente controvérsia jurídica, mesmo que impregnada de evidente interdisciplinaridade**
 6391 **temática, não pode nem deve ser reconhecida como uma disputa entre Estado e Igreja, entre poder**
 6392 **secular e poder espiritual, entre fé e razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos. Na realidade,**
 6393 **o debate em torno da utilização das células-tronco embrionárias não pode ser reduzido à dimensão de**
 6394 **uma litigiosidade entre o poder temporal e o poder espiritual, pois o sistema jurídico brasileiro estabelece,**
 6395 **desde o histórico Decreto 119-A, de 7-1-1890, elaborado por RUI BARBOSA e DEMÉTRIO RIBEIRO, então**
 6396 **membros do Governo Provisório da República, a separação entre Estado e Igreja, com afastamento do**
 6397 **modelo imperial consagrado na Carta monárquica de 1824, que proclamava o catolicismo como religião**
 6398 **oficial do Estado brasileiro. Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da**
 6399 **organização institucional do Estado brasileiro, representando, nesse contexto, uma decisão política**
 6400 **fundamental adotada pelos Fundadores da República, cuja opção – consideradas as circunstâncias**
 6401 **históricas então presentes – teve em perspectiva a desgastante experiência proporcionada pela Carta**
 6402 **Política do Império do Brasil, notadamente aquela resultante do gravíssimo conflito que se instaurou entre**

[JC302] Comentário: 4.1 – PDPH
 como norma estruturante do
 ordenamento estatal.

[JC303] Comentário: 1 – PDPH
 centro do ordenamento.

6403 o Estado monárquico brasileiro e a Igreja Católica Romana, a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia
6404 epíscopo-maçônica (1872-1875), que opôs o trono imperial ao altar católico. A laicidade do Estado,
6405 enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe a separação entre Igreja e
6406 Estado, não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente no direito de professar ou de não
6407 professar qualquer confissão religiosa), como assegura absoluta igualdade dos cidadãos em matéria de
6408 crença, garantindo, ainda, às pessoas, pleniliberdade de consciência e de culto. o conteúdo material da
6409 liberdade religiosa compreende, na abrangência de seu significado, aliberdade de crença (que traduz uma
6410 das projeções da liberdade de consciência), liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa,
6411 querepresentam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria configuração da idéias de
6412 democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao
6413 pluralismo. Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema
6414 jurídico, impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre
6415 Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre,
6416 uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou
6417 secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa
6418 revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal,
6419 proibido, ainda, ao Estado, o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos ou em razões
6420 de ordem confessional ou, ainda, em artigos de fé, sendo irrelevante – em face da exigência constitucional
6421 de laicidade do Estado – que se trate de dogmas consagrados por determinada religião considerada
6422 hegemônica no meio social, sob pena de concepções de certa denominação religiosa transformarem-se,
6423 inconstitucionalmente, em critério definidor das decisões estatais e da formulação e execução de políticas
6424 governamentais. o fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito
6425 não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-
6426 compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder,
6427 quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias
6428 convicções religiosas. Vale referir, neste ponto, o preciso magistério de DANIEL SARMENTO ("Legalização
6429 do Aborto e Constituição", "in" "Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a
6430 Perspectiva dos Direitos Humanos", p. 3/51, p. 26/27, 2007, Lumen Juris): A Constituição de 88 não se
6431 limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além,
6432 consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, queim põe aos poderes públicos
6433 uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...). A laicidade do
6434 Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada

6435 religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e
6436 envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e
6437 para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera
6438 pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de
6439 aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade
6440 do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé –
6441 ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de
6442 imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções
6443 morais que lhes são subjacentes. Com efeito, uma das características essenciais das sociedades
6444 contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões
6445 diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções
6446 morais filosóficas díspares ou até antagônicas. E, hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas
6447 escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do
6448 seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na
6449 sociedade, nem tampouco para estigmatizar os “outsiders”. Como expressou a Corte Constitucional alemã,
6450 na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas
6451 públicas, “um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas
6452 devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença
6453 religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer
6454 relevância”. (...) o princípio majoritário (...) não é outra coisa se não a transplantação para o cenário
6455 político-institucional da idéias de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas
6456 como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e
6457 consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas,
6458 que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa
6459 ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar. (Grifei.) Em matéria confessional,
6460 portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a
6461 preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa. Não
6462 podemos ignorar que as liberdades públicas do pensamento são prerrogativas constitucionais essenciais,
6463 cujo respeito efetivo, por parte do Estado e de seus agentes, qualifica-se como pressuposto necessário à
6464 própria legitimação substancial do regime democrático. A livre expressão e divulgação de idéias não deve
6465 ser impedida pelo Estado, especialmente se se considerar que o pluralismo de idéias, enquanto
6466 fundamento desta República, revela-se subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito,

6467 consoante prescreve o art. 1º da Constituição do Brasil. Naverdade, a nossa Lei Fundamental proclama –
6468 em norma plenamente compatível com a natureza democrática do regime político que hoje caracteriza o
6469 Estado brasileiro – a liberdade de manifestação do pensamento, assegurando, em consequência, a livre
6470 expressão e transmissão de idéias, inclusive aquelas de caráter religioso ou as de índole não confessional,
6471 sem a possibilidade de qualquer interferência prévia do aparelho estatal, seja para favorecer, seja para
6472 coarctar o exercício da liberdade religiosa. O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais.
6473 Ao Estado é indiferente o conteúdo das idéias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser
6474 pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interditá-las ou
6475 censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente
6476 estranho às atividades estatais. É por essa razão, Senhor Presidente, que cabe desta cara relevantíssima
6477 circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso
6478 e conhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica – que busquem atribuir
6479 densidade teórica a idéias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa – estão, necessariamente,
6480 fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da
6481 liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às
6482 doutrinas confessionais em geral. A separação constitucional entre Estado e Igreja, desse modo, além de
6483 impedir que o Poder Público tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer denominação
6484 religiosa, objetiva resguardar duas (2) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar,
6485 de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, de outro, que
6486 grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em
6487 razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de
6488 diretrizes religiosas. Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que
6489 ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional, tal como acertadamente assinalou o
6490 eminente Relator da causa. O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em
6491 exame é aquele que se fundamenta no texto da Constituição e das leis da República e que se revela
6492 informado por razões de ordem eminentemente social e de natureza pública, estimuladas pela
6493 necessidade de desenvolvimento das pesquisas científicas em nosso País, e mordema viabilizar o domínio
6494 de técnicas que permitam manejo e a utilização de terapias celulares, com células-tronco embrionárias,
6495 destinadas ao tratamento de doenças ou de alterações degenerativas. Tenho para mim, considerados os
6496 aspectos que venho de referir, que se mostra relevante rememorar, neste ponto, alguns fragmentos que
6497 compõem documento elaborado por Grupo de Trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências,
6498 constituído pelos Professores Doutores MAYANA ZATZ, do Instituto de Biociências da USP, MARCO

6499 ANTONIO ZAGO, da Faculdade de Medicina da USP, e ANTONIO CARLOS CAMPOS DE CARVALHO, do
6500 Instituto de Biofísica "Carlos Chagas Filho" da Universidade Federal do Rio de Janeiro: o Procurador-
6501 GeraldaRepública interpôs perante o Supremo Tribunal Federal a ADI 3510 impugnando o artigo 5º e
6502 parágrafos da Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. Sua tese central é que a vida humana acontece na,
6503 e a partir da fecundação, sustentando que o referido preceito desrespeita a inviolabilidade do direito à
6504 vida e a **dignidade da pessoa humana**. Para apoiar essa conclusão o Procurador-Geral toma por base
6505 argumentos da biologia, da embriologia e da medicina, fundamentando-se em opiniões que sustentam
6506 que existe evidência científica de que a) a vida individual inicia-se com a fecundação, b) a pesquisa com
6507 células-tronco adultas é mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias, c) a
6508 existência na Alemanha de uma lei de proteção do embrião que proíbe a derivação de linhagens de células
6509 -tronco embrionárias (embora permita a pesquisa com células da mesma natureza que sejam importadas).
6510 O Grupo de Trabalho designado pela Academia Brasileira de Ciências decidiu, pois, restringir sua atenção
6511 a esses três tópicos retro citados, abstendo-se de analisar em profundidade a grande potencialidade
6512 dessas células para pesquisa médica e biológica e para terapêutica de doenças humanas. Início da vida
6513 individual 1. Não se trata propriamente do momento do "início da vida individual", mas sim em que
6514 momento do ciclo vital a sociedade decide dar ao ente biológico o "status" de indivíduo (pleno ou
6515 potencial), que passa então a merecer do Estado a proteção de sua integridade. Essa não é uma questão
6516 científica biológica, mas sim filosófica e moral, definida arbitrariamente pela legislação de cada país em
6517 consonância com os costumes (cultura) da população. É de esperar, pois, que seja variável segundo o
6518 local e o tempo. Por analogia, o mesmo ocorre com a morte. A definição do momento da morte individual
6519 varia, segundo a evolução da medicina (O conceito de "morte cerebral", por exemplo, que permite retirar
6520 órgãos de um indivíduo cujo coração e pulmão estejam funcionando, é bastante recente na história da
6521 humanidade). (...) 3. É certo que o início do desenvolvimento embrionário ocorre com a fecundação.
6522 Neste ponto forma-se um novo "genoma" pela fusão de metade do patrimônio genético materno e metade
6523 paterna. No entanto, essa célula ovo, e mesmo o blastocisto que daí deriva, está muito longe de ser algo
6524 semelhante a um ser humano. Contrariamente ao argumento do Dr. Demerval Brandão inserido na ADI
6525 3510 "O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa", há
6526 enormes diferenças qualitativas entre esse conjunto de células e o organismo adulto. Em particular, esse
6527 conjunto de células está muito longe de ter qualquer primórdio de atividade neural que caracteriza os
6528 animais evoluídos, e está muito distante ainda do momento em que terá qualquer início de atividade
6529 cerebral superior que caracteriza os animais mais evoluídos. Trata-se de um conjunto de células que, do
6530 ponto de vista biológico, não se distingue de uma cultura ou uma colônia de células de animais ou plantas.

[JC304] Comentário: 4.1

6531 Sua característica mais importante é a de poder, em condições apropriadas, dar origem a todos os
6532 diferentes tecidos que compõem o organismo adulto. Mais especificamente, se houver condições
6533 adequadas de implantação em útero, elas podem dar origem a um feto e eventualmente a um indivíduo
6534 adulto. 4. Porisso, a potencialidade de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada
6535 irremediavelmente por uma condição "sine qua non": a implantação "in útero". Pode-se afirmar, pois, que
6536 "o ovo fecundado (ou embrião em fase inicial de desenvolvimento) somente poderá ser considerado um
6537 ser humano em potencial, se tiver a possibilidade de ser implantado em útero". um ovo ou embrião que
6538 não tem a possibilidade de ser implantado em útero não é um ser humano potencial (...). A necessidade
6539 de pesquisas com células-tronco embrionárias Há necessidade de pesquisas com células-tronco
6540 embrionárias? Não basta utilizar células-tronco adultas? 1. Dentre os argumentos apresentados na ADIn
6541 3510, o Procurador-Geral da República usa declarações do Professor Garcia-Olmo que induzem a uma
6542 falsa idéia de que as terapias com células-tronco adultas já teriam alcançado a comprovação científica de
6543 sua eficácia. É necessário enfatizar que a única forma de tratamento com células-tronco adultas de
6544 eficiência comprovada e amplamente utilizada em medicina é o transplante de células-tronco
6545 hematopoéticas, popularmente conhecida como "transplante de medula óssea". Todas as demais terapias
6546 com células-tronco adultas são ainda experimentais, o que significa dizer que se encontram em fase de
6547 pesquisa para atestar sua segurança, exequibilidade, ou eficácia. As evidências científicas atualmente
6548 disponíveis não permitem afirmar que o transplante de células-tronco adultas de medula óssea trará
6549 benefícios para pacientes portadores de outras doenças, além daquelas que hoje são tratadas
6550 regularmente com transplante de medula óssea. 2. Do mesmo modo é necessária extrema cautela na
6551 interpretação dos resultados obtidos pelo grupo da Professora Catherine Verfaillie, que teria identificado
6552 uma diminuta população de células-tronco da medula óssea adulta com propriedades semelhantes às das
6553 células-tronco embrionárias. A destacar inicialmente o contraditório de que para validar esta descoberta
6554 seria necessário estudar as células-tronco embrionárias humanas, objeto da contestação feita pela
6555 presente ADI (...). (...) 3. obviamente, os cientistas brasileiros, como outros de vários países, continuam
6556 pesquisas buscando isolar um tipo de célula-tronco pluripotencial (semelhante à célula-tronco
6557 embrionária) em adultos. A posição das sociedades científicas e dos órgãos de financiamento à pesquisa é
6558 de apoiar essas investigações, mas no momento não há evidências de que esse tipo celular exista em
6559 quantidade e com características que permita substituir as células-tronco embrionárias. Em vista do
6560 volume de trabalho já investido nesta área parece-nos que as perspectivas não são otimistas. 4. As
6561 células-tronco embrionárias têm uma pluripotencialidade que é inconteste e aceita por todos os cientistas
6562 que trabalham na área. Em contraste, há intenso debate na comunidade científica sobre o grau de

6563 plasticidade (ou seja, sua capacidade de diferenciar-se em outros tecidos) de células-tronco adultas de
6564 qualquer origem (medula óssea, cordão umbilical, tecido adiposo, entre outras). Alguns poucos grupos de
6565 pesquisa relataram a existência de células-tronco adultas pluripotentes, enquanto outros – hoje
6566 majoritários – contestam a existência destas células. É neste cenário contraditório que a questão da
6567 pesquisa com células-tronco embrionárias precisa ser considerada e devemos novamente destacar que
6568 mesmo para comprovar a suposta pluripotencialidade das células-tronco adultas será necessário e
6569 indispensável pesquisar com as células-tronco embrionárias. (...). (Grifei.) Em torno da matéria em exame,
6570 Senhor Presidente, há um dado da realidade sumamente importante, que evidencia que as células-tronco
6571 embrionárias possuem genes estáveis, ordinariamente insuscetíveis de sofrer alterações bioquímicas no
6572 curso do processo terapêutico, e que, por efeito de seu potencial ilimitado, permitem inúmeras aplicações,
6573 notadamente no tratamento de acidentes vasculares cerebrais, de diabetes, de doença de Alzheimer, do
6574 mal de Parkinson, do reparo de tecidos lesados, de traumas na medula espinhal, dentre outras
6575 gravíssimas patologias. Note-se, portanto, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu
6576 julgamento em razões eminentemente não religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro,
6577 fundado no pluralismo de idéias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República
6578 essencialmente laica e não confessional, para que não serepita, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico
6579 em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei ("eppur si muove!"),
6580 sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a
6581 propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da
6582 Igreja de Roma. Acontrovérsia constitucional ora em exame também não guarda qualquer vinculação com
6583 o problema do aborto, pois, como bem destacou a ilustre Professora MAYANA ZATZ, "Pesquisar células
6584 embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro.
6585 No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no
6586 embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana
6587 para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e
6588 também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que
6589 se entenda a diferença" (grifei). Ainda que assim alguns não entendam, penso, Senhor Presidente, que
6590 este julgamento impõe, a meu juízo, dentre outros temas, grave reflexão sobre a bioética do começo da
6591 vida, em face, até mesmo, da própria secularização dos valores envolvidos neste processo. É interessante
6592 observar, neste ponto, que são diversas as abordagens em torno da formulação de "um conceito
6593 substantivo sobre a definição bioética do momento exato em que o ser humano se inaugura como ente"
6594 (MIGUEL KOTTOW, "Bioética del Comienzo de la vida. ¿Cuántas veces comienza la vida humana?", "in"

6595 Simpósio Bioética n. 2, vol. 9, 2001). Torna-se correto assinalar, em consequência, que vários podem ser
6596 os inícios da vida humana, tal seja a opção Que se faça por qualquer das formulações teóricas ou teses
6597 que buscam estabelecer conceitos bioéticos sobre o início da vida individual. A esse respeito, e
6598 consideradas as diversas propostas sobre o tema em exame, há diferentes teses científicas que discutem,
6599 cada qual com argumentos próprios, o início da vida, destacando-se, dentre essas várias abordagens,
6600 como observa LETÍCIA DA NÓBREGA CESARINO ("Nas Fronteiras do humano: os debates britânico e
6601 brasileiro sobre a pesquisa com embriões"), as seguintes: Tese marco Inicial Fundamentos Biológicos
6602 Genética Fertilização – encontro do óvulo com o espermatozóide. Com a fecundação, há a formação de
6603 estrutura celular com código genético único. Embriológica 14ºdia – completa-se a nidação (fixação do
6604 embrião na parede do útero) e a formação da linha primitiva (estrutura que dará origem à coluna
6605 vertebral). O embrião configura-se como estrutura propriamente individual: não pode se dividir em dois ou
6606 mais, nem se fundir com outro. Além disso, diferencia-se das estruturas celulares que formarão os anexos
6607 embrionários. Neurológica 8ªsemana – aparecimento das primeiras estruturas que darão origem ao
6608 sistema nervoso central (SNC). 20ªsemana – completa a formação do SNC" per se". Baseada no mesmo
6609 argumento da morte Cerebral: assim como a vida só termina com a parada dos sinais neurológicos, ela
6610 começa com o aparecimento das estruturas nervosas e/ou de seus sinais. Ecológica Entrea 20ª e a 24ª
6611 semanas – completa a formação dos pulmões, última estrutura vital a ficar pronta. Principal
6612 Fundamentação da decisão da Suprema Corte norte-americana autorizando o aborto, refere-se à
6613 capacidade potencial do feto de sobreviver autonomamente fora do útero. Gradualista Não há. Supõe a
6614 continuidade do processo biológico, no qual a vida é concebida como um ciclo. Neste Sentido, a formação
6615 de um indivíduo começa com a dos gametas de seus pais ainda no útero das avós. As divergências a
6616 propósito da definição do início da vida não se registram apenas no campo científico, mas se projetam,
6617 por igual, no domínio filosófico e no âmbito das religiões, como o evidencia um estudo altamente
6618 informativo sobre a questão em análise ("o Primeiro Instante"), realiza do por ELIZA MUTO e LEANDRO
6619 NARLOCH: A história da vida Saber onde começa a vida é uma pergunta antiga. Tão velha quanto a arte
6620 de perguntar – a questão despertou o interesse, por exemplo, do grego Platão, um dos pais da filosofia.
6621 Em seu livro República, Platão defendeu a interrupção da gestação em todas as mulheres que
6622 engravidassem após os 40 anos. Por trás da afirmação estava a idéia de que casais deveriam gerar filhos
6623 para o Estado durante um determinado período. Mas quando a mulher chegasse a idade avançada, essa
6624 função cessava e a indicação era clara: o aborto. Para Platão, não havia problema ético algum nesse ato.
6625 Ele acreditava que a alma entrava no corpo apenas no momento do nascimento. As idéias do filósofo
6626 grego repercutiram durante séculos. Estavam por trás de alguns conceitos que nortearam a ciência na

6627 Roma antiga, onde a interrupção da gravidez era considerada legal e moralmente aceitável. Sêneca, um
6628 dos filósofos mais importantes da época, contou que era comum mulheres induzirem o aborto como
6629 objetivo de preservar a beleza do corpo. Além disso, quando um habitante de Roma se opunha ao aborto
6630 era para obedecer à vontade do pai, que não queria ser privado de um filho a quem ele tinha direito. A
6631 tolerância ao abortonão queria dizer que as sociedades clássicas estavam livres de polêmicas semelhantes
6632 às que enfrentamos hoje. Contemporâneo e pupilo de Platão, Aristóteles afirmava que o feto tinha, sim,
6633 vida. E estabelecia até a data do início: o primeiro movimento no útero materno. No feto do sexo
6634 masculino, essa manifestação aconteceria no 40º dia de gestação. No feminino, apenas no 90º dia –
6635 Aristóteles acreditava que as mulheres eram física e intelectualmente inferiores aos homens e, por isso, se
6636 desenvolviam mais lentamente. Como naquela época não era possível determinar o sexo do feto,
6637 o pensamento aristotélico defendia que o aborto deveriaser permitido apenas até o 40º dia da gestação.
6638 Ateoria do grego Aristóteles sobreviveu cristianismo a dentro. Foi encampada por teólogos fundamentais
6639 do catolicismo, como São Tomás de Aquino e Santo Agostinho, e acabou alçada a tese oficial da Igreja
6640 para o surgimento da vida. E assim foi por um bom tempo – até o ano de 1588, quando o papa Sixto 5º
6641 condenou a interrupção da gravidez, sob pena de excomunhão. Nascia aí a condenação do Vaticano ao
6642 aborto (...). o sucessor de Sixto, Gregório 9º, voltou atrás na lei e determinou que o embrião não formado
6643 não poderia ser considerado ser humano e, portanto, abortar era diferente de cometer um homicídio. Essa
6644 visão perdurou até 1869, no papado de Pio 9º, quando a Igreja novamente mudou de posição. Foi a
6645 solução encontrada para responder à pergunta que até hoje perturba: quando começa a vida? Como
6646 cientistas e teólogos não conseguiam concordar sobre o momento exato, Pio 9º decidiu que o correto
6647 seria não correr riscos e proteger o ser humano a partir da hipótese mais precoce, ou seja, a da
6648 concepção na união do óvulo com o espermatozóide. A opinião atual do Vaticano sobre o aborto, no
6649 entanto, só seria consolidada com a decisão dos teólogos de que o primeiro instante de vida ocorre no
6650 momento da concepção, e que, portanto, o zigoto deveria ser considerado um ser humano independente
6651 de seus pais. “A vida, desde o momento de sua concepção no útero materno, possui essencialmente o
6652 mesmo valor e merece respeito como em qualquer estágio da existência. É inadmissível a sua
6653 interrupção”, afirma dom Rafael Llano Cifuentes, presidente da Comissão Episcopal Pastoral para a Vida e
6654 a Família da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). o catolicismo é das únicas grandes
6655 religiões do planeta a afirmar que a vida começa no momento da fecundação e a equiparar qualquer
6656 aborto ao homicídio. o judaísmo e o budismo, por exemplo, admitem a interrupção da gravidez em casos
6657 como o de risco de vida para a mãe (...). Isso mostra que a idéias de vida e a importância que damos a
6658 ela variam de acordo com culturas e épocas. Até séculos atrás, eram apenas as crenças religiosas e

6659 hábitos culturais que davam as respostas a esse debate cheio de possibilidades. Hoje, aciênciatem muito
6660 mais a dizer sobre o início da vida. A ciência explica O astrônomo Galileu Galilei(1554-1642) passou a vida
6661 fugindo da Igreja por causa de seus estudos de astronomia. Ironicamente, sem uma de suas invenções –
6662 o telescópio, fundamental para a criação do microscópio –, a Igreja não teria como fundamentar a tese de
6663 que a vida começa já na união do óvulo com o espermatozóide. Foi somente no século 17, após a
6664 invenção do aparelho, que os cientistas começaram a entender melhor o segredo da vida. Até então,
6665 ninguém sabia que o sêmen carregava espermatozóides. Mais tarde, por volta de 1870, os pesquisadores
6666 comprovaram que aqueles espermatozóides corriam até o óvulo, o fecundavam e, 9 meses depois, você
6667 sabe. Foi uma descoberta revolucionária. Fez os cientistas e religiosos da época deduzir que a vida
6668 começa com a criação de um indivíduo geneticamente único, ou seja, no momento da fertilização. É
6669 quando os genes originários de duas fontes se combinam para formar um indivíduo único com um
6670 conjunto diferente de genes. (...) Hoje sabemos que não existe um momento único em que acontece a
6671 fecundação. O encontro do óvulo com o espermatozóide não é instantâneo. Em um primeiro momento, o
6672 espermatozóide penetra no óvulo, deixando sua cauda para fora. Horas depois, o espermatozóide já está
6673 dentro do óvulo, mas os dois ainda são coisas distintas. “Atualmente, os pesquisadores preferem enxergar
6674 a fertilização como um processo que ocorre em um período de 12 a 24 horas”, afirma o biólogo americano
6675 Scott Gilbert, no livro *Biologia do Desenvolvimento*. Além disso, são necessárias outras 24 horas para que
6676 os cromossomos contidos no espermatozóide se encontrem com os cromossomos do óvulo. (...) A teoria
6677 da fecundação como início de vida sofre um abalo quando se leva em consideração que o embrião pode
6678 dar origem a dois ou mais embriões até 14 ou 15 dias após a fertilização. Como uma pessoa pode surgir na
6679 fecundação se depois ela se transforma em 2 ou 3 indivíduos? E tem mais complicação. É bem provável
6680 que o embrião nunca passe de um amontoado de células. Depois de fecundado numa das trompas, ele
6681 precisa percorrer um longo caminho até se fixar na parede do útero. Estima-se que mais de 50% dos
6682 óvulos fertilizados não tenham sucesso nessa missão e sejam abortados espontaneamente, expelidos com
6683 a menstruação. Além dessa visão conhecida como “genética”, há pelo menos outras 4 grandes correntes
6684 científicas que apontam uma linha divisória para o início da vida. Uma delas estabelece que a vida humana
6685 se origina na gastrulação – estágio que ocorre no início da 3ª semana de gravidez, depois que o embrião,
6686 formado por 3 camadas distintas de células, chega ao útero da mãe. Nesse ponto, o embrião, que é me-
6687 nor que uma cabeça de alfinete, é um indivíduo único que não pode mais dar origem a duas ou mais
6688 pessoas. Ou seja, a partir desse momento, ele seria um ser humano. Com base nessa visão, muitos
6689 médicos e ativistas defendem o uso da pílula do dia seguinte, medicação que dificulta o encontro do
6690 espermatozóide com o óvulo ou, caso a fecundação tenha ocorrido, provoca descamações no útero que

6691 impedem a fixação do zigoto. Para os que brigam pelo o direito do embrião à vida, a pílula do dia seguinte
6692 equivale a uma arma carregada. Para complicar ainda mais, há uma terceira corrente científica
6693 defendendo que, para saber o que é vida, basta entender o que é morte. E países como o Brasil e os EUA
6694 definem a morte como a ausência de ondas cerebrais. A vida começaria, portanto, com o aparecimento
6695 dos primeiros sinais de atividade cerebral. E quando eles surgem? Bem, isso é outra polêmica. Existem
6696 duas hipóteses para a resposta. A primeira diz que já na 8ª semana de gravidez o embrião – do tamanho
6697 de uma jabuticaba – possui versões primitivas de todos os sistemas de órgãos básicos do corpo humano,
6698 incluindo o sistema nervoso. Na 5ª semana, os primeiros neurônios começam a aparecer; na 6ª semana,
6699 as primeiras sinapses podem ser reconhecidas; e com 7,5 semanas o embrião apresenta os primeiros
6700 reflexos em resposta a estímulos. Assim, na 8ª semana, o feto – que já tem as feições faciais mais ou
6701 menos definidas, com mãos, pés e dedinhos – tem um circuito básico de 3 neurônios, a base de um
6702 sistema nervoso necessário para o pensamento racional. A segunda hipótese aponta para a 20ª semana,
6703 quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, capaz de se sentar de pernas
6704 cruzadas, chutar, dar cotoveladas e até fazer caretas. É nessa fase que o tálamo, a central de distribuição
6705 de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto. Se a menor dessas previsões, a de 8 semanas, for a
6706 correta, mais da metade dos abortos feitos nos EUA não interrompem vidas. Segundo o instituto
6707 americano Allan Guttmacher, ong especializada em estudos sobre o aborto, 59% dos abortos legais
6708 acontecem antes da 9ª semana. Apesar da discordância em relação ao momento exato do início da vida
6709 humana, os defensores da visão neurológica querem dizer a mesma coisa: somente quando as primeiras
6710 conexões neurais são estabelecidas no córtex cerebral do feto ele se torna um ser humano. Depois, a
6711 formação dessas vias neurais resultará na aquisição da “humanidade”. E essa opinião também é partilhada
6712 por alguns teólogos cristãos, como Joseph Fletcher, um dos pioneiros no campo da bioética nos EUA.
6713 “Fletcher acreditava que, para se falar em ser humano, é preciso se falar em critérios de humanidade,
6714 como autoconsciência, comunicação, expressão da subjetividade e racionalidade”, diz o filósofo teólogo
6715 João Batistolle, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. (...) 1. Visão genética A vida humana
6716 começa na fertilização, quando espermatozoide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar
6717 um indivíduo com um conjunto genético único. Assim é criado um novo indivíduo, um ser humano com
6718 direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica. 2. Visão embriológica
6719 A vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque
6720 até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas.
6721 É essa idéia que justifica o uso da pílula do dia seguinte e contraceptivos administrados nas duas
6722 primeiras semanas de gravidez. 3. Visão neurológica - O mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou

6723 seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica no cérebro, ela começa quando o feto apresenta
6724 atividade cerebral igual à de uma pessoa. O problema é que essa data não é consensual. Alguns cientistas
6725 dizem haver esses sinais cerebrais já na 8ª semana. Outros, na 20ª. 4. Visão ecológica - A capacidade de
6726 sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida. Médicos
6727 consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, o que acontece entre a
6728 20ª e a 24ª semana de gravidez. Foi o critério adotado pela Suprema Corte dos EUA na decisão que
6729 autorizou o direito do aborto. 5. Visão metabólica Afirma que a discussão sobre o começo da vida humana
6730 é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente,
6731 espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma
6732 criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural. 1. Catolicismo - A vida começa na
6733 concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em
6734 potencial. Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a
6735 manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de "negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a
6736 vida que nasce é contrário ao amor humano". 2. Judaísmo. A vida começa apenas no 40º dia, quando
6737 acreditamos que o feto começa a adquirir forma humana", diz o rabino Shamaï, de São Paulo. "Antes
6738 disso, a interrupção da gravidez não é considerada homicídio". Dessa forma, o judaísmo permite a
6739 pesquisa com células-tronco e o aborto quando a gravidez envolve risco de vida para a mãe ou resulta de
6740 estupro. 3. Islamismo O início da vida acontece quando a alma é soprada por Alá no feto, cerca de 120
6741 dias após a fecundação. Mas há estudiosos que acreditam que a vida tem início na concepção. Os
6742 muçulmanos condenam o aborto, mas muitos aceitam a prática principalmente quando há risco para a
6743 vida da mãe. E tendem a apoiar o estudo com células-tronco embrionárias. 4. Budismo. A vida é um
6744 processo contínuo e ininterrupto. Não começa na união de óvulo e espermatozoide, mas está presente em
6745 tudo o que existe – nossos pais e avós, as plantas, os animais e até a água. No budismo, os seres
6746 humanos são apenas uma forma de vida que depende de várias outras. Entre as correntes budistas, não
6747 há consenso sobre aborto e pesquisas com embriões. 5. Hinduísmo - Alma e matéria se encontram na
6748 fecundação e é aí que começa a vida. E como o embrião possui uma alma, deve ser tratado como
6749 humano. Na questão do aborto, hindus escolhem a ação menos prejudicial a todos os envolvidos: a mãe,
6750 o pai, o feto e a sociedade. Assim, em geral se opõem à interrupção da gravidez, menos em casos que
6751 colocam em risco a vida da mãe. (Grifei.) Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, questões
6752 diversas as teorias científicas que buscam estabelecer definição bioética do início da vida, o que permite,
6753 ao intérprete – necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa –, optar por
6754 aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de

desenvolvimento da pesquisa científica que promova o bem-estar da coletividade, objetivando-se, com tal orientação, **conferir sentido real ao princípio da dignidade da pessoa humana e atribuir densidade concreta as proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde.** Como largamente reconhecido no curso deste julgamento, a Constituição da República proclama a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, "caput"), embora o texto constitucional não veicule qualquer conceito normativo de vida humana, e muito menos defina o termo inicial e o termo final da existência da pessoa humana, o que abre espaço ao legislador para dispor, validamente, sobre essa relevantíssima questão. A vida e a morte, na realidade, qualificam-se como conceitos indeterminados. Daí por que a legislação ordinária brasileira, já em 1997, definiu o conceito de morte, afastando-se da antiga noção segundo a qual "vita in motu est"! Como se sabe, a Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, estabelece, em seu art. 3º, "caput", como marco final da vida, o momento em que se dá a morte encefálica, ao prever que a retirada "post mortem" de tecidos, órgãos e partes do corpo humano destinados ao transplante "(...) deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica (...)" (grifei). A atividade cerebral, referência legal para a constatação da existência da vida humana, pode, também, "a contrario sensu", servir de marco definidor do início da vida, revelando-se critério objetivo para afastar a alegação de que a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, obtidas de embriões produzidos por fertilização "in vitro", transgrediria o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida. As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado o processo de formação do sistema nervoso central. Nessa perspectiva, o art. 5º da Lei de Biossegurança não ofende o ordenamento constitucional, eis que a extração das células-tronco embrionárias ocorre antes do início da formação do sistema nervoso. Inexiste, até esse momento, a figura da pessoa ou de um ser humano potencial, como advertemos cientistas que compuseram o Grupo de Trabalho constituído pela Academia Brasileira de Ciências para examinar a matéria em análise, enfatizando que "a potencialidade de um embrião dar origem a um indivíduo está limitada, irremediavelmente, por uma condição 'sine qua non': a implantação 'in utero'. Pode-se afirmar, pois, que 'o ovo fecundado (ou embrião em fase inicial de desenvolvimento) somente poderá ser considerado um ser humano em potencial, se tiver a possibilidade de ser implantado em útero. Um ovo ou embrião que não tem a possibilidade de ser implantado em útero não é um ser humano potencial'" (grifei). É por isso, Senhor Presidente, que não vislumbro paridade ontológica, no plano normativo, entre o embrião (que se ache nas condições fixadas pelo art. 5º da Lei de Biossegurança) e a pessoa nascida, ressaltando, como o faz PIERANGELO CATALANO, da Universidade de Roma, que "A pandectística e a civilística europeias

[JC305] Comentário: 4.1 - PDP
com sentido "real" (?)

6787 eliminaram conceitualmente a concretude da relação 'naturalística' entre 'qui in utero est' e 'homo' (v.
6788 Revista de Direito Civil, vol. 45/9). É importante destacar, neste ponto, trecho do douto voto proferido
6789 pela eminente Ministra ELLEN GRACIE, no qual Sua Excelência, com muita propriedade, enfocou a matéria
6790 em exame: A professora Letícia Cesarino, acima referida, corroborando pensamento de Michael Mulkay,
6791 conclui que a agregação deste conjunto de "fatos" na nova categoria "pré-embrião" permitiu, assim,
6792 remover o objeto da experimentação científica do escopo do discurso moral para inseri-lo num universo
6793 técnico. 4. No Brasil (após inclusão em projeto que objetivava a urgente regulamentação do processo de
6794 liberação dos organismos geneticamente modificados), surge o art. 5º da Lei 11.105/2005, que autoriza o
6795 manejo das células-tronco embrionárias de uma maneira restrita, com a precaução sempre recomendada
6796 nos primeiros passos dados nos terrenos ainda pouco conhecidos e explorados. A primeira restrição
6797 imposta diz respeito à indicação do uso das células embrionárias exclusivamente nas atividades de
6798 pesquisa e de terapia. Outra limitação relevante é a definição de qual universo de embriões humanos
6799 poderão ser utilizados: somente aqueles que, produzidos por fertilização in vitro – técnica de reprodução
6800 humana assistida – não são aproveitados no respectivo tratamento. Fica clara, portanto, a opção
6801 legislativa em dar uma destinação mais nobre aos embriões excedentes fadados ao perecimento. Por
6802 outro lado, fica afastada do ordenamento brasileiro qualquer possibilidade de fertilização de óvulos
6803 humanos com o objetivo imediato de produção de material biológico para o desenvolvimento de
6804 pesquisas, sejam elas quais forem. Além de excedentes no procedimento de fertilização in vitro, os
6805 embriões de uso permitido ainda deverão estar dentre aqueles considerados inviáveis para o
6806 desenvolvimento seguro de uma nova pessoa ou congelados há mais de três anos. Presente, assim, a
6807 fixação de um lapso temporal razoável, que leva em conta tanto a possibilidade dos genitores optarem por
6808 uma nova e futura implantação do embrião congelado quanto a improbabilidade de sua utilização, para
6809 esse mesmo fim, após decorrido um triênio de congelamento. As restrições não param por aí. É preciso,
6810 ainda, para que os embriões possam ser regularmente destinados à pesquisa, o expresso consentimento
6811 dos genitores e que os projetos das instituições e serviços de saúde, candidatos ao recebimento das
6812 células-tronco embrionárias, sejam anteriormente apreciados e aprovados pelos respectivos comitês de
6813 ética em pesquisa. Saliente-se que a Lei de Biossegurança, reconhecendo a dignidade do material nela
6814 tratado e o elevado grau de reprovação social na sua incorreta manipulação, categorizou como crime a
6815 comercialização do embrião humano, com base na lei de doação de órgãos (art. 5º, § 3º), bem como a
6816 sua utilização fora dos moldes previstos no referido artigo 5º. Tipificou, ainda, como delito penal, a prática
6817 da engenharia genética em célula geminal, zigoto ou embrião humano e a clonagem humana (arts. 6º, 25
6818 e 26). 5. Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo

6819 dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização
 6820 de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não
 6821 teriam outro destino que não o descarte. Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada,
 6822 que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um
 6823 ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida
 6824 humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista,
 6825 segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O
 6826 aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de
 6827 reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos. A
 6828 improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível
 6829 na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a
 6830 alegação de violação ao direito à vida. (Grifei.) Nem se diga que o texto normativo inscrito no art. 5º da
 6831 Lei de Biossegurança (que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco
 6832 embrionárias obtidas de embriões produzidos por fertilização in vitro) e a interpretação que o eminente
 6833 Relator da causa deu a essa regra legal representariam ofensa ao dever de proteção que incumbe ao
 6834 Estado em matéria de defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. Não se põe em debate,
 6835 presente referido contexto, a questão concernente à proteção insuficiente (uma das dimensões em que se
 6836 projeta o postulado da proporcionalidade), pois a existência de tensão dialética resultante do antagonismo
 6837 entre valores constitucionais impregnados de igual eficácia e autoridade torna viável a utilização da técnica
 6838 da ponderação concreta de direitos revestidos da mesma estatura. Como se sabe, a superação dos
 6839 antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à inviolabilidade do
 6840 direito à vida, à plenitude da liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura e a
 6841 recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) e ao respeito à dignidade da
 6842 pessoa humana – há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, decréterios que lhe permitam
 6843 ponderar e avaliar, hic et nunc, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica
 6844 concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente,
 6845 desdeque, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em
 6846 esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina
 6847 (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “Conclusão”, itens
 6848 ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, tomo I/363-
 6849 366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “os Direitos Fundamentais na Constituição
 6850 Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito à

[JC307] Comentário: 3

[JC308] Comentário: 3

6851 Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias”, “in” “Constituição Federal de 1988 –
6852 Dez Anos (1988-1998)”, p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO,
6853 “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3, 5. ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão
6854 de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de
6855 Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora;
6856 SUZANA DE TOLEDO BARROS, “o Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das
6857 Leis Restritivas de Direitos Fundamentais”, p. 216, “Conclusão”, 2. ed., 2000, Brasília Jurídica). Tenho para
6858 mim, desse modo, Senhor Presidente, e estabelecidas tais premissas, que a questão pertinente ao direito
6859 à vida admite possibilidade de, ele próprio, constituir objeto de ponderação por parte do Estado,
6860 considerada a relevantíssima circunstância (ocorrente na espécie) de que se põem em relação de conflito,
6861 com esse mesmo direito, interesses existenciais titularizados por milhões de pessoas afetadas por
6862 patologias graves e irreversíveis, cuja superação pode ser conseguida com a liberação – que se impõe
6863 como uma exigência de ordem ética e de caráter jurídico – das pesquisas científicas com células-tronco
6864 embrionárias. Há um ponto que merece registro especial. Refiro-me ao fato de que, ao longo do processo
6865 constituinte de que resultou a vigente Constituição Federal, foram oferecidas diversas Emendas
6866 objetivando estabelecer a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção. Tais Emendas, no entanto,
6867 não lograram aprovação, como se vê, não apenas dos Anais da Assembleia Nacional Constituinte, como,
6868 notadamente, do próprio texto inscrito no “caput” do art. 5º de nossa Lei Fundamental. É certo que a
6869 Convenção Americana de Direitos Humanos, ao estabelecer a inviolabilidade do direito à vida, proclama,
6870 em seu Art. 4º, § 1º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser
6871 protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção (...)” (grifei). A Declaração Americana de
6872 Direitos e Deveres da Pessoa Humana, no entanto, promulgada na IX Conferência Internacional dos
6873 Estados Americanos, em Bogotá, em 1948, refere-se, genericamente, em seu Artigo I, ao “direito à vida”,
6874 sem qualquer menção ao instante da concepção. Também o Pacto Internacional das Nações Unidas sobre
6875 Direitos Civis e Políticos (1966), em seu Artigo 6º, § 1º, reconhece, de maneira geral, igualmente em
6876 qualquer referência ao momento da concepção, a inviolabilidade do direito à vida. Vê-se, desse modo, que
6877 esses dois últimos documentos internacionais, que precederam a promulgação do Pacto de São José da
6878 Costa Rica, não incorporaram a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção. Foi
6879 por essa razão que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao examinar o caso “Baby Boy”
6880 (Resolução n. 23/1981), advertiu que a inserção, no Art. 4º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, da
6881 cláusula “em geral” tem implicações substancialmente diversas daquelas que resultariam se constasse,
6882 desse mesmo Artigo, a expressão (nele inexistente) “desde o momento da concepção”, a significar,

portanto, como se reconheceu em referido processo (Resolução n. 23/1981 – Caso 2141), que a Convenção Americana de Direitos Humanos não acolheu nem estabeleceu um conceito absoluto do direito à vida desde o momento da concepção. É importante conferir, nesse específico ponto, o que resolveu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: 30. A la luz de los antecedentes expuestos, queda en claro que la interpretación que adjudican los peticionarios de la definición del derecho a la vida formulada por la Convención Americana es incorrecta. La adición de la frase “en general, desde el momento de la concepción” no significa que quienes formularon la Convención tuviesen la intención de modificar el concepto de derecho a la vida que prevaleció en Bogotá, cuando aprobaron la Declaración Americana. Las implicaciones jurídicas de la cláusula “en general, desde el momento de la concepción” son substancialmente diferentes de las de la cláusula más corta “desde el momento de la concepción”, que aparece repetida muchas veces en el documento de los peticionarios. (Grifei.) Disso resulta a clara possibilidade, como registra o Código Penal brasileiro, ao permitir a prática do aborto em duas situações excepcionais (gravidez resultante de abuso sexual e gestação que põe em risco a vida da mulher), de o legislador ordinário, mesmo em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, dispor, validamente, sobre a utilização de embriões excedentários para fins de pesquisa e terapia, tal como o fez no ora questionado art. 5º da Lei de Biossegurança. Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, registro o caráter histórico deste memorável julgamento, seguramente o mais importante de todos os que o Supremo Tribunal Federal já realizou. Também desejo destacara excelência e a solidez de todos os votos aqui proferidos, dentre eles o do eminente Relator e o do eminente Ministro MENEZES DIREITO, que instaurou, com brilhante fundamentação, a divergência no exame da presente causa. Peço vênua, no entanto, para acompanhar, integralmente, o douto voto que proferiu o Ministro CARLOS BRITTO, Relator deste processo, cuja decisão – como salientei na assentada anterior deste julgamento – será certamente lembrada não apenas pelas presentes, mas, também, pelas futuras gerações. Esse notável voto representa, na verdade, a aurora de um novo tempo impregnado de esperança para aqueles abatidos pela angústia da incerteza. Significa a celebração solidária da vida e da liberdade. Restaura, em todos nós, a convicção de que milhões de pessoas não mais sucumbirão à desesperança e à amarga frustração de não poderem superar os obstáculos gerados por patologias gravíssimas, que são, até o presente momento, irreversíveis e incuráveis. Em uma palavra, Senhor Presidente, o luminoso voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS BRITTO permitirá, a esses milhões de brasileiros que hoje sofrem e que se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de certos direitos básicos e inalienáveis, dentre os quais avultam, por sua inquestionável transcendência, o direito à busca da felicidade e o direito de viver com dignidade, que constituem prerrogativas essenciais de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado. Com

[JC309] Comentário: 4.3 – Qualificando o tipo de direito com que se vive. Qualifica-se também a vida.

6915 estas considerações, peço vênia para julgar improcedente, sem qualquer restrição, a presente ação direta
6916 e confirmar a plena validade constitucional do art. 5º da Lei de Biossegurança. É o meu voto.

6917 ESCLARECIMENTO

6918 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Se Vossa Excelência me permite, exatamente porque há vários
6919 inícios da vida – não é possível uma pacificação no campo filosófico, científico, religioso –, disse no meu
6920 voto que como o marco ou a referência que nos interessa é a Constituição, sobre o início da vida a
6921 Constituição é de um silêncio de morte. Ou seja, ela nada dispõe sobre o início da vida.

6922 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer forma, o debate no Direito Comparado tem
6923 permitido – eu ouvi ontem essa observação do Ministro Carlos Britto e fiquei calado, mas já não resisto. É
6924 verdade que, se nós acompanharmos o debate no Direito Comparado sobre o aborto... Ontem os Ministros
6925 Menezes Direito e Cezar Peluso fizeram considerações inclusive sobre a necessidade de um dever de
6926 proteção que levasse a uma regulação penal sobre esses temas. E esse debate surgiu, por exemplo, na
6927 Alemanha, na decisão exatamente do primeiro caso do aborto. O fato é que os textos constitucionais, e,
6928 em geral, no mundo todo – se nós compararmos –, não tratam claramente da questão. São raros os
6929 textos que eventualmente falam no momento inicial da vida. Talvez a Constituição da Irlanda, uma ou
6930 outra referência. Em geral, fala-se no direito à vida. Mas, aqui, é uma questão extremamente sensível e
6931 que demanda cuidados em razão da consideração sobre a **dignidade humana**. Por isso é que, talvez,
6932 Ministro Carlos Britto, nós não devêssemos formalizar muito esse debate, nem atrair para este caso que
6933 estamos a decidir, outro tipo de decisão. Por exemplo, nós não estamos nos pronunciando sobre o aborto.

[JC310] Comentário: 4.1

6934 O Sr. Ministro Marco Aurélio: É uma questão, como ressaltai em voto – ainda espero enfrentá-la, neste
6935 Plenário –, aberta.

6936 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, porque se começarmos a dizer, a priori – e Vossa
6937 Excelência fez inclusive referência à nacionalidade como um critério –, quer dizer, são marcos tradicionais.
6938 Agora, isso tem um significado que, por exemplo, tem levado a legislação a, eventualmente, criminalizar
6939 tal fato, com determinados critérios, nos vários países, tendo em vista o valor da vida humana.

6940 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Agora, com este julgamento, o campo estará aplainado para a matéria vir
6941 novamente a Plenário.

6942 DEBATE

6943 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O Brasil também, nessa conferência diplomática, se opôs à redação
6944 originária para que ficasse – como efetivamente ficou – a ressalva do “em geral”. Ou seja, em regra,
6945 exatamente para remeter essa matéria à legislação de cada Estado soberano.

6946 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É da conferência diplomática que aprovou a Convenção Americana?

6947 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Vossa Excelência me permite um aparte?

6948 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Acho que nós não temos nenhuma discordância sob esse aspecto,
6949 porque eu expressamente, em meu voto, consignei que essa expressão “em geral” permite que se
6950 excepcione a proteção que se deve, em princípio, dar de forma absoluta à vida desde o momento da
6951 concepção. Por isso assentei que o Código Penal brasileiro, no art. 128, I, permita o aborto necessário,
6952 afastando a antijuridicidade. Depois, outro aspecto que gostaria de salientar é exatamente isto: o Pacto de
6953 São José da Costa Rica, embora aprovado em 1969, ingressou no ordenamento jurídico pátrio em 2002;
6954 portanto, tornou-se lei interna.

6955 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: De qualquer maneira, a data é muito próxima, mas isso mostra que,
6956 em data recentíssima, posterior inclusive a essas convenções internacionais, o Congresso Nacional
6957 internalizou, transformou em lei esse dispositivo, com essa exceção que fiz questão de salientar. Mas, em
6958 meu voto, disse exatamente o seguinte: é possível que se excepcione esse valor absoluto quando outros
6959 valores estejam em jogo; e, no caso, fiz uma ponderação de valores.

6960 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Nesse ponto, estou absolutamente concorde com Vossa Excelência.

6961 VOTO

6962 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, cabe a mim, na qualidade de Presidente
6963 desta Corte, a difícil tarefa de votar por último, num julgamento que ficou marcado, desde seu início,
6964 pelas profundas reflexões de todos que intervieram no debate. Os pronunciamentos dos senhores
6965 advogados, do Ministério Público, dos amici curiae e dos diversos cientistas e expertos, assim como os
6966 votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão com
6967 eco na coletividade e nas instituições democráticas. Assim, o que posso dizer é que este Tribunal encerra
6968 mais um julgamento que certamente representará um marco em nossa jurisprudência constitucional.
6969 Chamado a se pronunciar sobre um tema tão delicado, o da constitucionalidade das pesquisas científicas
6970 com células-tronco embrionárias, um assunto que é ético, jurídico e moralmente conflituoso em qualquer
6971 sociedade construída culturalmente com lastro nos valores fundamentais da vida e da dignidade humana,

o Supremo Tribunal Federal profere uma decisão que demonstra seu austero compromisso com a defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O julgamento desta ADI 3.510, dedicadamente conduzido pelo Ministro Carlos Britto, constitui uma eloquente demonstração de que a Jurisdição Constitucional não pode tergiversar diante de assuntos polêmicos envolvidos pelo debate entre religião e ciência. É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contramajoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. Delimitar o âmbito de **proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana** e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos. Apesar dessa constatação, dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático. Importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais. Cito, a título exemplificativo, a famosa decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Roe vs. Wade*, assim como as decisões do Tribunal Constitucional alemão nos casos sobre o aborto (BVerfGE 39, 1, 1975; BVerfGE 88, 203, 1993). Muito se comentou a respeito do equívoco de um modelo que permite que juízes, influenciados por suas próprias convicções morais e religiosas, deem a última palavra a respeito de grandes questões filosóficas, como a de quando começa a vida. Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que “os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias”¹. Em nossa realidade, o Supremo Tribunal Federal vem decidindo questões importantes, como a recente afirmação do valor da fidelidade partidária (MS 26.602, 26.603 e 26.604), sem que se possa cogitar de que tais questões teriam sido melhor decididas por instituições majoritárias, e que assim teriam maior legitimidade democrática. Certamente, a alternativa da atitude passiva de *self restraint* – ou, em certos casos, de *greater restraint*, utilizando a expressão de García de Enterría – teriam sido mais prejudiciais ou menos benéficas para a nossa democracia. O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal

[JC312] Comentário: 6.1

qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos amici curiae, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, “o parlamento representa o cidadão politicamente,

O tribunal Constitucional argumentativamente”. Cito, nesse sentido, a íntegra do raciocínio do filósofo e constitucionalista alemão: O princípio fundamental: “Todo poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento, mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. Com isso, deve ser dito que a representação do povo pelo tribunal constitucional tem um caráter mais idealístico do que aquela pelo parlamento. A vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo de que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem o acontecimento, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou, mas também exige positivamente que os cidadãos aprove os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente, pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão reconciliados. O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei 11.105/2005, especificamente de seu art. 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Para a relação

entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje. Feitas essas breves considerações preliminares, passo à estruturação da análise que faço da controvérsia constitucional, após muito refletir sobre o assunto. O voto que profiro parte de uma constatação básica: temos uma questão específica posta em julgamento, a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica, e para decidi-la não precisamos adentrar em temáticas relacionadas aos marcos inicial e final da vida humana para fins de proteção jurídica. São questões transcendentais que pairam no imaginário humano desde tempos imemoriais e que nunca foram resolvidas sequer com relativo consenso. Ciência, religião e filosofia construíram sua própria história em torno de conceitos e concepções sobre o que é a vida, quando ela começa e como deve ser ela protegida. Com todo o desenvolvimento do pensamento e do conhecimento humano, não é possível vislumbrar qualquer resposta racionalmente aceitável de forma universal, seja pela ciência ou pela religião, seja pela filosofia ou pelo imaginário popular. Se podemos tirar alguma lição das múltiplas teorias e concepções e de todo o infindável debate que se produziu sobre temas como o aborto, a eutanásia e as pesquisas com embriões humanos, é que não existem respostas moralmente corretas e universalmente aceitáveis sobre tais questões. Independentemente da concepção que se tenha sobre o termo inicial da vida, não se pode perder de vista – e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema – que, em qualquer hipótese, há um elemento vital digno de proteção jurídica. Muitas vezes passa despercebido nos debates que não é preciso reconhecer em algo um sujeito de direitos para dotar-lhe de proteção jurídica indisponível. Nesse sentido, são elucidativas as lições de Jürgen Habermas: Nessa controvérsia, fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamento, do status moral da vida humana prematura, que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular.

Um lado descreve o embrião no estágio prematuro de desenvolvimento como um amontoado de células e o confronta com a pessoa do recém-nascido, a quem primeiramente compete a dignidade humana no sentido estritamente moral. O outro lado considera a fertilização do óvulo humano como o início relevante de um processo de desenvolvimento já individualizado e controlado por si próprio. Segundo essa concepção, todo exemplar biologicamente determinável da espécie deve ser considerado como uma pessoa potencial e como um portador de direitos fundamentais. Ambos os lados parecem não se dar conta de que algo pode ser considerado como indisponível, ainda que não receba o status de um sujeito de direitos, que nos termos da constituição, é portador de direitos fundamentais inalienáveis. Indisponível não é apenas aquilo que a dignidade humana tem. Nossa disponibilidade pode ser privada de alguma

[JC313] Comentário: 1, também trabalha como a idéia de contrários (8).

[JC314] Comentário: 3 – a DH pessoa que possui algo.... caso, a indisponibilidade.

7068 coisa por bons motivos morais, sem por isso ser intangível no sentido dos direitos fundamentais em vigor
7069 de forma irrestrita e absoluta (que são **direitos constitutivos da dignidade humana**, conforme o artigo 1º
7070 da Constituição). Mesmo entre aqueles que consideram que antes do nascimento com vida não há
7071 especificamente um sujeito de direitos fundamentais, não é possível negar que na fase pré-natal há um
7072 elemento vital digno de proteção. Assim, a questão não está em saber quando, como e de que forma a
7073 vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal
7074 diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever. Trago à tona as lições
7075 de Hans Jonas para afirmar que o Estado deve atuar segundo o princípio responsabilidade. As novas
7076 tecnologias ensejaram uma mudança radical na capacidade do homem de transformar seu próprio mundo
7077 e, nessa perspectiva, por em risco sua própria existência. E o homem tornou-se objeto da própria técnica.
7078 Como assevera Hans Jonas, “o homo faber aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar
7079 inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto”. O homo faber ergue-se diante do homo
7080 sapiens. A manipulação genética, um sonho ambicioso do homo faber de controlar sua própria evolução,
7081 demonstra a necessidade de uma nova ética do agir humano, uma ética de responsabilidade. “O princípio
7082 responsabilidade – ensina Hans Jonas – contrapõe a tarefa mais modesta que obriga ao temor e ao
7083 respeito: conservar incólume para o homem, na persistente dubiedade de sua liberdade que nenhuma
7084 mudança das circunstâncias poderá suprimir, seu mundo e sua essência contra os abusos de seu poder”.
7085 Independentemente dos conceitos e concepções religiosas e científicas a respeito do início da vida, é
7086 indubitável que existe consenso a respeito da necessidade de que os avanços tecnológicos e científicos,
7087 que tenham o próprio homem como objeto, sejam regulados pelo Estado com base no princípio
7088 responsabilidade. Não se trata de criar obstáculos aos avanços da medicina e da biotecnologia, cujos
7089 benefícios para a humanidade são patentes. Os depoimentos de renomados cientistas na audiência pública
7090 realizada nesta ADI 3.510 nos apresentam um futuro promissor em tema de pesquisas com células-tronco
7091 originadas do embrião humano. A história nos ensinou que é toda a humanidade que sai perdendo diante
7092 de tentativas, sempre frustradas, de barrar o progresso científico e tecnológico. Nas felizes palavras de
7093 Hans Jonas: “O que vale a pena reter no caso da ciência e da técnica, em especial depois da sua simbiose,
7094 é que se há uma história de êxito, essa é a história de ambas; um êxito contínuo, condicionado por uma
7095 lógica Interna, e portanto prometendo seguir assim no futuro. Não creio que se possa dizer o mesmo de
7096 nenhum outro esforço humano que se alongue pelo tempo”. À utopia do progresso científico, não
7097 obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como
7098 exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade proporcional à amplitude
7099 do poder do homem e de sua técnica. Essa ética de responsabilidade implica, assim, uma espécie de

[JC315] Comentário: 4.1

7100 humildade, não no sentido de pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do poder do homem.
7101 Como bem assevera Hans Jonas, “em vista do potencial quase escatológico dos nossos processos técnicos,
7102 o próprio desconhecimento das conseqüências últimas é motivo para uma contenção responsável”. Ao
7103 princípio esperança (Prinzip Hoffnung, de Ernst Bloch), portanto, contrapõe-se o princípio responsabilidade
7104 (Prinzip Verantwortung, de Hans Jonas). Como tenho afirmado em outras ocasiões, com base nas lições
7105 do Professor Peter Häberle, a Constituição de 1988, ao incorporar tanto o “princípio-responsabilidade”
7106 (Hans Jonas) como o “princípio-esperança” (Ernst Bloch), permite que nossa evolução constitucional
7107 ocorra entre a ratio e a emoti, o certo é que o ser humano, diante das novas tecnologias, deve atuar de
7108 acordo com uma ética de responsabilidade. Portanto, a questão está em saber se a Lei 11.105, de 24 de
7109 março de 2005, regula as pesquisas científicas com células-tronco embrionárias com a prudência exigida
7110 por um tema ética e juridicamente complexo, que envolve diretamente a própria identidade humana. A
7111 questão, assim, envolve uma análise segundo parâmetros de proporcionalidade. A Lei 11.105, de 24 de
7112 março de 2005, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que
7113 envolvam Organismos Geneticamente Modificados (OGM) e seus derivados. Em seu artigo preambular, a
7114 própria lei estabelece as diretrizes que constituem o lastro de suas normas: o estímulo e o avanço
7115 científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e
7116 vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. Em todo o corpo da
7117 lei, o art. 5º é destinado à regulamentação da utilização, para fins de pesquisa, de células-tronco
7118 embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro. Assim dispõe o referido
7119 artigo, o qual constitui, em sua integralidade, o objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade:
7120 Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de
7121 embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento,
7122 atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3
7123 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta
7124 Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer
7125 caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que
7126 realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à
7127 apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do
7128 material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n.
7129 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. É possível perceber que a lei, inegavelmente, foi cuidadosa na
7130 regulamentação de alguns pontos, ao exigir que as pesquisas sejam realizadas apenas com embriões
7131 humanos ditos “inviáveis”, sempre mediante o consentimento dos genitores e com aprovação prévia dos

7132 projetos por comitês de ética, ficando proibida a comercialização do material biológico utilizado. O que
7133 causa perplexidade, por outro lado, é perceber que, no Brasil, a regulamentação de um tema tão sério,
7134 que envolve profundas e infundáveis discussões sobre aspectos éticos nas pesquisas científicas, seja
7135 realizada por um, e apenas um artigo. A vaguidade da lei deixou a cargo do Poder Executivo a
7136 regulamentação do tema, que o fez por meio dos arts. 63 a 67 do Decreto 5.591, de 22 de novembro de
7137 2005. O referido decreto ainda contém remissões normativas a atos administrativos específicos de órgãos
7138 como o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A primeira impressão, não há
7139 dúvida, é de que a lei é deficiente na regulamentação do tema e, por isso, pode violar o princípio da
7140 proporcionalidade não como proibição de excesso (Übermassverbot), mas como proibição de proteção
7141 deficiente (Untermassverbot). Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por
7142 seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos
7143 normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a idéias de
7144 que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do
7145 Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht), mas
7146 também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (Schutzpflicht des
7147 Staats). A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que
7148 dispõem de alguma liberdade de conformação. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever
7149 de proteção e define a forma de sua Realização. A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou
7150 por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o
7151 dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também
7152 de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros. Essa interpretação da Corte
7153 Constitucional empresta sem dúvida uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o
7154 Estado evolua da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a
7155 idéias de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a
7156 separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos
7157 efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. Assim, ainda que não se reconheça, em todos os
7158 casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever
7159 deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos
7160 fundamentais. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de
7161 intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote).
7162 Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas
7163 uma proibição do excesso (Übermassverbote), mas também podem ser traduzidos como proibições de

7164 proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassvebote). Nos termos da doutrina e com base na
7165 jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de
7166 proteção: a) dever de proibição (Verbotspflicht), consistente no dever de se proibir uma determinada
7167 conduta; b) dever de segurança (Sicherheitspflicht), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo
7168 contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas; c) dever de evitar riscos
7169 (Risikopflicht), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral
7170 mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao
7171 desenvolvimento técnico ou tecnológico. Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à
7172 observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A
7173 Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever
7174 de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.
7175 Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como
7176 proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No
7177 primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da
7178 constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como proibições de intervenção. No
7179 segundo, a consideração dos direitos fundamentais como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao
7180 princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será adequado quando não proteja o
7181 direito fundamental de maneira ótima; não será necessário na hipótese de existirem medidas alternativas
7182 que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da
7183 proporcionalidade em sentido estrito se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que
7184 não se realiza o direito fundamental de proteção. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a
7185 utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na
7186 segunda decisão sobre o aborto (BverfGE 88, 203, 1993). O Bundesverfassungsgericht assim se
7187 pronunciou: O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de
7188 caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a
7189 uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). (...) “Uma transposição, sem
7190 modificações, do estrito princípio da proporcionalidade, como foi desenvolvido no contexto da proibição de
7191 excesso, para a concretização da proibição de insuficiência, não é, pois, aceitável, ainda que,
7192 evidentemente, também aqui considerações de proporcionalidade desempenhem um papel, tal como em
7193 todas as soluções de ponderação.” É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão
7194 da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No
7195 entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos

7196 contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como
7197 tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e,
7198 além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. Uma
7199 análise comparativa do art. 5º da Lei 11.105/2005 com a legislação de outros países sobre o mesmo
7200 assunto pode demonstrar que, de fato, não se trata apenas de uma impressão inicial; a lei brasileira é
7201 deficiente no tratamento normativo das pesquisas com células-tronco e, portanto, não está em
7202 consonância com o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente
7203 (Untermassverbot). Alemanha - Na Alemanha, editou-se lei específica, a denominada Stammzellgesetz
7204 (StZG), sobre a importação e a utilização das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. A
7205 regulação da atividade científica com células-tronco é restritiva e inclui (1) limitações importantes quanto
7206 às células-tronco embrionárias passíveis de importação e utilização em pesquisa (§ 4º); (2) restrições às
7207 pesquisas que podem utilizar células-tronco embrionárias (§ 5º); (iii) a necessidade de aprovação prévia
7208 de cada pesquisa (§ 6º); (iv) a instituição de agência competente (§ 7º) e comissão de ética de
7209 especialistas (§ 8º) para apreciar e conceder as autorizações prévias; (3) infrações penais (§ 13) e
7210 administrativas (§ 14) pertinentes; e (4) a exigência de relatório periódico com os resultados das
7211 experiências envolvendo células-tronco tanto embrionárias quanto adultas (§ 15). Destaque-se que a
7212 legislação alemã permite apenas as pesquisas com linhas de células-tronco consolidadas do
7213 exterior. Portanto, é expressamente proibida a produção de linhas de células-tronco na própria Alemanha,
7214 tornando-se imprescindível a importação de embriões para fins de pesquisa. A lei permite a importação
7215 apenas de embriões formados antes de 1º de janeiro de 2002, desde que na conformidade da legislação do
7216 país exportador. Esse marco temporal foi recentemente alterado pelo Bundestag (em 11-4-2008), fixando-
7217 se novo marco em 1º de maio de 2007. Além disso, somente podem ser utilizados embriões em pesquisa
7218 (1) fecundados in vitro (2) com o objetivo de assistir a gravidez; e (3) descartados por razões não
7219 fundadas em características inerentes aos embriões. Mais importante, a lei alemã exige que as pesquisas
7220 com células-tronco embrionárias sejam motivadas por elevados objetivos (hochrangigen Forschungszielen)
7221 ou sejam destinadas ao desenvolvimento de procedimentos terapêuticos, de diagnóstico ou de prevenção
7222 aplicados a seres humanos, com cláusula de subsidiariedade. Isto é, só podem ser realizadas pesquisas
7223 quando todas as hipóteses foram exaustivamente testadas com células de animais ou em experiências
7224 com animais; e somente podem ser realizadas com células-tronco embrionárias (§ 5, Abs. 2 StZG):
7225 Trabalhos de pesquisas com células-tronco embrionárias somente podem ser realizadas se cientificamente
7226 demonstrado que (...) 2. Segundo o estado da Ciência e da Técnica: a) as hipóteses previstas no projeto
7227 de pesquisa foram testadas tanto quanto possível com modelos in vitro com células de animais ou em

7228 experimentos com animais e b) o conhecimento científico a ser obtido pelo projeto de pesquisa em aprego
7229 não tenha expectativa de ser alcançado utilizando outras células, além das células-tronco embrionárias.
7230 (Forschungsarbeiten an embryonalen Stammzellen dürfen nur durchgeführt werden, wenn
7231 wissenschaftlich begründet darlegt ist, dass 2. nach dem anerkannten Stand von Wissenschaft und
7232 Technik a) die im Forschungsvorhaben vorgesehen Fragestellungen so weit wie möglich bereits in In-vitro-
7233 Modellen mit tierischen Zellen oder in Tierversuchung vorgeklärt worden sind und b) der mit dem
7234 Forschungsvorhaben angestrebte wissenschaftliche Erkenntnisgewinn sich voraussichtlich nur mit
7235 embryonalen Stammzellen erreichen lässt. Ressalte-se que a legislação alemã institui não só um órgão
7236 administrativo competente (Zuständige Behörde), ligado ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças
7237 prévias, como cria Comissão de Ética Central para Pesquisa com células-tronco (Zentrale Ethik-kommission
7238 für Stammzellenforschung), formada por expertos em medicina, biologia, ética e teologia. Em suma, a
7239 legislação alemã é extremamente restritiva da atividade científica que tenha por objeto embriões
7240 humanos. Os constantes debates entre cientistas, religiosos e entes da sociedade civil, a respeito da
7241 necessidade de relativização dos rigores da lei, ainda não levaram a qualquer solução legislativa mais
7242 significativa no sentido da mudança das regras estabelecidas. Apesar das reivindicações de cientistas
7243 quanto a mudanças na legislação sobre as pesquisas com células-tronco, há consenso sobre a necessidade
7244 de se regular rigidamente essas pesquisas, afastando-se qualquer possibilidade de abusos e transgressões
7245 cujas conseqüências não é possível prever. Austrália - Na Austrália, a questão é regulada pelo Research
7246 Involving Human Embryos Act 2002, alterado pelo Prohibition of Human Cloning for Reproduction and the
7247 Regulation of Human Embryo Research Amendment Act 2006. Segundo a regulação australiana, permite-
7248 se apenas a utilização de células-tronco embrionárias inviáveis (not suitable). Define-se expressamente
7249 que a viabilidade do embrião seja determinada com base na sua aptidão biológica para implantação
7250 (biological fitness for implantation – Section 10 (2) "d" i) Nesse caso, institui-se também órgão que emite
7251 licenças prévias para as pesquisas envolvendo células-tronco embrionárias (Embryo Research Licensing
7252 Committee of the National Health and Medical Research Council). Outrossim, dispõe-se especificamente
7253 sobre as formas válidas de obtenção de consentimento dos responsáveis pelos embriões do quais serão
7254 derivadas as células-tronco (Section 21 (3) a). Além disso, há preocupação específica com as pesquisas
7255 que podem danificar ou destruir embriões, nas quais somente podem ser utilizados embriões criados até
7256 5-4-2002 (Sections 21 (3) b e 24 (3)). Por outro lado, a lei australiana determina que a licença seja
7257 limitada a um número específico de embriões que serão utilizados para alcançar os objetivos da pesquisa
7258 (Section 21 (4) a), além de prever, assim com na legislação alemã, cláusula de subsidiariedade, nos
7259 seguintes termos: (4) Na decisão sobre a emissão de licença, o Órgão de Licença NHMRC precisa

7260 considerar o seguinte: (...) (b) a possibilidade de significativo avanço no conhecimento ou melhoria nas
7261 tecnologias para tratamento propostos no requerimento como resultado no uso do excesso de embriões
7262 para reprodução assistida, outros embriões ou óvulos humanos, que não poderiam razoavelmente ser
7263 alcançados por outros meios. [In deciding whether to issue the licence, the NHMRC Licensing Committee
7264 must have regard to the following: (...) (b) the likelihood of significant advance in knowledge or
7265 improvement in technologies for treatment as a result of the use of excess ART embryos, other embryos
7266 or human eggs proposed in the application, which could not reasonably be achieved by other means].
7267 Como se vê, também a legislação australiana estabelece uma cláusula de subsidiariedade como condição
7268 para a permissão de pesquisas com células-tronco. Em outros termos, a utilização de células-tronco
7269 apenas é permitida para fins de pesquisa se, e somente se, não existirem ou não sejam suficientes ou
7270 adequados outros meios científicos para o alcance dos objetivos da pesquisa. Essa cláusula de
7271 subsidiariedade atende ao postulado da proporcionalidade e da precaução na utilização de novas
7272 tecnologias cujo conhecimento humano ainda não é exaustivo. Trata-se, enfim, de um corolário do
7273 princípio da responsabilidade. França - Na França, a Agence de la Biomédecine passou a expedir
7274 autorizações para pesquisas com células embrionárias humanas (recherches sur l'embryon et les cellules
7275 souches embryonnaires humaines) desde 2007, com base no Decreto

7276 2006-121, de 6 de fevereiro de 2006, que modificou o Código de Saúde Pública (Décret n. 2006-121 du 6
7277 février 2006 relatif à la recherche sur l'embryon et sur les cellules embryonnaires et modifiant le code de
7278 la santé publique). Naquele país, portanto, as pesquisas com células embrionárias humanas são
7279 permitidas, tendo em vista razões de progresso terapêutico (pour des progrès thérapeutiques majeurs),
7280 porém são objeto de ampla e rigorosa regulamentação. Em primeiro lugar, as pesquisas com células
7281 embrionárias são permitidas apenas com vistas ao tratamento de doenças particularmente graves ou
7282 incuráveis, e apenas são autorizadas, pela agência de biomedicina, por um período máximo de 5 anos
7283 (Art. R. 2151-1. Sont notamment susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs, au sens
7284 de l'article L. 2151-5, les recherches sur l'embryon et les cellules embryonnaires poursuivant une visée
7285 thérapeutique pour le traitement de maladies particulièrement graves ou incurables, ainsi que le
7286 traitement des affections de l'embryon ou du fœtus. Art. R. 2151-2. – Le directeur général de l'agence de
7287 la biomédecine peut autoriser un protocole de recherche sur l'embryon ou sur les cellules embryonnaires,
7288 après avis du conseil d'orientation, pour une durée déterminée qui ne peut excéder cinq ans). Ademais, as
7289 pesquisas somente são autorizadas após o consentimento prévio do casal genitor ou de membro
7290 sobrevivente do casal. (Art. R 2151-19 – Le directeur général de l'agence de la biomédecine autorise la
7291 conservation de cellules souches embryonnaires, après avis du conseil d'orientation, pour une durée

déterminée, qui ne peut excéder cinq ans (...)) A Lei de Bioética, de 6 de agosto de 2004, já autorizava as referidas pesquisas, mas em caráter subsidiário. Ou seja, também a lei francesa dispõe de uma cláusula de subsidiariedade, segundo a qual serão ermitidas as pesquisas com células embrionárias tão somente nos casos em que os progressos terapêuticosalmejados não poderem ser alcançados por um método alternativo de eficácia comparável no meio científico. (Art. L. 2151-5. – (...)Par dérogation au premier alinéa, et pour une période limitée à cinq ans à compter de la publication du décret en Conseil d’Etat prévu à l’article L. 2151-8, les recherches peuvent être autorisées sur l’embryon et les cellules embryonnaires lorsqu’elles sont susceptibles de permettre des progrès thérapeutiques majeurs et à la condition de ne pouvoir être poursuivies par une méthode alternative d’efficacité comparable, en l’état des connaissances scientifiques.) Espanha - A Lei 14, de 3 de julho de 2007, que regula a pesquisa biomédica, já em seu preâmbulo ressalta que os “avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano.” A referida lei, que veio complementar as previsões da Lei 14, de 26 de maio de 2006, sobre técnicas de reprodução humana assistida, é bastante abrangente e está estruturada em noventa artigos, quinze capítulos, oito títulos, ademais das disposições adicionais, transitórias, derogatórias e finais. Já em seu título I, estabelece um catálogo de princípios e garantias para a proteção dos direitos da pessoa humana e dos bens jurídicos implicados na investigação biomédica, recorrendo a uma relação precisa para estabelecer os limites do princípio da liberdade de pesquisa na defesa da dignidade e da identidade do ser humano. Assim, em conformidade com a concepção de proteção da vida humana já assentada na jurisprudência espanhola (Sentenças 53/1985, 212/1996 e 116/1999), a lei proíbe expressamente a constituição de pré-embriões e embriões humanos exclusivamente com a finalidade de experimentação, mas permite a utilização de qualquer técnica de obtenção de células-tronco embrionárias humanas com fins terapêuticos ou de pesquisa, que não comporte a criação de um pré-embrião ou embrião exclusivamente com esse fim. Estabelece o art. 28 da referida lei que os embriões humanos que tenham perdido sua capacidade de desenvolvimento biológico, bem como os embriões ou fetos humanos mortos, poderão ser doados para fins de pesquisa biomédica ou outros fins diagnósticos, terapêuticos, farmacológicos, clínicos ou cirúrgicos. A promoção da pesquisa biomédica atenderá a critérios de qualidade, eficácia e igualdade de oportunidades, e qualquer pesquisa deverá ser cientificamente justificada, além de cumprir critérios de qualidade científica (art. 10). A realização de pesquisa sobre uma pessoa requererá seu consentimento expresso, e por escrito, ou de seu representante legal, e prévia informação sobre as consequências e riscos que poderão acarretar a sua

[JC316] Comentário: 3 - PDPH
alguém que precisa ser
defendido.

7324 saúde (art. 58). Ademais, a pesquisa em seres humanos somente poderá realizar-se quando inexistente
7325 alternativa de eficácia comparável (cláusula de subsidiariedade), não deverá implicar para o ser humano
7326 riscos e moléstias desproporcionais aos potenciais benefícios que poderão ser obtidos. (Artículo 14.
7327 Principios generales. La investigación en seres humanos sólo podrá llevarse a cabo en ausencia de una
7328 alternativa de eficacia comparable. 2. La investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y
7329 molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener.). México -
7330 A Lei Geral de Saúde do México, de 7 de fevereiro de 1984 (última alteração publicada em 18-12-2007)
7331 prevê, em seu art. 100, que a pesquisa em seres humanos deverá adaptar-se a princípios científicos e
7332 éticos a justificar a pesquisa, especialmente no que se refere à sua possível contribuição para a solução de
7333 problemas de saúde e do desenvolvimento de novos campos da ciência médica. Também se requer, para
7334 a realização de pesquisa, o consentimento expresso, e por escrito, do sujeito fonte, além de prévia
7335 informação sobre as consequências e riscos que poderão advir à sua saúde. E o México igualmente adota,
7336 a exemplo dos demais países referidos acima (Alemanha, Austrália, França e Espanha), cláusula de
7337 subsidiariedade, ao deixar expresso que tais pesquisas somente poderão efetuar-se quando o
7338 conhecimento que se pretende produzir não possa ser obtido por outro método idôneo. (Art. 100, II – II.
7339 Podrá realizarse sólo cuando el conocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro
7340 método idoneo.) A interpretação do art. 5º da Lei 11.105/2005 com efeitos aditivos Como se pode
7341 constatar, a legislação de outros países é extremamente rigorosa e, portanto, responsável na
7342 regulamentação do tema das pesquisas científicas com embriões humanos. Efetuada a comparação, é
7343 impossível negar a deficiência da lei brasileira na regulamentação desse tema. É importante ressaltar que
7344 a legislação brasileira sequer prevê qualquer norma para regular as atividades desenvolvidas pelas clínicas
7345 de fertilização in vitro. Daí a origem dos bancos de embriões congelados sem qualquer destinação
7346 específica. Inserido, no curso do processo legislativo, numa lei que trata de tema distinto, o dos
7347 Organismos Geneticamente Modificados (OGM), denominados “transgênicos”, o art. 5º da Lei 11.105/2005
7348 visa preencher essa lacuna, destinando à pesquisa e à terapia os embriões humanos congelados há mais
7349 de três anos, na data da publicação da lei. Assim, é possível perceber, em primeiro lugar, que, enquanto
7350 no direito comparado a regulamentação do tema é realizada por leis específicas, destinadas a regular, em
7351 sua inteireza, esse assunto tão complexo, no Brasil inseriu-se um único artigo numa lei destinada a tratar
7352 de tema distinto. Um artigo que deixa de abordar aspectos essenciais ao tratamento responsável do tema.
7353 Ressalto a estrutura da lei espanhola, com noventa artigos, quinze capítulos, oito títulos, ademais das
7354 disposições adicionais, transitórias, derogatórias e finais. Em seu preâmbulo, a lei espanhola é enfática ao
7355 afirmar que os “avanços científicos e os procedimentos e ferramentas utilizados para alcançá-los geram

7356 importantes incertezas éticas e jurídicas, que devem ser convenientemente reguladas, com o equilíbrio e a
7357 prudência que exige um tema tão complexo que afeta de maneira tão direta a identidade do ser humano.”
7358 A lei brasileira, numa lacuna contundente, estabelece apenas que as instituições de pesquisa e serviços de
7359 saúde, que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, deverão submeter
7360 seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. Deixa a lei, nesse
7361 aspecto, de instituir um imprescindível Comitê Central de Ética, devidamente regulamentado. A legislação
7362 germânica, por exemplo, institui não só um órgão administrativo competente (Zuständige Behörde), ligado
7363 ao Ministério da Saúde, para conceder as licenças prévias, como cria Comissão de Ética Central para
7364 Pesquisa com células-tronco (Zentrale Ethik-kommission für Stammzellenforschung), formada por expertos
7365 em medicina, biologia, ética e teologia. Além disso, é importante observar que a legislação no direito
7366 comparado, sem exceção, estabelece, de forma expressa, uma cláusula de subsidiariedade, no sentido de
7367 permitir as pesquisas com embriões humanos apenas nas hipóteses em que outros meios científicos não
7368 se demonstrarem adequados para os mesmos fins. A lei brasileira deveria conter dispositivo explícito
7369 nesse sentido, como forma de um tratamento responsável sobre o tema. Os avanços da biotecnologia já
7370 indicam a possibilidade de que células-tronco totipotentes sejam originadas de células do tecido epitelial e
7371 do cordão umbilical. As pesquisas com células-tronco adultas têm demonstrado grandes avanços. O
7372 desenvolvimento desses meios alternativos pode tornar desnecessária a utilização de embriões humanos
7373 e, portanto, afastar, pelo menos em parte, o debate sobre as questões éticas e morais que envolvem tais
7374 pesquisas. Assim, a existência de outros métodos científicos igualmente adequados e menos gravosos
7375 torna a utilização de embriões humanos em pesquisas uma alternativa científica contrária ao princípio da
7376 proporcionalidade. O art. 5º da Lei 11.105/2005 é, portanto, deficiente, em diversos aspectos, na
7377 regulamentação do tema das pesquisas com células-tronco. A declaração de sua inconstitucionalidade,
7378 com a consequente pronúncia de sua nulidade total, por outro lado, pode causar um indesejado vácuo
7379 normativo mais danoso à ordem jurídica e social do que a manutenção de sua vigência. Não seria o caso
7380 de declaração total de inconstitucionalidade, ademais, pois é possível preservar o texto do dispositivo,
7381 desde que seja interpretado em conformidade com a Constituição, ainda que isso implique numa típica
7382 sentença de perfil aditivo. Nesse sentido, a técnica da interpretação conforme a Constituição pode
7383 oferecer uma alternativa viável. Há muito se vale o Supremo Tribunal Federal da interpretação conforme à
7384 Constituição. Consoante a prática vigente, limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato
7385 questionado desde que interpretado em conformidade com a Constituição. O resultado da interpretação,
7386 normalmente, é incorporado, de forma resumida, na parte dispositiva da decisão. Segundo a
7387 jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece

7388 limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A
7389 interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a
7390 expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria
7391 concepção original do legislador. Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado
7392 à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se
7393 mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto. Muitas vezes, porém, esses limites não se
7394 apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos
7395 normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações.
7396 Assim, é possível entender, como o faz Rui Medeiros, que “a problemática dos limites da interpretação
7397 conforme à Constituição está indissociavelmente ligada ao tema dos limites da interpretação em geral”. A
7398 eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o
7399 condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por
7400 isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa
7401 decisão modificativa dos sentidos originais do texto. A experiência das Cortes Constitucionais europeias –
7402 destacando-se, nesse sentido, a Corte Costituzionale italiana³⁰ – bem demonstra que, em certos casos, o
7403 recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos ou corretivos da norma constitui a única
7404 solução viável para que a Corte Constitucional enfrente a inconstitucionalidade existente no caso concreto,
7405 sem ter que recorrer a subterfúgios indesejáveis e soluções simplistas como a declaração de
7406 inconstitucionalidade total ou, no caso de esta trazer consequências drásticas para a segurança jurídica e
7407 o interesse social, a opção pelo mero não conhecimento da ação. Sobre o tema, é digno de nota o estudo
7408 de Joaquín Brage Camazano, do qual cito a seguir alguns trechos: La raíz esencialmente pragmática de
7409 estas modalidades atípicas de sentencias de la constitucionalidad hace suponer que su uso es
7410 prácticamente inevitable, con una u otra denominación y con unas u otras particularidades, por cualquier
7411 órgano de la constitucionalidad consolidado que goce de una amplia jurisdicción, en especial si no
7412 seguimos condicionados inercialmente por la majestuosa, pero hoy ampliamente superada, concepción de
7413 Kelsen del TC como una suerte de “legislador negativo”. Si alguna vez los tribunales constitucionales
7414 fueron legisladores negativos, sea como sea, hoy es obvio que ya no lo son; y justamente el rico “arsenal”
7415 sentenciador de que disponen para fiscalizar la constitucionalidad de la Ley, más allá del planteamiento
7416 demasiado simple “constitucionalidad/inconstitucionalidad”, es un elemento más, y de importancia, que
7417 viene a poner de relieve hasta qué punto es así. Y es que, como Fernández Segado destaca, “la praxis de
7418 los tribunales constitucionales no ha hecho sino avanzar en esta dirección” de la superación de la idea de
7419 los mismos como legisladores negativos, certificando [así] la quiebra del modelo kelseniano del legislador

negativo. Certas modalidades atípicas de decisão no controle de constitucionalidade decorrem, portanto, de uma necessidade prática comum a qualquer jurisdição constitucional. Assim, o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade. Além das muito conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, declaração de nulidade parcial sem redução de texto, ou da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, aferição da “lei ainda constitucional” e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas as técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de inconstitucionalidade com efeitos pro futuro a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal. Nesse contexto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem evoluído significativamente nos últimos anos, sobretudo a partir do advento da Lei 9.868/1999, cujo art. 27 abre ao Tribunal uma nova via para a mitigação de efeitos da decisão de inconstitucionalidade. A prática tem demonstrado que essas novas técnicas de decisão têm guarida também no âmbito do controle difuso de constitucionalidade. Uma breve análise retrospectiva da prática dos Tribunais Constitucionais e de nosso Supremo Tribunal Federal bem demonstra que a ampla utilização dessas decisões, comumente denominadas “atípicas”, as converteram em modalidades “típicas” de decisão no controle de constitucionalidade, de forma que o debate atual não deve mais estar centrado na admissibilidade de tais decisões, mas nos limites que elas devem respeitar. O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador. No recente julgamento conjunto das ADI 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/1994), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolvando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei. Em outros vários casos mais antigos³⁶, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme a Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos. Tais sentenças de perfil aditivo foram proferidas por esta Corte

7452 nos recentes julgamentos dos MS 26.602, Rel. Min. Eros Grau, MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, e MS
7453 26.604, Rel. Min. Cármen Lúcia, em que afirmamos o valor da fidelidade partidária; assim como no
7454 também recente julgamento a respeito do direito fundamental de greve dos servidores públicos (MI 708,
7455 de minha relatoria; MI 607 e MI 712, Rel. Min. Eros Grau). Outra não foi a fórmula encontrada pelo
7456 Tribunal para solver a questão da inconstitucionalidade da denominada cláusula de barreira instituída pelo
7457 art. 13 da Lei 9.096, no julgamento das ADI 1.351 e ADI 1.354, Rel. Min. Marco Aurélio. Sobre a evolução
7458 da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português
7459 Blanco de Moraes fez a seguinte análise: (...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos
7460 volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do
7461 regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das
7462 decisões de inconstitucionalidade. Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir
7463 com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma
7464 acção directa de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória
7465 com efeitos aditivos. Esta eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma
7466 restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas
7467 pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a
7468 todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores
7469 inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores
7470 públicos. Em futuro próximo, o Tribunal voltará a se deparar com o problema no julgamento da ADPF 54,
7471 Rel. Min. Marco Aurélio, que discute a constitucionalidade da criminalização dos abortos de fetos
7472 anencéfalos. Caso o Tribunal decida pela procedência da ação, dando interpretação conforme aos arts.
7473 124 a 128 do Código Penal, invariavelmente proferirá uma típica decisão manipulativa com eficácia aditiva.
7474 Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a
7475 possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando
7476 mais uma excludente de punibilidade – no caso do feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.
7477 Portanto, é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do
7478 legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com
7479 eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação
7480 criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à
7481 inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e
7482 garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional. O presente caso oferece uma oportunidade
7483 para que o Tribunal avance nesse sentido. O vazio jurídico a ser produzido por uma decisão simples de

7484 declaração de inconstitucionalidade/nulidade dos dispositivos normativos impugnados torna necessária
 7485 uma solução diferenciada, uma decisão que exerça uma “função reparadora” ou, como esclarece Blanco
 7486 de Moraes, “de restauração corretiva da ordem jurídica afetada pela decisão de inconstitucionalidade”.
 7487 Seguindo a linha de raciocínio até aqui delineada, deve-se conferir ao art. 5º uma interpretação em
 7488 conformidade com o princípio responsabilidade, tendo como parâmetro de aferição o princípio da
 7489 proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Conforme analisado, a lei
 7490 viola o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) ao
 7491 deixar de instituir um órgão central para análise, aprovação e autorização das pesquisas e terapia com
 7492 células-tronco originadas do embrião humano. O art. 5º da Lei 11.105/2005 deve ser interpretado no
 7493 sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões
 7494 humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia aprovação e autorização por
 7495 Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Entendo, portanto, que
 7496 essa interpretação com conteúdo aditivo pode atender ao princípio da proporcionalidade e, dessa forma,
 7497 ao princípio responsabilidade. Assim, julgo improcedente a ação, para declarar a constitucionalidade do
 7498 art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei 11.105/2005, desde que seja interpretado no sentido de que a
 7499 permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos
 7500 produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e a aprovação por Comitê
 7501 (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao ministério da Saúde.

7502 PROPOSTA

7503 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite? Antes de Vossa Excelência
 7504 anunciar o resultado do julgamento, no penúltimo item do meu voto, cuja leitura, na noite de ontem,
 7505 ocasionou, na mídia, alguns equívocos de interpretação, havia eu advertido, logo na introdução daquele
 7506 tópico, que tinha de escapar à alternativa de reconhecer insuficiência à lei, em termos de proteção da
 7507 dignidade devida aos embriões como matriz da espécie humana, ou de, suprimindo a insuficiência mediante
 7508 interpretação, declarar a constitucionalidade da norma e a necessidade de algumas providências que
 7509 entendi – e continuo a entender – iminentes ao alcance do art. 5º. Não vou insistir agora, até porque
 7510 Vossa Excelência já o fez brilhante e exaustivamente, em relação à deficiência da lei, justificando
 7511 interpretação conforme ou eficácia aditiva, para que seja preservada, na execução da mesma lei, a tutela
 7512 constitucional devida aos embriões. O problema não está em que à Corte – nem a mim em particular –
 7513 seja agradável criar entraves burocráticos, como se as hipóteses e soluções que o Tribunal avenge
 7514 tivessem tão indigna finalidade. Eu duvido que, trate-se dos cientistas, trate-se da própria estrutura

[JC317] Comentário: 4.1

[JC318] Comentário: 4.3 – Dig
 é bom, indigna é ruim.

7515 orgânica do Governo, mantenham alguma incerteza sobre a necessidade de um sistema de
7516 operacionalização para cumprimento da lei. Tanto não o têm, que o Conselho Nacional de Saúde baixou
7517 inúmeras resoluções sobre o assunto, e provavelmente baixará outras tantas quanto, no curso dos
7518 trabalhos, se mostrarem necessárias, segundo as exigências do rigoroso controle ético das pesquisas. Eu
7519 já havia acenado, Senhor Presidente, para a necessidade de se reconhecer a um órgão de cúpula a
7520 responsabilidade final pelo funcionamento do sistema e pela preservação dessas exigências éticas,
7521 advertindo que não caberia, à luz da função jurisdicional estrita, ao Tribunal criar órgão congênere. E,
7522 confesso: entre ontem e hoje, fui alertado pelos próprios cientistas que têm acompanhado de perto este
7523 julgamento, de existirem já normas capazes de solucionar o problema daquela deficiência legislativa, sem
7524 a criação de qualquer outro órgão. De modo que – pelo menos do meu ponto de vista, com o devido
7525 respeito e acompanhando Vossa Excelência em relação a isso –, pressuposta a necessidade absoluta da
7526 existência de órgão central independente e responsável por todo o sistema de pesquisas, verifiquei, em
7527 disposição expressa do Decreto 5.591/2005, designadamente o parágrafo 2º do art. 63, que regulamenta
7528 o art. 5º, o seguinte texto: Art. 63 (...) § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem
7529 pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à
7530 apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa, na forma de resolução do Conselho
7531 Nacional de Saúde. Foi, aí, portanto, atribuído ao Conselho Nacional de Saúde o poder regulamentar sobre
7532 o controle dos projetos de pesquisa. E, no exercício dessa competência regulamentar, o Conselho baixou
7533 duas resoluções que, a meu ver, resolvem todos os problemas correlacionados com aquela deficiência da
7534 lei, pois a Resolução 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde já criou, ao lado da institucionalização – se
7535 assim se pode dizer – dos Comitês de Ética, a Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP),
7536 atribuindo-lhe, entre outras, as seguintes gravíssimas competências: poder deliberativo, normativo e
7537 educativo sobre todo o sistema de controle das pesquisas. Vou ser explícito, lendo-lhe aqui o item VIII:
7538 VIII – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP/MS). A Comissão Nacional de Ética em Pesquisa –
7539 CONEP/MS é uma instância colegiada, de natureza consultiva, deliberativa, normativa, educativa,
7540 independente, vinculada ao Conselho Nacional de Saúde. Entre as atribuições específicas que lhe deu a
7541 resolução, está o seguinte, no item VIII.4: VIII.4 –Atribuições da Conep –Compete à Conep/MS o exame
7542 dos aspectos éticos da pesquisa envolvendo seres humanos, bem como a adequação e atualização das
7543 normas atinentes. A Conep/MS consultará a sociedade sempre que julgar necessário, cabendo-lhe, entre
7544 outras, as seguintes atribuições: E, aí, discrimina outras atribuições, das quais relevo duas, pertinentes à
7545 matéria de que estamos tratando: VIII.4. (...) d) prover normas específicas no campo da ética em
7546 pesquisa, inclusive nas áreas temáticas especiais, bem como recomendações para aplicação das mesmas;

7547 (...) f) rever responsabilidades, proibir ou interromper pesquisas, definitiva ou temporariamente, podendo
7548 requisitar protocolos para revisão ética inclusive, os já aprovados pelo CEP; Ora, daí se tiraria, desde logo,
7549 que a Conep tem, por força dessa regulamentação legal, todos os poderes que de certo modo a mim me
7550 parecem suficientes para autuação como órgão central independente, responsável pela supervisão e
7551 operacionalidade de todo sistema de pesquisas. E aqui é que aventei a necessidade de esse órgão suprir a
7552 deficiência, não tanto da lei imediatamente, mas da sua regulamentação, quanto aos Comitês de Ética.
7553 Por quê? Porque a Resolução 196 atribui às instituições – e instituições aí normalmente são universidades,
7554 não apenas universidades públicas, mas também particulares –, e aos serviços de saúde, tanto públicos,
7555 como privados, a realização das pesquisas e a criação dos Comitês de Ética, aos quais os protocolos
7556 devem ser necessariamente submetidos. E proclama a independência e a autonomia desses comitês,
7557 como não poderia deixar de ser, mas, como ficou consignado em meu voto, permite, em tese, o chamado
7558 “problema de agência”, isto é, abre possibilidade de conflito de interesses. É que, sendo a própria
7559 instituição interessada na realização dos projetos que tem poder de nomear os membros dos comitês sem
7560 nenhum controle externo, pode acontecer – e evidentemente não estou fazendo a respeito nenhuma
7561 profecia e, até, duvido de que venha isso a acontecer – que a nomeação desses membros fraude os
7562 limites decorrentes das exigências constitucionais do controle ético das pesquisas. Noutras palavras, é
7563 possível, em tese, nomear-se comissão de membros antecipadamente comprometidos com pesquisas que
7564 se desviem dos limites éticos reclamados pelo ordenamento. O que é preciso, portanto, para garantir a
7565 autonomia e a independência dos comitês? É preciso que haja – e, nesse caso, deve tê-lo a Conep, a meu
7566 ver – poder jurídico de um órgão superior central do sistema para aprovar ou rejeitar os nomes indicados
7567 pelas instituições para comporem os Comitês de Ética. Nesse caso, recorro à Resolução 340/2004 do
7568 Conselho Nacional de Saúde, que estatui: IV.1 – As pesquisas da área genética humana devem ser
7569 submetidas à apreciação do CEP e, quando for o caso, da Conep como protocolos completos, de acordo
7570 com o capítulo VI da Resolução CNS n. 196/96, não sendo aceitos como emenda, adendo ou subestudo de
7571 protocolo de outra área, devendo ainda incluir: Em seguida, no item VI.1, prescreve: VI.1 – Cabe ao CEP,
7572 conforme disposto no capítulo VII da Resolução CNS n. 196/96, a análise dos projetos de pesquisa,
7573 assumindo co-responsabilidade – que eu já havia enunciado no meu voto – no que diz respeito aos
7574 aspectos éticos. (...) VI.3 – Cabe à Conep a aprovação final das pesquisas em genética humana que
7575 incluam: a) envio para o exterior de material genético ou qualquer material biológico humano para
7576 obtenção de material genético; b) armazenamento de material biológico ou dados genéticos humanos no
7577 exterior e no País, quando de forma conveniente com instituições estrangeiras ou em instituições
7578 comerciais; c) alterações da estrutura genética de células humanas para utilização in vivo; d) pesquisas na

7579 área da genética da reprodução humana (reprogenética); e) pesquisas em genética do comportamento; e
7580 f) pesquisas em que esteja prevista a dissociação irreversível dos dados dos sujeitos de pesquisa. E, mais,
7581 no item VI.4: VI.4 – Nos casos previstos no item VI.3 acima, o CEP deverá examinar o protocolo, elaborar
7582 o parecer consubstanciado e enviar ambos à Conep com a documentação completa conforme a Resolução
7583 CNS n. 196/96, itens VII.13.a e b e VIII.4.c.1. O pesquisador deve ser informado que deverá aguardar o
7584 parecer da

7585 Conep para início da execução do projeto. Em suma, é a própria resolução que atribui à Conep poder
7586 decisório último sobre todo o sistema.

7587 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Na verdade, Ministro Cezar Peluso, estou acompanhando,
7588 nesse aspecto, a manifestação dos Ministros Carlos Alberto Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, e a
7589 de Vossa Excelência que também já havia pontuado a respeito desse órgão central.

7590 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Eu simplesmente queria ressaltar, porque Vossa Excelência, como foi o último
7591 a manifestar-se sobre o assunto, lhe deu certo relevo, sem demérito algum às valiosas opiniões dos
7592 eminentes Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski. Senhor Presidente, estou propondo, enfim,
7593 que a Corte enuncie como interpretação conforme que a Conep é o órgão último responsável pelo sistema
7594 e que, entre suas atribuições, está também a de aprovar ou rejeitar os nomes indicados para composição
7595 dos Comitês de Ética. Para que não fique dúvida nenhuma nos registros, proponho, de modo bem claro,
7596 que se reconheça à Conep a posição de órgão central responsável, do ponto de vista ético, pelas
7597 pesquisas, com todas as competências a que já me referi, e com a que me parece implícita, a de poder
7598 aprovar ou rejeitar os nomes indicados para composição dos Comitês de Ética. E, com isso, não erguemos
7599 nenhum entrave à pronta execução da lei, porque não se sugere criação de nenhum órgão, que este já
7600 existe. E não vai nisto transtorno burocrático; a burocracia orgânica, aliás necessária, já existe. Estamos
7601 apenas declarando a necessidade de cumprimento de certas cautelas indispensáveis à prevenção dos
7602 riscos da tecnologia em si, imitando, nesse ponto, todos os países civilizados que aprovaram e
7603 disciplinaram as pesquisas. O voto de Vossa Excelência – que foi o último – bem fez recapitulação de
7604 todos os argumentos da necessidade da existência desse órgão central. Senhor Presidente, estou
7605 submetendo à Corte, pedindo vênica, mais uma vez, aos eminentes Ministros e a Vossa Excelência, todas
7606 essas considerações porque integrem o sentido da nossa decisão.

7607 EXPLICAÇÃO

7608 O Sr. Ministro Celso de Mello: Senhor Presidente, pela ordem, no julgamento da presente ação direta
7609 formou-se uma maioria absoluta; há seis votos que julgam improcedente a ação e dos quais resulta um
7610 julgamento meramente declaratório, porque rejeita a pretensão de inconstitucionalidade, deduzida pelo
7611 Senhor Procurador-Geral da República. Os seis votos proferidos não estabelecem qualquer tipo de
7612 restrição às pesquisas em torno das células-tronco embrionárias.

7613 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, por que seis votos ?

7614 O Sr. Ministro Celso de Mello: Seis votos, considerados, nesse cômputo, os votos do Ministro Ayres Britto,
7615 Relator, da Ministra Cármen Lúcia, do Ministro Joaquim Barbosa, da Ministra Ellen Gracie, do Ministro
7616 Marco Aurélio e do meu próprio voto. O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, por que Vossa Excelência me
7617 está excluindo? Julguei a ação improcedente.

7618 O Sr. Ministro Celso de Mello: Não, Vossa Excelência, na verdade, julgou parcialmente procedente esta
7619 ação direta, porque dá, à regra legal impugnada, interpretação conforme. É da técnica do Supremo
7620 Tribunal Federal que a interpretação conforme resulte em declaração de inconstitucionalidade parcial.

7621 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, pura discussão léxica sobre assunto secundário; não há, em meu
7622 voto, nenhuma restrição à constitucionalidade da lei, nem às pesquisas.

7623 O Sr. Ministro Celso de Mello: Há, sim, Ministro. Vossa Excelência, na verdade, aceita, em parte, a
7624 impugnação, pois admite a imposição de restrição às pesquisas científicas sobre células-tronco
7625 embrionárias, o que é rejeitada, expressamente, pelos seis (6) votos que compõem a maioria.

7626 Na realidade, Sr. Ministro Cezar Peluso, há seis votos que simplesmente rejeitam, sem quaisquer adições,
7627 sem quaisquer restrições, sem quaisquer condicionamentos, sem qualquer exortação, sem qualquer apelo
7628 as limitações às pesquisas científicas admitidas pelos cinco (5) eminentes Ministros que compõem a
7629 minoria. O fato é que a utilização – plenamente legítima – da técnica da interpretação conforme pode
7630 levar, sim, ao exercício concreto das três possíveis funções propiciadas por essa técnica de decisão: (1)
7631 função de escolha entre várias soluções, (2) função de correção dos sentidos literais possíveis da regra
7632 legal e (3) função de revisão da lei. No caso, com a declaração de improcedência – e há seis votos que
7633 compõem a maioria absoluta declarando a improcedência da presente ação direta –, não há que se cogitar
7634 de exortação ou de apelo, ao legislador, de correção, de revisão do texto legal ora em exame.

7635 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Nem de insuficiência normativa. Nada.

7636 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não há necessidade nenhuma de regulamentação adicional, Ministro.
7637 Nenhuma. Não precisa sobrevir nada.

7638 O Sr. Ministro Celso de Mello: Então não há necessidade de proclamação alguma, mesmo porque a
7639 maioria não propõe. Ela dispõe...

7640 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Por que Vossa Excelência não acha inerente o sistema a necessidade de
7641 controle?

7642 O Sr. Ministro Celso de Mello: Os seis votos proferidos entendem que não há déficit de regulamentação na
7643 norma do art. 5º do diploma legislativo em questão.

7644 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência está achando que isso é questão de conveniência. Não é;
7645 trata-se de coisa própria do sistema.

7646 O Sr. Ministro Celso de Mello: Entendemos que o art. 5º da Lei de Biossegurança, em sua integralidade,
7647 está em plena conformidade com a Constituição, não precisando sofrer qualquer tipo de interpretação
7648 conforme, ou de interpretação corretiva, reducionista, expansiva ou aditiva.

7649 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, Vossa Excelência gastou uma hora para falar isso, que a lei perante
7650 a Constituição não precisa de nada? Juntando todas as horas, tudo que falamos foi inútil?

7651 O Sr. Ministro Celso de Mello: Não. A responsabilidade de cada juiz, no desempenho da função de controle
7652 de constitucionalidade, a gravidade do problema e a alta responsabilidade de que se acham investidos os
7653 magistrados desta Suprema Corte, tudo isso impunha ampla reflexão, sim, e a prolação de votos muito
7654 bem fundamentados, como o de Vossa Excelência. Ocorre, no entanto, que o entendimento de Vossa
7655 Excelência não prevaleceu. Vossa Excelência está em posição minoritária. A verdade é esta: ainda que
7656 declarando improcedente a ação, no fundo Vossa Excelência está julgando-a parcialmente procedente, em
7657 face da interpretação conforme que propõe.

7658 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sem meias palavras, é isso mesmo Excelência.

7659 O Sr. Ministro Cezar Peluso: A esta altura, eu estava achando que eram inúteis.

7660 O Sr. Ministro Celso de Mello: Não são inúteis. O Advogado-Geral da União está aqui presente. Os
7661 membros do Congresso Nacional estão ouvindo e assistindo a este julgamento. Certamente adotarão, na
7662 esfera de competência de cada um dos Poderes, as providências que julgarem pertinentes.

- 7663 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, não queremos que eles adotem nada!
- 7664 O Sr. Ministro Celso de Mello: E isso não é realmente necessário, segundo os seis que compõem a maioria,
7665 pois esses seis votos, ao julgarem improcedente esta ação direta, liberaram, sem qualquer restrição, a
7666 pesquisa científica em torno das células-tronco embrionárias.
- 7667 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): E com isso se respeita o princípio da majoritariedade, que é incito à
7668 democracia.
- 7669 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, não terminou o julgamento. Se houvesse já coisa julgada, não
7670 estava aqui a falar inutilmente.
- 7671 O Sr. Ministro Celso de Mello: O julgamento está sendo concluído e, a não ser que algum Ministro que
7672 componha a maioria reconsidere a sua anterior posição, há de prevalecer, por evidente, a decisão que
7673 julga improcedente, sem qualquer restrição ou limitação, a presente ação direta de inconstitucionalidade.
- 7674 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, já disse outro dia ao Ministro Marco Aurélio e agora vou repetir a
7675 Vossa Excelência: estou fazendo uma ponderação. Se Vossa Excelência não a aceita, diga que não aceita,
7676 e acabou.
- 7677 O Sr. Ministro Celso de Mello: É respeitabilíssima a ponderação de Vossa Excelência. Não questiono o seu
7678 direito de fazê-lo. Tecnicamente, contudo, a proclamação, neste caso, só pode ser uma: o Supremo
7679 Tribunal Federal julgou improcedente, por maioria de seis votos, esta ação direta.
- 7680 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, é distinção formal, léxica.
- 7681 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Já está regulada!
- 7682 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Há um projeto de lei do Deputado Pinotti exatamente sobre a Conep.
- 7683 EXPLICAÇÃO
- 7684 O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, se Vossa Excelência e também os Ministros Celso de
7685 mello e Cezar Peluso me permitirem, vou falar, porque sou voto vencido na parte relativa ao mérito da
7686 ação, fiz questão de explicitar em longa fundamentação, diante da relevância da matéria, e também
7687 secundeiei a opinião manifestada pelo Ministro Cezar Peluso, desde o seu voto, com relação a essa
7688 preocupação. Mas, realmente, se nenhum dos Colegas que votaram nesse sentido reformular o voto, é
7689 evidente que o resultado é pela improcedência integral da ação, com os votos vencidos daqueles que, de

7690 uma maneira ou de outra, acrescentam esta ou aquela restrição. De todos os modos, se Vossa Excelência
7691 ainda me permitir, gostaria de acrescentar, e o Ministro Cezar Peluso foi bastante preciso, que esta
7692 Comissão Nacional de Ética, tecnicamente, tem de alcançar também essas pesquisas, independentemente
7693 de qualquer manifestação que possa ser feita pela Suprema Corte, porque, conforme mostrou o Ministro
7694 Peluso, quer seja a ação, como agora nós estamos julgando, totalmente improcedente pela maioria dos
7695 Membros desta Suprema Corte, quer ela seja procedente, em parte, quer ela seja pela interpretação
7696 conforme, quer ela seja pela interpretação sem redução de texto, em qualquer circunstância que seja a
7697 técnica que se adote, a manifestação majoritária foi no sentido de que prevalece a integralidade do art.
7698 5º. Agora, essa integralidade do art. 5º que há de permanecer, mantidos os votos que já foram
7699 proferidos, não significa que essas pesquisas escapem, necessariamente, a esse controle da Comissão
7700 Nacional de Ética. A meu sentir, seja qual for o resultado da Suprema Corte, hoje, essas pesquisas devem
7701 restar submetidas a este controle, porque explicitado na própria resolução. Por outro lado, como disse o
7702 eminente Ministro Celso de Mello, desde o voto que proferi, chamei a atenção de que havia diversos
7703 projetos de lei, na Câmara e no Senado, com esse objetivo, e certamente esses projetos poderão mudar,
7704 acrescentar ou retirar qualquer um desses aspectos. Concluo dizendo que acompanho, às completas, o
7705 voto de Vossa Excelência, igualmente o voto proferido pelo Ministro Peluso, nesta parte, mas saliento que,
7706 na minha concepção, independentemente do resultado, mantidos os votos pela improcedência da ação,
7707 esse Comitê Nacional de Ética terá eficácia também para essas pesquisas. O Sr. Ministro Menezes Direito:
7708 O do Deputado Pinotti, é só o último que foi apresentado e foi apenso. O Sr. Ministro Menezes Direito: Eu
7709 apenas queria, se Vossa Excelência me permitisse, completar. Na minha perspectiva, estou dando essa
7710 interpretação, e me parece consentânea com a realidade do julgamento, porque, quando votei, eu já a
7711 incluí necessariamente, na mesma linha dos votos posteriores dos Ministros Peluso e Gilmar Mendes.
7712 Apenas estou entendendo que seria preferível que nós explicitássemos, mas esse não é o entendimento
7713 da maioria.

7714 EXPLICAÇÃO

7715 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Folgo muito em ouvir, e sempre o faço com grande prazer e aprendo sempre,
7716 o que disse o Ministro Celso de Mello, porque Sua Excelência me deu, agora, um fundamento mais
7717 imediato para sustentar minha posição, que é apenas a de de + clarar, isto é, deixar claro. Por quê?
7718 Porque, se há um sistema óbvio, o que custa ao Tribunal tornar claro que o sistema existe? E por que
7719 torná-lo claro? Porque há, teoricamente, possibilidade de revogação das resoluções em pontos que
7720 atinjam a necessidade da existência desse órgão central.

- 7721 O Sr. Ministro Carlos Britto: Para nós, a lei é suficiente.
- 7722 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, se a lei fosse suficiente, não existiria tribunal!
- 7723 O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, mas nós já decidimos por seis a cinco. A lei é suficiente.
- 7724 O Sr. Ministro Cezar Peluso: E nós não teríamos passado aqui bons dois dias a discutir-lhe a matéria, se a
7725 lei fosse suficiente.
- 7726 O Sr. Ministro Carlos Britto: E a resolução é excelente. É de excelente qualidade.
- 7727 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois é. É apenas isso o que eu quero que se declare, Excelência.
- 7728 O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas não precisamos declarar. Não faz parte da inicial. Não faz parte do
7729 pedido.
- 7730 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, quero só deixar claro. Declarar.
- 7731 O Sr. Ministro Cezar Peluso: E sabe por que mais? Eu quero evitar é que a Corte assuma, eventual e
7732 implicitamente – e, aí, sim, gerando dificuldades de interpretação – a postura formal de que o sistema
7733 pode ser irresponsável.
- 7734 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não? Ótimo. É isso o que eu quero que se declare, Excelência. É ótimo.
- 7735 O Sr. Ministro Celso de Mello: Há um sistema institucionalizado de monitoramento, de vigilância, de
7736 fiscalização.
- 7737 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Pois é isso o que eu quero que se declare.
- 7738 O Sr. Ministro Celso de Mello: Mas isso não depende de qualquer declaração desta Suprema Corte, pois,
7739 conforme diz o eminente Ministro Menezes Direito, tal sistema já existe.
- 7740 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, tudo o que existe, pode ser declarado. O que não se pode
7741 declarar é só o que não existe.
- 7742 O Sr. Ministro Celso de Mello: Ministro Peluso, há seis votos, no entanto, que entendem sem sentido a
7743 declaração, que Vossa Excelência pretende ver proclamada, porque esses seis Juízes deste Supremo
7744 Tribunal, que compõem a maioria, julgam totalmente improcedente esta ação direta.
- 7745 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Seis, oito, dez votos...

- 7746 O Sr. Ministro Celso de Mello: Seis votos – que constituem a maioria absoluta – que se revelam decisivos
7747 na definição do presente julgamento.
- 7748 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, estamos discutindo palavras, diante de uma realidade que exige
7749 clareza, sobretudo.
- 7750 O Sr. Ministro Celso de Mello: Parece-me que não há déficit de clareza, não há déficit de regulamentação.
7751 Ao contrário, efetuado o julgamento, seis votos julgam pura e simplesmente improcedente a ação direta e
7752 nada mais propõem. É isso que se aguarda que o eminente Presidente proclame: a prevalência do voto
7753 majoritário. Apenas isso!
- 7754 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim. Excelência, que mal há em deixá-lo claro?
- 7755 O Sr. Ministro Celso de Mello: Os seis votos que julgam improcedente esta ação direta são extremamente
7756 claros. Nada há, portanto, a esclarecer...
- 7757 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Excelência, ontem eu declarei várias coisas, os jornais publicaram outras,
7758 hoje. Ontem deixei claras várias coisas.
- 7759 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas, então, quid? Eu estou julgando improcedente a ação.
- 7760 O Sr. Ministro Celso de Mello: Sem explicitação?
- 7761 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Não, declarando.
- 7762 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É evidente que, neste caso, quando nós, que formamos a
7763 minoria, estamos a dizer claramente que deve haver um Comitê Central de Ética, o fazemos dizendo que
7764 isso deve integrar o próprio conceito no plano legal. Agora, há – e o Ministro Peluso trouxe, inclusive, essa
7765 resolução, a qual não havia sido objeto de discussão anteriormente – providências nesse sentido. Porém,
7766 o Ministro Peluso está propondo que essa idéias da resolução integre o próprio conceito, o próprio
7767 elemento central da decisão.
- 7768 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Claro!
- 7769 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sua Excelência reconhece.
- 7770 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Todos compreendemos.

7771 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Isso está devidamente esclarecido, mas, é claro que já há
7772 decisão do Tribunal no sentido da improcedência.

7773

7774 EXPLICAÇÃO

7775 O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, peço-lhe que encerre e proclame a decisão. Este Tribunal
7776 hoje deu lições de serenidade. Aqui ninguém perde, ninguém ganha. Faço parte da minoria que está
7777 preocupada com aspectos que parecem extremamente sérios.

7778 O Sr. Ministro Celso de Mello: A maioria também revela igual preocupação...

7779 O Sr. Ministro Eros Grau: Eu creio que sim. Quero deixar bem claro que os Colegas, sobretudo os mais
7780 antigos, devem ensinar-me a ter serenidade, a não me exaltar. Nós demos uma lição de reflexão hoje.
7781 Aqui não há individualidade nenhuma. Eu me considero integrado nesse todo e não preciso provar nada a
7782 ninguém. No dia em que cheguei a esta Corte venci toda e qualquer individualidade, todo e qualquer
7783 impulso no sentido de tomar a minha singularidade como motivo determinante de qualquer ação minha.
7784 Queria pedir a Vossa Excelência que encerre. Já sabemos o resultado que, para mim, não foi 6 a 5. Houve
7785 uma decisão do Tribunal do qual eu faço parte; e não sou senão um pedaço deste Tribunal. De modo que
7786 é inútil, é descabido. Não precisamos ficar discutindo quem ganhou, quem perdeu. Quem ganhou foi o
7787 Tribunal todo. Este deve ser um momento de serenidade, e, se Vossa Excelência me permitir, vou me
7788 arrojar a circunstância de ser o mais velho, porque sou o mais velho dos onze. Rogo, em nome da
7789 celeridade, que Vossa Excelência encerre a sessão.

7790 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Em seguida, infelizmente, sou eu.

7791 O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro Celso de Mello, Vossa Excelência me perdo e, só para acentuar,
7792 como Vossa Excelência sabe, que muitas vezes o voto vencido de hoje é o voto vencedor de amanhã.

7793 O Sr. Ministro Celso de Mello: E disso há, eminente Ministro Menezes Direito, exemplos históricos ocorridos
7794 nesta própria Suprema Corte.

7795 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu não sou célula-tronco, mas estou me congelando
7796 aqui.

7797 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não sei se eu vou ser aproveitada ou jogada fora, mas, por via das dúvidas,
7798 aumente a temperatura.

7799 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, tivemos a oportunidade de fazer debates
7800 extremamente profícuos, intensos, sobre várias questões. Tivemos algumas perplexidades, inclusive, já
7801 na proclamação ontem, por conta dessa dificuldade, agora apontada pelo Ministro Celso de Mello, quanto
7802 ao próprio conceito de declaração parcial sem redução de texto ou interpretação conforme. Eu tenho
7803 procurado fazer um distinguishing entre as duas categorias, dizendo que, quando há declaração de
7804 inconstitucionalidade sem redução de texto, nós eliminamos um sentido normativo ou uma aplicação. Em
7805 geral, nesses casos, nós também nos filiamos à corrente daqueles que julgam improcedente com um dado
7806 sentido, mas isso não está claro. Se formos pesquisar na jurisprudência do Tribunal, encontraremos
7807 manifestações de toda índole, de toda ordem. O que interessa é que o Tribunal, por maioria, nos termos
7808 do voto do Relator, Ministro Carlos Britto, julgou improcedente a Ação 3.510.

7809

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 130-DF**VOTO**

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Uma vez assentada a adequação da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como ferramenta processual de abertura da jurisdição deste Supremo Tribunal Federal, e não havendo nenhuma outra questão preliminar a solver, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da questão. Fazendo-o, começo por me impor a tarefa que certamente passa pela curiosidade inicial de cada um dos Senhores Ministros: saber até que ponto a proteção constitucional brasileira à liberdade de imprensa corre parilha com a relevância intrínseca dotada em todos os países de democracia consolidada. A começar pelos Estados Unidos da América, em cuja Constituição, e por efeito da primeira emenda por ela recebida, está fixada a regra de que “[o] Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa (...)” (art. I). 15. Em palavras diferentes, o que certamente passa pelo intelecto de cada qual dos meus Pares é saber se o regime constitucional da imprensa, em nosso País, guarda conformidade com o fundamental e insubstituível papel que ela desempenha enquanto plexo de “atividades” e também como o somatório dos órgãos ou meios de comunicação social. Plexo de atividades e somatório dos órgãos ou meios de comunicação social, porque assim é como dispõe o § 5º do art. 220, combinadamente com o § 1º, o § 2º e o § 3º do art. 222 da Constituição de 1988. 16. Deveras, todo exame normativo-constitucional que, entre nós, tenha na liberdade de imprensa o seu específico ponto de incidência, há de começar pela constatação de que, objetivamente, a imprensa é uma atividade. Uma diferenciada forma do agir e do fazer humano. Uma bem caracterizada esfera de movimentação ou do protagonismo dessa espécie animal que Protágoras (485/410 a.C) tinha como “a medida de todas as coisas”. Mas atividade que, pela sua força de multiplicar condutas e plasmar caracteres, ganha a dimensão de instituição ideia. Locomotiva sócio-cultural ou ideia-força. Nessa medida, atividade (a de imprensa) que se põe como a mais remata da expressão do jornalismo; quer o jornalismo como profissão, quer o jornalismo enquanto vocação ou pendor individual (pendor que é frequentemente identificado como arte, ou literatura). Onde a Constituição mesma falar de “liberdade de informação jornalística” (§ 1º do art. 220), expressão exatamente igual a liberdade de imprensa. 17. Já do ângulo subjetivo ou orgânico, a comprovação cognitiva é esta: a imprensa constitui-se num conjunto de órgãos, veículos, “empresas”, “meios”, enfim, juridicamente personalizados (§ 5º do art. 220, mais o § 5º do art. 222 da Constituição Federal). Logo, subjetivamente considerada, a imprensa é instituição-entidade, instituição-aparelho, instituição-aparato. Mas seja a imprensa como objetivo sistema de

atividades, seja como subjetivados aparelhos, a comunicação social é mesmo o seu traço diferenciador ou signo distintivo. As duas coisas sempre englobadas (instituição-ideia e instituição-entidade), pois o fato é que assim binariamente composta é que a imprensa consubstancia um tipo de comunicação que não desborda do significado que se contém nos dicionários da língua portuguesa; ou seja, comunicação é ato de comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar. No caso da imprensa, comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos. 18. Seqüência imediatamente o raciocínio: a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de instância de comunicação de massa, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar como o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia a dia do Estado e da sociedade civil. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente massivas, que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo. Onde a imprensa, matriz por excelência da opinião pública, rivalizar com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal.

19. Foi precisamente em função desse bem mais abrangente círculo de interação humana que o nosso Magno Texto reservou para a imprensa todo um bloco normativo com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (Capítulo V do Título VIII). Capítulo de que emerge a Imprensa como de fato ela é: o mais acessado e por isso mesmo o mais influente repositório de notícias do cotidiano, concomitantemente com a veiculação de editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral (por modo especial as esportivas e musicais, além dos filmes de televisão), pesquisas de opinião pública, investigações e denúncias, acompanhamento dos atos do Poder e da economia do País, ensaios e comentários críticos sobre arte, religião e tudo o mais que venha a se traduzir em valores, interesses, aspirações, expectativas, curiosidades e até mesmo entretenimento do corpo societário. Pelo que encerra a mais constante e desembaraçada comunicação de ideias, ensaios, opiniões, testemunhos, projeções e percepções de toda ordem, passando mais e mais a ver a si mesma e a ser

64 vista pela coletividade como ferramenta institucional que transita da informação em geral e análise da
65 matéria informada para a investigação, a denúncia e a cobrança de medidas corretivas sobre toda conduta
66 que lhe parecer (a ela, imprensa) fora do esquadro jurídico e dos padrões minimamente aceitáveis como
67 próprios da experiência humana em determinada quadra histórica. Não sendo exagerado a firmar que
68 esse estádio multifuncional da imprensa é em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponde ao mais
69 eloqüente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Status de civilização avançada, por
70 conseguinte. 20. É certo que a nossa Constituição Federal somente faz expresso uso do substantivo
71 “imprensa” numa solitária passagem, e ainda assim como sinônimo de mídia impressa ou escrita. “Veículo
72 de comunicação em papel ou impresso” (Walter Ceneviva). Isso por oposição à mídia eletrônica, abarcante
73 da radiodifusora e televisiva, consoante a seguinte transcrição: Art. 139. Na vigência do estado de sítio
74 decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes
75 medidas: I – (...) III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das
76 comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma
77 da lei. 21. Não menos certo, porém, que essa diferenciação entre mídia impressa e mídia radiodifusora e
78 televisiva (eletrônica, dissemos) atende à consideração de que somente as duas últimas é que são
79 constitucionalmente tipificadas como serviços públicos, próprios da união Federal. Serviços públicos
80 sempre titularizados pela União, frise-se, porém complementarmente prestados pela iniciativa privada,
81 mediante contratos de concessão, ou permissão, tanto quanto por ato unilateral e precário de autorização.
82 É como está na alínea a do inciso XI do art. 21 da nossa Lei Fundamental, em combinação com a cabeça
83 do art. 223 da mesma Carta Magna, a saber: Art. 21. Compete à União: (...) XI – explorar, diretamente ou
84 mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e
85 imagens. Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização
86 para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade
87 dos sistemas privado, público e estatal. 22. Já a mídia impressa, além de se constituir em sistema de
88 atividades e conjunto de empresas tipicamente privadas, “independe de licença da autoridade” quanto à
89 sua “publicação” (§ 5º do artigo constitucional de número 220). Dando-se, no entanto, que todas elas
90 (mídia escrita e mídia eletrônica) passam a compor “as atividades” e “os meios de comunicação social”
91 ainda há pouco referidos como objeto de normação do § 5º do art. 220 da CF, mais o § 1º, o § 2º, o § 3º
92 e o § 5º do art. 222). Meios de comunicação social ou simplesmente “empresas jornalísticas e de
93 radiodifusão sonora e de sons e imagens”, segundo a linguagem do § 1º do art. 222 da mesma Lei
94 Fundamental brasileira. 23. Numa frase, estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de
95 comunicação social que, no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso País.

96 Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo, por absoluta falta de previsão constitucional, a
97 chamada "Rede Mundial de Computadores – internet". Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e
98 sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, entre elas a interação em
99 tempo real dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação internetizada a dispor da
100 possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder
101 espaço ao telepresencial (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de
102 relações sem a menor referência constitucional. O que se explica em função da data de promulgação da
103 Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão
104 refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se
105 chamar de "rede". 24. Pois bem, assim binariamente concebida e praticada entre nós é que a imprensa
106 possibilita, por modo crítico incomparável, a revelação e o controle de praticamente todas as coisas
107 respeitantes à vida do Estado e da sociedade. Coisas que, por força dessa invencível parceria com o
108 tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global. Com o mérito adicional
109 de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas
110 circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer: a imprensa
111 como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade,
112 conforme realçado pelo jurista, deputado federal e jornalista Miro Teixeira, um dos subscritores da
113 presente ADPF. O que já significa visualizar a imprensa como garantido espaço de irrupção do
114 pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Pensamento crítico ou racionalmente exposto,
115 com toda sua potencialidade emancipatória de mentes e espíritos. Não aquele pensamento sectariamente
116 urdido, ou então superficialmente engendrado, quando não maquinadamente elaborado para distorcer
117 fatos e biografias. Sendo de toda relevância anotar que, a título de reforço à manutenção dessa verdadeira
118 relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre, a própria Constituição impõe aos
119 órgãos e empresas de comunicação social a seguinte interdição: "Os meios de comunicação social não
120 podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio" (§ 5º do art. 220). Norma
121 constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das
122 sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa
123 convivência dos contrários (o necessário consenso é apenas quanto às regras do jogo, conforme enuncia
124 Norberto Bobbio em seu clássico livro *O futuro da democracia*²). Pluralismo, enfim, que a nossa
125 Constituição prestigia em duas explícitas oportunidades: no seu preâmbulo e no inciso V do art. 1º. Aqui,
126 pluralismo político; ali, pluralismo cultural ou social genérico. Doutrina Bobbio: "Democracia é definida
127 como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista

128 e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados.” 25. Sem maior esforço mental, portanto,
129 vê-se que a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea que já faz da
130 sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil globalizada:
131 sociedade de informação, também chamada de sociedade de comunicação. Preservada a amplitude
132 massiva dos seus destinatários ou público-alvo e sempre na perspectiva da encarnação de um direito-
133 dever inarredável: o da instância por excelência do pensamento crítico ou emancipatório. Ele próprio,
134 pensamento crítico ou libertador, a pedagogicamente introjetar no público em geral todo apreço pelo valor
135 da verdade como categoria objetivamente demonstrável, o que termina por forçar a imprensa mesma a
136 informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade. 26. Convém insistir na afirmativa: por efeito
137 dessa relação de mútua e benfazeja influência entre a imprensa e seus massivos destinatários, o caminho
138 consequente ou como que natural a seguir só pode ser o da responsabilidade de jornalistas e órgãos de
139 comunicação social. Responsabilidade que torna intrinsecamente meritórios uns e outros. Tudo a
140 possibilitar a formação de uma confortável clientela ou corpo de destinatários, que vai eficazmente
141 contrabateando, com a incessante subida dos seus padrões de seletividade, o personalístico peso dos
142 agentes públicos e dos empresários do ramo, ou mesmo desse ou daquele jornalista em apartado.
143 Seletividade, de sua parte, que opera como antídoto social que o tempo não cessa de aprimorar contra os
144 abusos e desvios da imprensa dita burguesa; quer dizer, resquício de um modelo de imprensa que investe
145 no atraso mental das massas e ainda se disponibiliza para o servilismo governamental, quando não para o
146 insidioso desprestígio das instituições democráticas e o dogmatismo tão confessional quanto mercantil.
147 Argentário. Também assim, antídoto contra os desvarios sensacionalistas, o açodamento do “furo de
148 reportagem” (o escritor e jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira bem o diz), a superficialidade e até mesmo
149 a chantagem, que ninguém é ingênuo ou alienado ao ponto de não admitir que profissionais e órgãos de
150 imprensa ainda estão sujeitos, sim, àquelas vicissitudes que Rui Barbosa tão bem denunciou com estas
151 palavras, na conhecida monografia A imprensa e o dever da verdade (prefaciada, justamente, e com pena
152 de mestre, pelo citado jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira): Em quatro palavras se poderá encartar uma
153 calúnia. Mas pode ser que a demonstração da falsidade não caiba toda num discurso. Uma só proposição
154 dará, talvez, para se verter no espírito humano um erro tremendo. Mas uma vez lançado ao mundo, sabe
155 Deus que de contestações, raciocínios e debates se não cansariam, porventura, ainda assim, debalde, em
156 lhe dar combate. (P. 27, Editora Papagaio, ano de 2004.) 27. Mas a decisiva questão é comprovar que o
157 nosso Magno Texto Federal levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta. Deu a ela, imprensa,
158 roupagem formal na medida exata da respectiva substância. Pois é definitiva lição da História que, em
159 matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. Ou ela é inteiramente

160 livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica. É a trajetória humana, é a
161 vida, são os fatos, o pensamento e as obras dos mais acreditados formadores de opinião que retratam sob
162 todas as cores, luzes e contornos que imprensa apenas meio livre é um tão arremedo de imprensa como a
163 própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, ideias.
164 Sobretudo ideias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue
165 pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas. O que tem levado
166 interlocutores sociais de peso – diga-se de passagem – a se posicionar contra a exigência de diploma de
167 nível superior para quem

168 se disponha a escrever e falar com habitualidade pelos órgãos de imprensa. 28. Se é assim, não há opção
169 diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar a plenitude de uma
170 liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, innumeravelmente, as
171 quedas de voltagem que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que
172 estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição. Esparsas
173 nuvens escuras a se esgueirar, intrusas, por um céu que somente se comprazem hospedar o solapino.
174 Exceção feita, já o vimos, a eventuais períodos de estado de sítio, mas ainda assim “na forma da lei”. Não
175 da vontade caprichosa ou arbitrária dos órgãos e autoridades situados na cúpula do Poder Executivo, ou
176 mesmo do Poder Judiciário. 29. O que se tem como expressão da realidade, portanto, é, de uma banda,
177 um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre e, ela mesma, plural (visto que são
178 proibidas a oligopolização e a monopolização do setor). Corpo social também progressivamente
179 robustecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e consequentemente parte das relações
180 de imprensa. De outra banda, uma imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário
181 compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas
182 ao público. Do que decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade, até porque, sob
183 o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um
184 povo, mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade. É que os iguais dispõem de reais condições de
185 reagir altivamente às injustiças, desafios e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou
186 abusos, partam de onde partirem, venham de quem vierem. Onde o Jornal da ABI (Associação Brasileira
187 de Imprensa) comentar que até mesmo os escandalosos tabloides ingleses, premidos pela perda de
188 leitores, não raras vezes mudam sua linha sensacionalista de orientação; “[p]orque do regime da plena
189 liberdade surge a responsabilidade, e o cidadão passa a não comprar porcarias” (Jornal da ABI 326,
190 fevereiro de 2008, p. 25, a propósito de entrevista com o citado operador jurídico, jornalista e deputado
191 Miro Teixeira). 30. Este o ponto nuclear da questão, à face de uma lógica especificamente referida à

192 interação da imprensa livre com um público-alvo cada vez mais em condições de se posicionar à moda de
193 filtro ou peneira do que lhe chega como informação ou como conhecimento pronto e acabado. Lógica
194 encampada pela nossa Constituição de 1988, e prescientemente captada pelo inglês William Pitt
195 (1759/1806), para quem “à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria”; pelo norte-
196 americano Thomas Jefferson (1743/1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher entre
197 um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula; e pelo
198 francês Alexis de Tocqueville (1805/1859), ao sentenciar que, numa democracia, o modo mais eficaz de se
199 combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda. A imprensa, então, cabalmente imunizada
200 contra o veneno da censura prévia, como lúcida e corajosamente pregou o poeta John Milton, em 1644,
201 no seu famoso discurso A Aeropagítica (discurso lido perante a suprema corte do parlamento inglês,
202 transformado em livro pela Editora Topbooks, edição de 1999). A imprensa livre a viabilizar, assim, o ideal
203 daqueles que, à semelhança de Glusman, veem a liberdade como um rio impetuoso cujo único anseio é
204 não ter margens. Não ter margens fixas - penso que seria melhor dizer –, pois a autorregulação da
205 imprensa nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia como sentir-pensar de uma
206 sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância. Não só porta-
207 voz, não só caixa de ressonância, mas as duas coisas ao mesmo tempo. 31. Atente-se para as novelas da
208 televisão brasileira e demais programações em canal aberto. Não há censura prévia quanto à exposição de
209 capítulos, cenas, fatos, mas os temas polêmicos ou de mais forte quebra de paradigmas culturais são
210 retratados com perceptível cuidado. Cuidado ou acautelamento que nada tem a ver com o receio de
211 intervenção estatal (proibida pela Constituição, ressalvado o estado de sítio), porém como o fruto mesmo
212 de uma responsabilidade de imprensa cujo tamanho é medido com a trena da susceptibilidade dos
213 telespectadores em geral, dos anteparos de cada família em particular para com os seus membros ainda
214 em formação ou desenvolvimento, e dos próprios sistemas de ombudsman de que nenhum órgão de
215 comunicação social pode abrir mão, hoje em dia. Até mesmo episódios verdadeiros, mas incomumente
216 chocantes, o novo e irreversível modelo de imprensa evita expor para não traumatizar o público, sob o
217 grande risco de perda de audiência. Exemplo disso foi o suicídio de um importante político estadunidense,
218 inteiramente filmado pela televisão, mas levado ao ar sem a brutalidade do momento em que o suicida
219 colocava o revólver no interior de sua própria boca para em seguida puxar o gatilho (fato de que tive
220 ciência pelo relato oral do respeitável Juiz Federal da 5ª Região Ricardo César Mandarino Barreto,
221 presentemente oficiando como juiz auxiliar em meu próprio gabinete de Ministro deste STF). Já os fatos e
222 cenas de maior apelo sexual (os programas de reality show no meio), estes são exibidos em horário
223 noturno mais avançado e com legenda quanto à sua natureza e não recomendação para determinadas

224 faixas etárias. De conformidade, aliás, com o disposto no § 3º do art. 220 da Constituição. 32.
225 Verbalizadas tais reflexões e fincadas estas primeiras interpretações da Magna Carta Federal, também
226 facilmente se percebe que a progressiva inafastabilidade desse dever da imprensa para com a informação
227 em plenitude e sob o timbre da máxima fidelidade à sua base empírica é que passa a compor o valor
228 social da visibilidade. Nova categoria de direito individual e coletivo ao real conhecimento dos fatos e suas
229 circunstâncias, protagonismos e respectivas motivações, além das ideias, vida pregressa e propostas de
230 trabalho de quem se arvora a condição de ator social de proa, principalmente se na condição de agente
231 público. Visibilidade que evoca em nossas mentes a mensagem cristã do “conheceis a verdade e ela vos
232 libertará” (João, 8:32), pois o fato é que nada se compara à imprensa como cristalina fonte das
233 informações multitudinárias que mais habilitamos seres humanos a fazer avaliações e escolhas no seu
234 concreto dia a dia. Juízos de valor que sobremodo passam por avaliações e escolhas em período de
235 eleições gerais, sabido que é pela via do voto popular que o eleitor mais exercita a sua soberania para a
236 produção legítima dos quadros de representantes do povo no Poder Legislativo e nas chefias do Poder
237 Executivo. Mais ainda, visibilidade que, tendo por núcleo o proceder da Administração Pública, toma a
238 designação de “publicidade” (art. 37, caput, da CF). Publicidade como transparência, anote-se, de logo
239 alçada à dimensão de “princípio”, ao lado da “legalidade”, “impressoalidade”, “moralidade” e “eficiência”.
240 Sendo certo que a publicidade que se eleva à dimensão de verdadeira transparência é o mais aplainado
241 caminho para a fiel aplicação da lei e dos outros três princípios da moralidade, da eficiência e da
242 impessoalidade na Administração Pública. 33. Daqui já se vai desprendendo a intelecção do quanto a
243 imprensa livre contribui para a concretização dos mais excelsos princípios constitucionais. A começar pelos
244 mencionados princípios da “soberania” (inciso I do art. 1º) e da “cidadania” (inciso II do mesmo art. 1º),
245 entendida a soberania como exclusiva qualidade do eleitor-soberano, e a cidadania como apanágio do
246 cidadão, claro, mas do cidadão no velho e sempre atual sentido grego: aquele habitante da cidade que se
247 interessa por tudo que é de todos; isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as
248 coisas do Poder, os assuntos da pólis. Organicamente. Militantemente. saltando aos olhos que tais direitos
249 serão tanto mais bem exercidos quanto mais denso e atualizado foro acervo de informações que se possa
250 obter por conduto da imprensa (contribuição que a internet em muito robustece, faça-se o registro). 34.
251 Esse direito que é próprio da cidadania – o de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, e que
252 a imprensa livre tanto favorece – nós mesmos do Supremo Tribunal Federal temos todas as condições
253 para dizer da sua magnitude e imprescindibilidade. É que a própria história deste nosso Tribunal já se
254 pode contar em dois períodos: antes e depois da TV Justiça, implantada esta pelo então presidente Marco
255 Aurélio. TV Justiça a que vieram se somar a TV digital e a Rádio Justiça (criações da Ministra Ellen Gracie,

256 à época presidente da Corte), para dar conta das nossas sessões plenárias em tempo real. O que tem
 257 possibilitado à população inteira, e não somente aos operadores do Direito, exercer sobre todos nós um
 258 heterodoxo e eficaz controle externo, pois não se pode privar o público em geral, e os líderes jurídicos
 259 em particular, da possibilidade de saber quando trabalham, quanto trabalham e como trabalham os
 260 membros do Poder Judiciário. Afinal, todo servidor público é um servidor do público, e os Ministros do
 261 Supremo Tribunal Federal não fogem a essa configuração republicana verdadeiramente primaz. 35.
 262 Também deste ponto de inflexão já vai tomando corpo a proposição jurídica de que, pelo seu reconhecido
 263 condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa passa a
 264 manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Falo da
 265 democracia como categoria jurídico-positiva (não simplesmente filosófico-política), que em toda
 266 Constituição promulgada por uma Assembleia Constituinte livremente eleita consubstancia o movimento, o
 267 fluxo ascendente do poder de governar a pólis; quer dizer, o poder de governar toda a coletividade como
 268 aquele que vem de baixo para cima, e não de cima para baixo da escala social. A implicar, por evidente,
 269 prestígio das bases governadas e limitação das cúpulas governantes. Um tirar o povo da platéia para
 270 colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. Onde figurar, ela, democracia, como questão ou
 271 causa verdadeiramente planetária, ao lado da ecologia e da ética na vida pública. Democracia que
 272 Abrahan Lincoln inexcelsivelmente definiu como o governo do povo, pelo povo e para o povo, e que a
 273 epopeia constituinte de 1987/1988 assumiu como o princípio dos princípios da Constituição de 1988. O
 274 seu valor-continente, por se traduzir no princípio que mais vezes se faz presente na ontologia dos demais
 275 valores constitucionais (soberania popular, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do
 276 trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, só para citar os listados pelos incisos de I a V do art. 1º
 277 da nossa Lei Maior). Valor-teto da Constituição, em rigor de Ciência, porque acima da democracia não há
 278 outro valor coletivo senão já situado do lado de fora de toda positividade jurídica brasileira. Valor
 279 incomparável, então, que, se vivido autenticamente, concretiza aquela parte do discurso de posse do
 280 presidente Roosevelt, em plena depressão econômica: “Nada há a temer, exceto o próprio medo.” 36.
 281 Avanço na tessitura desse novo entrelace orgânico para afirmar que, assim visualizada como verdadeira
 282 irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que
 283 a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. Até porque essas
 284 duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto
 285 veiculadas pela imprensa mesma (ganha-se costas largas ou visibilidade – é fato –, se as liberdades de
 286 pensamento e de expressão em geral são usufruídas como o próprio exercício da profissão ou do pendor
 287 jornalístico, ou quando vêm a lume por veículo de comunicação social). O que faz de todo o capítulo

288 constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da
 289 liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, ato do
 290 o segmento normativo prolongadora natureza jurídica do segmento prolongado; que é a natureza de
 291 direitos e garantias fundamentais”, tal como se lê no título de número II da nossa Constituição. E para a
 292 centrada tutela de tais direitos e garantias é que se presta a ação de descumprimento de preceito
 293 fundamental, cujo status de ação constitucional advém da regra que se lê no § 1º do art. 101 da nossa Lei
 294 Maior, *literis*: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição,
 295 será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Em suma, a virginal fundamentalidade de
 296 um preceito constitucional é repassada, logicamente, para outro ou outros preceitos constitucionais que
 297 lhe sejam servientes, ainda que esses outros preceitos façam parte de um conjunto normativo diverso.
 298 Como se dá, ilustrativamente, com os dispositivos constitucionais que limitam o poder de tributar da
 299 União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigos de números 150 a 152, inseridos no
 300 capítulo atinente ao Sistema Tributário Nacional), sabido que tal limitação ao poder tributante das nossas
 301 unidades federadas opera em favor dos direitos fundamentais que assistem às pessoas privadas quanto às
 302 suas propriedades, rendas e atividades de subsistência material e produção econômica (títulos de números
 303 II e VII, notadamente). 37. Com efeito, e a título de outorga de um direito individual que o ritmo de
 304 civilização do Brasil impôs como conatural à espécie humana (pois sem ele o indivíduo como que se
 305 fragmenta em sua incomparável dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a
 306 subespécie), a Constituição proclama que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o
 307 anonimato” (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos mais fortemente
 308 entroncados com a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabelece nesse mesmo art. 5º que:
 309 a) “é livre a expressão da atividade
 310 intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (inciso IX);
 311 b) “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que
 312 a lei estabelecer” (inciso XIII); c) “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da
 313 fonte, quando necessário ao exercício profissional” (inciso XIV); d) “conceder-se-á *habeas data*: a) para
 314 assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou
 315 bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público: b) para a retificação de dados,
 316 quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (inciso LXXII). Discurso
 317 libertário que vai reproduzir na cabeça do seu art. 220, agora em favor da imprensa, com pequenas
 318 alterações vocabulares e maior teor de radicalidade e largueza. Confira-se: Art. 220. A manifestação do
 319 pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não

[JC320] Comentário: 1 - O PDPH está no ápice da escala animal.

[JC321] Comentário: 6.2 PDPH planta que se entronca em outros princípios.

320 sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. 38. É precisamente isto: no último
321 dispositivo transcrito, a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da
322 imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento,
323 criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o
324 suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições
325 que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. Requite de proteção que bem espelha a
326 proposição de que a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso articulado do
327 pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da
328 organização do Estado e da sociedade. *Plus* protecional que ainda se explica pela anterior consideração de
329 que é pelos mais altos e largos portais da imprensa que a democracia vê os seus mais excelsos conteúdos
330 descenderem dos colmos olímpicos da pura abstratividade para penetrar fundo *na carne do real*. Dando-se
331 que a recíproca é verdadeira: quanto mais a democracia é servida pela imprensa, mais a imprensa é
332 servida pela democracia. Como nos versos do poeta santista Vicente de Carvalho, uma diz para a outra,
333 solene e agradecidamente: “Eu sou quem sou por serdes vós quem sois.” 39. É de se perguntar,
334 naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória
335 observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma
336 forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre vedação do
337 anonimato (parte final do inciso IV); direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material
338 ou moral a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de
339 qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso
340 XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional
341 (inciso XIV). 40. Não estamos a ajuizar senão isto: a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer
342 cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que
343 tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o
344 veículo de comunicação social. Isto é certo. Impossível negá-lo. Mas o exercício de tais liberdades não
345 implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico
346 anterior, relacionados com a liberdade mesma de imprensa (a começar pela proibição do anonimato e
347 terminando com a proteção do sigilo da fonte de informação). Uma coisa a não excluir a outra, tal como
348 se dá até mesmo quando o gozo dos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão da
349 atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do acesso à informação, acontece à
350 margem das atividades e dos órgãos de imprensa (visto que o desfrute de tais direitos é expressamente
351 qualificado como “livre”). Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir

352 mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* (faamos
353 assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se
354 acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do
355 informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do
356 titular de tais *sobressituações* jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios,
357 ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito
358 à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (*sobredireitos de personalidade*, reitere-
359 se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar,
360 vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo “observado”, referido pela Constituição no *caput* e no § 1º
361 do art. 220, é de ser interpretado como proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente
362 constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º. Proibição de se fazer *tabula*
363 *rasa* desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso
364 seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato.
365 Sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das duas categorias de
366 liberdade, acabamos de falar, porque, para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação,
367 amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria
368 postura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido
369 genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como
370 expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, “versão 1997”). Caso
371 venha a ocorrer o deliberado intento de se transmitir apenas em aparência a informação para, de fato,
372 ridicularizar o próximo, ou, ainda, se objetivamente faz-se real um excesso de linguagem tal que faz o seu
373 autor resvalar para a zona proibida da calúnia, da difamação, ou da injúria, aí o corretivo se fará pela
374 exigência do direito de resposta por parte do ofendido, assim como pela assunção de responsabilidade
375 civil ou penal do ofensor. Esta, e não outra, a lógica primaz da interação em causa. 42. Lógica primaz ou
376 elementar – retome-se a afirmação – porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há
377 como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu*
378 (abrangendo,
379 então, por efeito do *caput* do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão
380 colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos
381 fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros. Tal
382 inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de
383 personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e perseguição

384 penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parêntese de
385 *sobredireitos* fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral. Sendo que,
386 no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto
387 maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal. Donde a Constituição mesma falar de direito de
388 resposta “proporcional ao agravo”, sem distinguir entre o agravado agente público e o agravado agente
389 privado. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente. Mas sem
390 que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a *excessividade*
391 indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse
392 *carregar nas cores* da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de
393 comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade
394 de informação jornalística. Sem falar que, em se tratando de agente público, ainda que injustamente
395 ofendido em sua honra e imagem, subjaz a indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto
396 porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania (é direito do cidadão saber das
397 coisas do Poder, *ponto por ponto*), exposto que fica, além do mais, aos saneadores efeitos da parábola da
398 “mulher de César”: não basta ser honesta; tem que parecer. E, quando o agente estatal não prima por
399 todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas
400 de comportamento antijurídico. O que propicia maior número de interpelações e cobranças em público,
401 revelando-se claramente inadmissível que semelhantes interpelações e cobranças, mesmo que
402 judicialmente reconhecidas como ofensivas, ou desqualificadoras, venham a ter como sanção indenizatória
403 uma quantia tal que leve ao
404 empobrecimento do cidadão agressor e ao enriquecimento material do agente estatal agredido. Seja como
405 for, quer o ofendido esteja na condição de agente privado, quer na condição de agente público, o que
406 importa para o intérprete e aplicador do Direito é revelar a vontade objetiva da Constituição na matéria. E
407 esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que a relação de proporcionalidade entre o dano
408 moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a
409 indenização) opera e no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação
410 do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão
411 de imprensa. Repito: nada tendo a ver com essa equação de Direito Civil a circunstância da veiculação da
412 ofensa por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um
413 elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se
414 tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Até de nulificação, no limite. 43. Já no que
415 diz respeito à esfera penal, o esquadro jurídico-positivo

416 também não pode ser de maior severidade contra jornalistas. Vale dizer, a lei não pode distinguir entre
417 pessoas comuns e jornalistas para desfavorecer penalmente estes últimos, senão caminhando a
418 contrapasso de uma Constituição que se caracteriza, justamente, pelo desembaraço e até mesmo pela
419 plenificação da liberdade de agir e de fazer dos atores de imprensa e dos órgãos de comunicação social.
420 Logo, e repelente de qualquer ideia de tipificação criminosa em apartado a conduta de quem foi mais
421 generosamente aquinhado pela Constituição com a primazia das liberdades de manifestação do
422 pensamento e de expressão em sentido genérico. 44. Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria
423 de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente
424 faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento
425 e da expressão; ou seja, antes de tudo, duas coisas: uma, o ato de pensar em público ou para além dos
426 escaninhos simplesmente mentais da pessoa humana, sabido que “manifestação de pensamento” implica
427 esse transpasse de uma esfera simplesmente abstrata ou interna ao indivíduo para outra empírica ou
428 externa; a segunda, o ato de se expressar intelectualmente, artisticamente, cientificamente e
429 comunicacionalmente, a se dar, por evidente, no mundo das realidades empíricas. Somente depois de
430 qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais
431 prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem. 45. Nova pergunta é de se fazer, também
432 sob a marca da imperiosidade: como entronizar o indivíduo nesses bens de personalidade que são a
433 manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral, se a ele é negada a possibilidade de fazer
434 de cada obra sua *um retrato falado* de si mesmo? Se cada autor, cada escritor, cada pensador e cada
435 artista tem por quintessência do seu DNA imaterial a ironia, por hipótese, como impedir que seja
436 igualmente irônica a sua produção intelectual, ou artística, ou comunicacional? E se ele for um incréu
437 (Millôr Fernandes fala do direito fundamental à descrença), um agnóstico, um iconoclasta, um
438 evolucionista, um questionador, um anarquista (*Anarquistas, graças a Deus*, é o mais conhecido dos livros
439 de Zélia Gattai), um arauto *do holismo, da utopia e do surreal*, como impedir que venha a contraditar,
440 incomodar, desagradar ou até mesmo ofender, chocar, vexar, revoltar quem não o seja? Como proibir que
441 o indivíduo seja ele mesmo em tudo que fizer, de sorte a que tudo que ele fizer seja ele mesmo?
442 Encarnado e insculpido, como se dizia em português dos tempos idos? Impossível, a não ser pelo raso e
443 frio holocausto da liberdade de imprensa em nosso País. 46. Nessa toada de intelecção constitucional da
444 matéria, quem quer que seja pode dizer o que quer que seja, ao menos na linha de partida das coisas,
445 pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade – só para citar os quatro valores por excelência da filosofia
446 grega – podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a
447 lume. O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria

448 verve do autor. Não é de René Descartes a máxima de que não lhe impressionava o argumento de
 449 autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento? Não é de Voltaire a sentença de que “não
 450 concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até à morte o vosso direito de dizê-las”?
 451 Sobremais, e no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*
 452 que se pode fazer de qualquer dogma um problema. Um objeto de
 453 reflexão e de intuição, para ver até que ponto o conhecimento tido por assente consubstancia, ou não,
 454 um valor em si mesmo. Para se perquirir, como o fizeram Galileu Galilei e Giordano Bruno, se determinado
 455 experimento ou uma dada teoria não passam de condicionamentos mentais, ou sociais, que nada têm a
 456 ver com as leis da natureza ou com a evolução espiritual da humanidade. 47. Sustentar o contrário
 457 parece-me postura de quem *vaza os próprios olhos* para não ter que enxergar esses dois enfáticos e
 458 geminados comandos constitucionais: primeiro, o de que os *sobredireitos* de personalidade aqui
 459 seguidamente vocalizados se caracterizam pelo seu exercício “livre” (incisos IV e IX do art. 5º da
 460 Constituição); segundo, o de se tratar de superiores direitos que, se manifestados por órgão de imprensa
 461 ou como expressão de atividade jornalística, passam a receber sobretutela em destacado capítulo da
 462 nossa Lei Maior (Capítulo V do Título VIII), pois a dupla verdade jurídico-científica traduz-se em que a
 463 imprensa tem o condão de favorecer o uso desses tão encarecidos direitos de personalidade
 464 (*sobredireitos*, nunca é demais repetir) e ainda se põe como *vizinha de porta da democracia*, essa
 465 verdadeira célula *mater* de todas as grandes virtudes coletivas. Condôminos, então (imprensa livre e
 466 democracia),
 467 de um metafórico edifício que a nossa Lei Maior ergueu para possibilitar à nação brasileira caminhar mais
 468 decidida e facilitadamente na direção de si mesma. Que possivelmente seja a direção de uma liberdade,
 469 de uma igualdade e de uma fraternidade mais afeioadas ao nosso modo preponderantemente
 470 sentimental, intuitivo, alegre, espontâneo, criativo e agregador de ser (a despeito das duas maiores
 471 nódoas ético-espirituais de toda a nossa formação enquanto colônia, reino unido e Estado soberano, que
 472 foram as imperecíveis nódoas da escravidão negra e do quase completo etnocídio das nossas populações
 473 indígenas. À guisa da exortação que se contém no “Conhece-te a ti mesmo”, do oráculo de Delfos, e no
 474 “Torna-te quem és”, do genial filósofo alemão Friedrich Nietzsche. Onde a precedente afirmação de que,
 475 a luz de uma Constituição que tanto favorece a liberdade de imprensa, não cabe sequer falar de um
 476 destacado sistema penal na matéria. Seria dar com uma das mãos e tomar com a outra, como
 477 vigorosamente advertia Geraldo Ataliba. Modo *desinteligente* de se interpretar dispositivos jurídicos (ao
 478 contrário, pois, do que preconizava Carlos Maximiliano), mormente os encartados na Constituição. 48.
 479 Está-se primariamente a lidar, assim, com direitos constitucionais insuscetíveis de sofrer “qualquer

restrição (...)", seja qual for a "forma, processo ou veículo" de sua exteriorização. O que vem a ser confirmado pelo § 1º do mesmo artigo constitucional de número 220, *verbis*:

Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. 49. Tem-se agora um comando constitucional que vai mais longe ainda no seu decidido propósito de prestigiar a cronologia aqui defendida como de compulsória observância. Preceito constitucional que chega a interditar a própria opção estatal por dispositivo de lei que venha a "constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social". Logo, a uma atividade que já era "livre" foi acrescentado o qualificativo de "plena". Liberdade plena, entenda-se, no que diz respeito à essência mesma do jornalismo. Ao seu "núcleo duro", que são as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação *lato sensu*, quando veiculada por órgão de comunicação social. É o que se pode chamar de matéria centralmente de imprensa; ontológica ou axialmente de imprensa, devido a que os temas periféricos, estes, sim, a Constituição coloca ao dispor daquele poder estatal de legislar. Aqui, por se tratar de temas circundantes ou que giram na órbita da liberdade de informação jornalística (sem com essa liberdade se confundir, todavia), o poder estatal de legislar é de ser reconhecido. Ali, por se cuidar do núcleo ou da medula mesma da liberdade de informação jornalística, nenhum poder estatal de legislar é de subsistir.

50. Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de "núcleo duro" ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção.

51. Essa interdição ao poder legislativo do Estado significa, então, que nem mesmo o Direito-lei tem a força de interferir na oportunidade/duração de exercício, tanto quanto no cerne material da liberdade de informação jornalística (conteúdo/extensão). Noutro dizer, liberdade que tem suas coordenadas temporais e materiais exclusivamente ao dispor do seu individualizado titular em cada caso concreto. Assumindo ele, óbvio, as consequências civis e penais que são próprias das pessoas ou agentes comuns. Além de não poder se opor a eventual direito de resposta. Direito que se manifesta como ação de replicar, ora para o

efeito de simples retificação da matéria publicada, ora para o fim de centrado contradiscurso por parte daquele que se vê ofendido em sua subjetividade, ou, então, insultuosamente desqualificado enquanto pensador, cientista, criador, ou simples observador da cena existencial. 52. Um segundo desdobramento hermenêutico ainda se desprende dessa mesma interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística: a de que, no tema, ha uma necessaria linha direta entre a imprensa e a sociedade civil. Se se prefere, vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, não pode passar pela mediação do Estado. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do *Estado-ponte* em matéria nuclear ou axialmente de imprensa. Tudo sob a ideia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário, conforme ressalta o jornalista Roberto Civita, presidente da Editora Abril e editor da revista *Veja*, com estas apropriadas palavras: “Contrariar os que estão no poder e a contrapartida quase inevitável do compromisso com a verdade da imprensa responsável” (p. 114 da edição especial de *Veja* do dia 10 de setembro de 2008, ano 41, n. 36). 53. Não cessa por aqui o mais firme compromisso da Constituição com esse fazer da imprensa o mais eficaz mecanismo de concreto gozo das liberdades de manifestação do pensamento e da expressão em seu sentido mais abrangente. É que o § 3º do mesmíssimo art. 220 ainda contém o seguinte relato: “É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Com o que a nossa Magna Lei corrobora toda a gama dos *sobredireitos* fundamentais do indivíduo, no tema, porém no âmbito de um conjunto normativo ainda mais protegido contra as arremetidas antijurídicas do Estado e dos próprios agentes privados: o conjunto normativo que se veicula, justamente, pelo capítulo constitucional centralmente devotado à liberdade de imprensa, que é, justamente, o Capítulo V do Título VIII da Constituição (conjunto de preceitos fundamentais por arrastamento ou vívida solidariedade de conteúdo e fim, já deixamos assentado, pois nem todo preceito constante de uma Lei Fundamental é por ela mesma qualificado como “fundamental” perante outros do seu unitário lastro formal ou tessitura discursiva). 54. É hora de uma primeira conclusão deste voto e ela reside na proposição de que a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice compostura, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem *arredar pé* ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se. Mais ainda, liberdades reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de Imprensa. Isto de modo conciliado: I –

544 contemporaneamente, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer
 545 trabalho, ofício, ou profissão; II – *a posteriori*, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por
 546 eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sem prejuízo do uso de ação penal também
 547 ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os
 548 indivíduos em geral. 55. Outra não podia ser a escolha da nossa Lei Maior, em termos operacionais, pois
 549 sem essa absoluta primazia do que temos chamado de *sobredireitos* fundamentais sobejariam falsas
 550 desculpas, sofismas, alegações meramente retóricas para, a todo instante, crucificar-los no madeiro da
 551 mais virulenta reação por parte dos espíritos renitentemente autoritários, antietícos, ou obscurantistas,
 552 quando não concomitantemente autoritários, antiéticos e obscurantistas. Inimigos figadais, por
 553 consequência, da democracia e da imprensa livre. Do que aflora a nítida compreensão de que os bens
 554 jurídicos em confronto são daqueles que, em parte, se caracterizam por uma recíproca exclusão no
 555 tempo. A opção que se apresentou ao Poder Constituinte de 1987/1988 foi do tipo radical, no sentido de
 556 que não era possível, no tema, *servir ao mesmo tempo a dois senhores*. Onde a precedência que se
 557 conferiu ao pensamento e à expressão, resolvendo-se tudo o mais em direito de resposta, ações de
 558 indenização e desencadeamento da chamada *persecutio criminis*, quando for o caso. 56. Dois parênteses,
 559 no entanto, devo abrir: I – o primeiro, para dizer que estou a falar de direitos de personalidade, não na
 560 perspectiva da personalidade como instantâneo atributo de todo ser humano *nativivo*, assim regado pelo
 561 art. 2º do nosso Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei
 562 põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Artigo que faz da vida humana pós-parto um
 563 automático centro subjetivado de direitos e obrigações, estas últimas *pari passu* ou em sintonia com o
 564 efetivo estágio mental de cada pessoa natural. Não é isso. Estou a falar de direitos de personalidade como
 565 situações jurídicas ativas que o Direito Constitucional vai
 566 positivando como expressão de vida humana **digna**. Direitos subjetivos que são ditados em harmonia com
 567 o grau de avanço cultural de cada povo, correspondendo à *âncora* político-filosófica de que não basta ao
 568 ser humano viver; **é preciso fazê-lo com dignidade**. Não como requisito de formação da personalidade,
 569 mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa valorização. Logo, direitos subjetivos que densificam, entre
 570 nós, o princípio estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição, não por acaso nominado como
 571 **“dignidade da pessoa humana”**. Mais ainda, direitos subjetivos que, antes de falar bem de toda e qualquer
 572 pessoa natural que os titularize, falam bem e da própria coletividade que os reconhece. Isto na medida
 573 em que tal coletividade se assume como capaz de conciliar, no bojo de sua própria Constituição, a mais
 574 avançada democracia com o mais atualizado humanismo. Enfim, direitos subjetivos que, ainda assim
 575 positivados como **dignificação** da personalidade humana a partir de um certo grau de evolução político-

[JC322] Comentário: 4.3

[JC323] Comentário: 4.3 Não basta viver, deve-se viver com dignidade.

[JC324] Comentário: 4.4 Princípio Meta.

[JC325] Comentário: 4.1 Transformar em digna.

576 cultural desse ou daquele povo soberano, admitem temperamentos quando do seu entrecchoque efíca-
 577 temporal com outros direitos da mesma índole; II – o segundo parêntese é para nos possibilitar dizer que
 578 essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão
 579 *lato sensu* afasta sua categorização conceitual como “normas-princípio” (categorização tão bem exposta
 580 pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas
 581 liberdades se nos apresenta como “mandado de otimização”, pois não se cuida de realizá-las “na maior
 582 medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (*apud* Virgílio Afonso da Silva, em
 583 *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, Malheiros
 584 Editores, p. 32/35, 2ª tiragem). Tais possibilidades não contam, simplesmente, porque a precedência
 585 constitucional e daquelas que se impoem em toda e qualquer situação concreta. Assim na esfera de
 586 atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida
 587 em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias
 588 constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de “normas-regra”; isto
 589 em consideração ao fato de que, temporalmente, e como timbre da invariabilidade, preferem à aplicação
 590 de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para
 591 sonegar-lhes a nota da imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados
 592 com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*. Mormente se tais
 593 liberdades se dão na esfera de atuação dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social.⁵⁷ Parênteses
 594 fechados, retomo o fio do raciocínio hermenêutico-aplicativo para acrescentar que toda a lógica dos
 595 comandos constitucionais brasileiros, na matéria, ainda absorve uma outra interdição da faina legislativa do
 596 Estado. Refiro-me a impossibilidade de produção de uma “lei de imprensa”, como tal entendido um
 597 diploma legislativo de feição orgânica ou estatutária. Diplomada máxima concentração material, porquanto
 598 exauriente dos temas essencialmente de imprensa, além daqueles de natureza periférica ou circundante.
 599 58. Fácil demonstrar o acerto deste novo juízo. Primeiramente, sintá-se as comentadas referências
 600 constitucionais à lei (e, por implicitude, à função executiva do Estado) é para interditá-la quanto àquilo que
 601 verdadeiramente interessa: dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de
 602 pensamento e de expressão em seu mais abrangente sentido (“liberdade de informação jornalística” ou
 603 matéria essencialmente de imprensa, vimos dizendo). É afirmar: para a nossa Constituição, o concreto uso
 604 de tais liberdades implica um quando, um que e um para que antecipadamente excluídos da mediação do
 605 Estado, a partir da própria função legislativa. Confira-se, ainda uma vez, a própria voz da nossa Magna
 606 Carta Federal: I – “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob
 607 qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão

608 qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” – ou seja, observado apenas o que se
 609 contiver na própria Constituição. Não o que for acrescentado por modo legislativo, ou executivo; “§ 1º
 610 Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística
 611 em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;” – de
 612 novo, observado tão somente o disposto nos dispositivos constitucionais de logo citados; “§ 2º É vedada
 613 toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” – disposição também proibitiva de
 614 atuação mediadora do Estado, e que, em verdade, incorre numa redundância somente explicável pelo
 615 deliberado intento da Constituição em se fazer expletiva, minudente, casuística, para que nenhuma dúvida
 616 interpretativa restasse quanto à préexclusão estatal nos encarecidos “quando”, “como” e “quê” da
 617 liberdade de imprensa, com a única ressalva, vimos dizendo, do direito de resposta. 59. Ora, a razão de
 618 ser desse inequívoco bloqueio à mediação estatal, a partir da função legislativa (esse primeiro momento
 619 lógico da vida do Estado e do Direito), é justamente a entronização de sujeitos privados no gozo de
 620 franquias especificamente identificadas com toda concepção de imprensa livre. Franquias ou bens jurídicos
 621 ontologicamente de imprensa, porquanto constitutivos do que se poderia chamar, aristotelicamente, de
 622 *causa formal* dela própria. Visto que imprensa livre é desembarco total no desfrute das liberdades aqui
 623 exalcadas são, para a nossa Constituição, uma coisa só. Uma realidade inapartável. Por isso que seu
 624 regime jurídico tem na Constituição mesma um concomitante ponto de partida e de chegada. Sem
 625 abertura de espaço para interposta legislação (quanto mais para a função executiva do Estado!), o que
 626 deixa sem sentido a edição de uma lei estatutária que já se sabe proibida de dispor sobre condutas – esse
 627 é o ponto – ontológica ou essencialmente de imprensa. Uma lei de imprensa que nada de axial ou
 628 elementarmente de imprensa pode conter. Acresce que, ainda na esfera dos bens jurídicos
 629 ontologicamente fundidos com a noção de imprensa livre, o modo intransigente como a nossa
 630 Constituição impõe ao Estado o dever da não interferência acarreta para ele a lógica impossibilidade de
 631 dispor sobre o seu próprio modo de se omitir. Sobre o seu próprio jeito de suportar uma interdição que a
 632 Lei Fundamental impôs com todo rigor, pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por
 633 relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto. E concebido por modo absoluto como
 634 condição e garantia de *sobre-eficácia* do querer normativo da Constituição em tema tão cultural e
 635 politicamente sensível como a liberdade de imprensa. 61. De se ver que as normas constitucionais assim
 636 terminantemente proibitivas de atuação estatal intercalar se definem como de “eficácia plena e
 637 aplicabilidade imediata” (José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros
 638 Editores, edição inicial de 1968), ou como normas constitucionais de *pronta aplicação*, conforme
 639 classificação que pessoalmente adotamos, na companhia do pranteado constitucionalista Celso Ribeiro

640 Bastos (*Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, Editora Saraiva, 1982), porem, mais
641 que isto, cuida-se de "normas irregulamentáveis". E normas irregulamentáveis porque, no caso, têm na
642 própria interdição da interferência do Estado o seu modo cabal e ininterrupto de incidir. A sua natural
643 condição de serena, total e permanente aplicabilidade. Acabado exemplo, primeiramente, de "normas
644 íntegras, cheias, maciças, quando focadas sob o ângulo da matéria que veiculam, não apresentando
645 frinchas ou brechas passíveis de
646 colmatção, (...) pois nada se pode introduzir em algo que já é, por si, compacto" (p. 38 da sobredita obra
647 conjunta). Depois disso, normas que incidem (as irregulamentáveis) "diretamente sobre os fatos
648 regulados, repudiando qualquer regramento adjutório (...). É dizer, a vontade normativa surge e se exaure
649 no próprio texto da Lei Suprema, como condição absoluta de respeito à sua manifestação originária" (p.
650 39 da mesma obra conjunta). O que robustece a anterior proposição do sem-sentido de uma lei
651 eminentemente estatutária de imprensa em nosso País. 62. Não é tudo. Outro óbice lógico à confecção de
652 uma lei de imprensa entre nós é que a serventia de uma lei orgânica ou estatutária não pode deixar de
653 ser esta: aviar a segunda parte de um regime juridico sobre determinado tema que a nossa Constituicao
654 intencionalmente iniciou para outro diploma normativo concluir. Tema ou figura de Direito que se inicia no
655 corpo normativo da Magna Carta Federal, sim, mas apenas como intencional ou declarado ponto de
656 partida. A própria Constituição a convocar o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da
657 parte restante, como, por amostragem, se dá com os seguintes dispositivos: a) art. 29, versante sobre a
658 "lei orgânica" de cada Município brasileiro; b) art. 93, a respeito do "Estatuto da Magistratura"; c) § 5º do
659 art. 128, acerca do "estatuto de cada Ministério Público". 63. Decididamente, não é o caso da imprensa
660 como figura de Direito Constitucional brasileiro. Em nenhum momento do seu falar imperativo a
661 Constituição iniciou a regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir, se a conduta
662 é nuclearmente de imprensa. Bem ao contrario, em comportamentos da especie o comando constitucional
663 e intransponivelmente proibitivo da intromissao estatal, em qualquer das personalizadas esferas da
664 Federacao brasileira. Logicamente proibitivo, até, porque nenhuma lei pode ir além do que já foi a Magna
665 Carta de 1988, simplesmente porque a nossa Constituição já foi ao máximo da proteção que se pode,
666 teoricamente, conferir à liberdade da profissão de jornalista e de atuação dos meios de comunicação
667 social. E, se nenhuma lei pode ir além do que já foi constitucionalmente qualificado como "livre" e "pleno",
668 a ideia mesma de uma lei de imprensa em nosso País soaria aos ouvidos de todo e qualquer operador do
669 Direito como inescandível tentativa de embaraçar, restringir, dificultar, represar, inibir aquilo que a nossa
670 Lei das Leis circundou com o mais luminoso halo da liberdade em plenitude. 64. É o quanto me basta para
671 chegar a duas outras centradas conclusões deste voto: a) nao ha espaco constitucional para

672 movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa; b) a Lei
673 federal 5.250/1967, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente
674 com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias (de *enfiada*, portanto), o faz sob
675 estruturação formal estatutária. Dois procedimentos absolutamente inconciliáveis com a superveniente
676 Constituição de 1988, notadamente pelo seu art. 220 e § 1º, § 2º e § 6º dele próprio, a acarretar o
677 kelseniano juízo da não recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova. Circunstância
678 que viabiliza o emprego da arguição de descumprimento de preceito fundamental como fórmula
679 processual subsidiária da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), nos termos das regras que se lê no §
680 1º do art. 102 da CF e no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999 – Lei da ADPF. Fórmula instauradora de um
681 substitutivo controle abstrato de constitucionalidade que se revela tanto mais necessário quanto envolto
682 em concreta (agora sim) ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. 65. Sob esse prisma,
683 não vale a contradição de ser a vigente Lei de Imprensa um diploma normativo contemporâneo da Carta de
684 1967, o que lhe propiciaria escapar, por dois aspectos, ao exame de compatibilidade com a ordem
685 constitucional que lhe sobreveio (a de 1988): a) primeiro aspecto, atinente ao órgão estatal de que a lei
686 agora sindicada proveio; b) segundo aspecto, alusivo à forma estatutária como a Lei 5.250/1967 dispôs
687 sobre as coisas. E não vale a contradição porque subsiste uma incompatibilidade material que é tão em
688 bloco quanto insuperável. Explico. 3 Diz a lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental,
689 pelo seu art. 1º: “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o
690 Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de
691 ato do Poder Público”. “Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito
692 fundamental:

693 I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal,
694 estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (caso da Lei de Imprensa). 66. A atual Lei
695 de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado
696 soberano, conhecido como “anos de chumbo” ou “regime de exceção” (período que vai de 31 de março de
697 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os
698 arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988.
699 E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte),
700 contamina toda a Lei de Imprensa: I – quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a
701 serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de
702 exceções que praticamente tudo desfaz; II – quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito
703 último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder.

704 Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político- ideológico, imprimia forte contratura em todo o
 705 pensamento crítico e remetia às *calendas gregas* a devolução do governo ao poder civil. 67. Sem maior
 706 esforço mental, por conseguinte, conclui-se que a lei em causa faz da liberdade de imprensa uma obra de
 707 impostura, distanciada a *anos- -luz* da radical tutela que salta de uma Constituição apropriadamente
 708 apelidada de *cidadã* pelo Deputado Federal Ulysses Guimarães (Presidente da Assembleia Nacional
 709 Constituinte de 1987/1988). Por ilustração, se o art. 1º da Lei de Imprensa, cabeça, assenta que “[é] livre
 710 a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por
 711 qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos
 712 que cometer”, passa a dizer já no § 1º desse mesmo artigo que “[n]ão será tolerada a propaganda (...) de
 713 processos de subversão da ordem política e
 714 social (...)”, e, na mesma toada de prepotência e camuflagem discursiva, acrescenta no parágrafo
 715 subsequente que “[o] disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão
 716 sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer
 717 a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias
 718 atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida”
 719 (sem ao menos dizer “nos termos” ou “na forma da lei”). Por igual, se, no *caput* do seu art. 2º, estabelece
 720 que “[é] livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e jornais e outros periódicos (...)”,
 721 aí mesmo já principia a fragilizar o seu enunciado com um tipo de exceção que *põe tudo abaixo*: “salvo
 722 clandestinos ou quando atentem contra a moral e os bons costumes”. Sobremais, impõe aos jornais e
 723 periódicos um regime tal de obrigações de registro e controle estatais que passa a corresponder ao mais
 724 rigoroso enquadramento com a ideologia de Estado então vigente (arts. 8º a 11). Já pelo seu art. 61,
 725 sujeita a apreensão os impressos que “contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou
 726 de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social” (inciso I),
 727 ou, então, “ofenderem a moral pública e os bons costumes” (inciso II). Apreensão que, de início é regrada
 728 como da competência do Poder Judiciário, a pedido do
 729 Ministério Público (§ 1º do mesmo art. 61), porém já na cabeça do art. de número 63 é transferida para o
 730 ministro da Justiça e Negócios Interiores, nas situações de urgência. E assim, de ressalva em ressalva, de
 731 exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei 5.250/1967 é um todo *pro-indiviso*
 732 que encerra modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os § 1º, § 2º e §
 733 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com
 734 a promulgação da Magna Carta de 1988. Pior ainda, a Lei federal 5.250/1967 é tão servil do mencionado
 735 “regime de exceção”, tão objetivamente impregnada por ele, que chega a ser um dos seus principais

736 veículos formais de concreção. O próprio *retrato falado* e símbolo mais representativo, no plano
737 infraconstitucional, de toda aquela desditosa quadra de amesquinamento dos foros de civilidade jurídica
738 do Brasil. 68. Tudo isto sem falar nos capítulos em que ela, Lei de Imprensa, define crimes e comina
739 penas por "*abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação* (Capítulo de
740 número III, que vai do art. 12 ao art. 28), seguido daquele que versa o tema da "*responsabilidade penal*"
741 (Capítulo de número V, compreendendo os arts. de 37 a 48). Quando é da lógica perpassante dos
742 mesmíssimos preceitos constitucionais (art. 220 e seus § 1º, § 2º e § 6º) o comando de que os eventuais
743 abusos sejam detectados caso a caso, jurisdicionalmente
744 (é abusivo legislar sobre abusos de imprensa, averbo), pois esse modo casuístico de aplicar a Lei Maior e
745 a maneira mais eficaz de proteção dos superiores bens jurídicos da liberdade de manifestação do
746 pensamento e da liberdade de expressão *lato sensu*. E já vimos que o tratamento penal mais gravoso para
747 condutas de imprensa implica discriminar quem, precisamente, retira do linguajar prescritivo da nossa
748 Constituição apoio incondicionado para o seu agir e o seu fazer na matéria. 69. Ora bem, presente esse
749 vasto panorama, o intérprete jurídico não tem como deixar de se render às seguintes coordenadas:
750 quando a colisão entre a lei menor e a Constituição Federal se dá em quase toda essa cadeia de técnica
751 redacional, fio condutor das ideias e finalidades político-ideológicas a alcançar, o que toma corpo não é
752 simplesmente uma antinomia material entre dispositivos de desigual hierarquia. O que em verdade se tem
753 e uma realidade marcada por diplomas normativos ferozmente antagonicos em sua integralidade.
754 Visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas. Por isso que imprestável, o de menor escalão
755 hierárquico, para tentativas de
756 conciliação hermenêutica com o de maior envergadura hierárquica, seja mediante expurgo puro e simples
757 de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de
758 constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". É que até mesmo a
759 técnica de *interpretação conforme* tem limites. Ela significa, sim, a recusa de incidência a um determinado
760 sentido desse ou daquele preceito da lei interpretada, por incompatibilidade com a Constituição Federal,
761 mas
762 sob a condição de que semelhante operação não acarrete *indeterminabilidade* de sentido da parte
763 remanescente da lei em causa. É dizer, a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou
764 forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido
765 incursão do intérprete em legiferação por conta própria. Reescrevendo ele, em verdade, o texto
766 interpretado (o que não se admite jamais), pois o fato é que tal artificialização ou *reescritura* importa o
767 desmonte da própria razão de ser de todo o conjunto da obra legislativa de menor galardão. Assim como

768 quem transforma, num passe de mágica, o mais poluído pântano em cristalina água da fonte. Espécie de
 769 emenda insuscetível de salvar um soneto que tem em cada um dos seus versos a motivação e o
 770 significado, não apenas do verso anterior ou dos versos anteriores, não somente do verso posterior ou dos
 771 versos posteriores, mas de todos eles em congruente e inapartável unidade. Caso-limite ou situação
 772 extrema de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do
 773 intérprete/aplicador do Direito: primeiro, qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de
 774 destacados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não
 775 tem significado autônomo; segundo, a possibilidade da declaração tão somente
 776 de não incidência de um ou de mais de um significado desse ou daquele isolado preceito da lei de menor
 777 hierarquia frente à Constituição. Formulação teórica, esta (que ora vocalizo), imperiosamente ditada
 778 pela consideração de que, no particular, deixam de ter prestimosidade dois métodos de interpretação
 779 jurídica: a) o método teleológico, sabido que não se muda, a golpes de interpretação, o *telos* ou a
 780 finalidade da norma interpretada; b) o método sistemático, dada a impossibilidade de se preservar, após
 781 artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal
 782 5.250/1967) que foi ideologicamente concebida e maquinadamente escrita para operar em bloco. Urdida e
 783 concretamente redigida sob os auspícios do pensar maquiavélico de que o bem deve ser feito aos poucos,
 784 enquanto o mal, de uma vez só. No caso, o mal do estrangulamento da liberdade de imprensa a ser
 785 perpetrado pelas tenazes de um só conjunto monolítico de regras legais, *acumpliciadamente* dispostas
 786 numa completa unidade de desígnios quanto ao seu conteúdo e finalidades próximas e remotas. 70.
 787 Convergentemente, é a linha de ponderação de Jorge Miranda – assim me parece –, quando lembra que,
 788 “se convém proceder, com a maior eficácia possível, à expurgação do sistema jurídico de normas
 789 contrárias à Constituição, ela torna-se ainda mais necessária para normas anteriores do que para normas
 790 posteriores, visto que estas são decretadas por órgãos por ela criados e que se presume segundo seus
 791 critérios e valores, ao passo que as normas de Direito anterior são resquícios de um sistema ou de uma
 792 ideia de Direito que a Constituição erradicou definitivamente” (em *Manual de Direito Constitucional*, II, 2.
 793 edição revista, p. 350, Coimbra Editora, 1982). Também assim J. J. Gomes Canotilho, para
 794 quem a inconstitucionalidade parcial implica o reconhecimento da invalidade total de um enunciado
 795 normativo “quando, em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça
 796 que as normas restantes, conforme à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo (critério
 797 da dependência). Além disso, haverá nulidade total quando o preceito inconstitucional fazia parte de uma
 798 regulamentação global, à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)” (*Direito*
 799 *Constitucional*,

6. edição revista e ampliada, p. 1078, editora Almedina, 1993). É o que J. P. Lebreton designa por “solidariedade política” entre as diferentes normas da lei, a se traduzir num enlace operacional de permanente inseparabilidade (Les particularités de la juridiction constitutionnelle, RDP, 1983, n. 2, p. 437/438, *apud* Rui Medeiros, em *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os feitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 424). 71. Em conclusão, voto, inicialmente, pela confirmação do recebimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Quanto ao mérito, encaminho o meu voto no sentido de sua total procedência (dela, arguição de descumprimento de preceito fundamental), para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, nele embutido o de natureza penal (compreensivo dos preceitos definidores de crimes, impositivos de penas e determinantes de responsabilidades). É como voto.

VOTO

(Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, eu aqui tenho apenas uma pequena dificuldade, que partilho com Vossas Excelências. Primeiro: é que o capítulo da Lei de Imprensa sobre direito de resposta é minudente, detalhado e instrumentaliza bem o direito de resposta. Resta saber se a Constituição no particular também não é autoaplicável. Se a Constituição dispensa qualquer tentativa de regulamentação minudente. Segundo: há um dispositivo que outorga aos jornalistas a prerrogativa da prisão especial. A minha proposta de não recepção total da lei me deixa com uma certa intranquilidade, no que tange a esse aspecto. Mas é o meu voto. O meu voto é esse. Se Vossas Excelências entenderem que a questão implica um exame fatiado de dispositivo por dispositivo, eu trouxe um voto também nessa linha. Por enquanto, eu fico com esse encaminhamento do voto.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho a impressão de que, com as considerações do Ministro Eros Grau, podemos considerar encerrada a sessão de hoje e retornar o julgamento amanhã. Temos matéria já preestabelecida para amanhã. O Sr. Ministro Marco Aurélio: Amanhã ou na quarta próxima. Na quinta, geralmente nos dedicamos a matéria penal, com extradições etc.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Amanhã, Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Bom, eu consulto – temos matéria já preestabelecida para amanhã.

ESCLARECIMENTO

831 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, ultimamente – inclusive estou encaminhando uma
 832 petição a Vossa Excelência –, vem me preocupando o fato de não prevalecer a pauta dirigida, lançada no
 833 sítio do Tribunal. Há um caso em que o advogado aponta – repito, estou encaminhando a petição a Vossa
 834 Excelência – que a apreciação do processo já foi adiada sete vezes e ele seguidamente tem se deslocado,
 835 à custa do cliente, a Brasília praticamente toda semana. Por isso, preocupa-me muito a falta de
 836 observação da pauta dirigida.

837 VOTO

838 (Sobre proposta)

839 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, por coerência, já que votei no sentido do indeferimento
 840 da cautelar, permaneço indeferindo a prorrogação do prazo de vigência dessa mesma cautelar.

841 EXPLICAÇÃO

842 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Apenas para fazer rápidas observações, ao contrário do
 843 sustentado pelo Ministro Carlos Britto, já em escritos antigos, observei que a fórmula constante do art.
 844 220, § 1º, segundo a qual “[n]enhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena
 845 liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no
 846 art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”, é apenas uma formulação aparentemente negativa. Aqui, o que há é uma
 847 reserva legal qualificada e, portanto, não subscrevo esse entendimento de que não há lei e que não há
 848 matéria. Inclusive, em matéria de direito de resposta, fica evidente que a Constituição clama por norma
 849 de organização e procedimento. Não se pode simplesmente entregar a qualquer juiz ou tribunal a
 850 construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério, grave. Porque o mundo não se
 851 faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da pessoa humana, de respeito à imagem das
 852 pessoas. É fundamental, portanto, que levemos em conta essas observações. Mas apenas faço essas
 853 breves considerações para que, depois, possamos discutir em outra oportunidade. Portanto, o julgamento
 854 fica marcado para o dia 15 de abril. Amanhã mantemos a pauta já divulgada.

855 VOTO-VISTA

856 O Sr. Ministro Menezes Direito: Estamos julgando questão da mais alta relevância para a vida brasileira,
 857 assim, a liberdade de imprensa e seu modo de exercício, a partir da Constituição Federal. Pensei em
 858 apenas ratificar o voto que proferi quando da medida cautelar. Naquela ocasião, pedi vênua ao Ministro
 859 Relator, Carlos Britto, para suspender
 860 a totalidade da Lei 5.250, de 1967, ficando, então, vencido na companhia dos eminentes Ministros Celso
 861 de Mello e Eros Grau. A douta maioria acompanhou o Ministro Relator, que suspendia apenas alguns
 862 dispositivos. Já agora, o eminente Relator, em seu belo voto, evoluiu no sentido de igualmente considerar

[JC326] Comentário: O PDPH é
 edifício, o mundo se faz de
 ...

863 incompatível com a Constituição Federal a totalidade da chamada Lei de Imprensa, tendo o Ministro Eros
 864 Grau ratificado seu voto proferido quando do julgamento da medida cautelar. Quando votei na primeira
 865 ocasião, destaquei que em sede de exame preliminar não seria pertinente descer a detalhes exagerados
 866 sobre o papel da imprensa e da liberdade de manifestação do pensamento com a livre circulação das
 867 ideias. Destaquei que nossa realidade constitucional está subordinada ao princípio da reserva qualificada,
 868 isto é, a preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política. E,
 869 ainda, lembrei Dworkin, que mostrou com pertinência que tanto a imprensa quanto o Estado sofreram
 870 desenvolvimento no seu modo de operação. Escreveu Dworkin que “as duas instituições aumentaram seu
 871 poder juntas, numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte
 872 da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas
 873 restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos
 874 autores da Constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrições ao poder: o papel político da
 875 imprensa agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um
 876 elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada de
 877 flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do
 878 Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas
 879 descobertas” (*O direito da liberdade*, Martins Fontes, 2006, p. 300). Por outro lado, estou convencido,
 880 como assinali em outra ocasião, de que o sistema de garantia dos chamados direitos da personalidade
 881 ganhou especial proteção da Constituição de 1988, sejam aqueles relativos à integridade física, sejam
 882 aqueles relativos à integridade moral, nestes incluídos os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à
 883 imagem (cf. *Estudos de direito público e privado*, Renovar, 2006, p. 259 e seguintes). Veja-se que o art.
 884 5º, incisos V e X, expressamente, mostra essa preocupação do constituinte dos oitenta. No inciso V está
 885 assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de garantir a indenização por dano
 886 material, moral ou à imagem; no inciso X está garantida a inviolabilidade da intimidade, da vida privada,
 887 da honra e da imagem das pessoas, previsto o direito de indenização pelo dano material ou moral
 888 decorrente de sua violação. O próprio Pacto Internacional de São José da Costa Rica, no art. 19,
 889 estabelece que o exercício da liberdade nele previsto “implicará deveres e responsabilidades especiais”
 890 podendo “estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei” e
 891 que sejam necessárias para “assegurar o
 892 respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas” e, também, “proteger a segurança nacional, a
 893 ordem, a saúde ou a moral públicas”. Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade da comunicação
 894 e o respeito aos direitos da personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que

[JC327] Comentário: 3 –
Preservação de uma pessoa.

[JC328] Comentário: 1 – Eixo
condutor funciona como
metáfora orientacional.

nosso Presidente, Ministro Gilmar Mendes, examinando decisões da Corte Constitucional alemã, particularmente quando do julgamento do chamado “Caso Lebach”, chamou de processo da ponderação. De fato, disse o Ministro Gilmar que “no processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade” (*Revista de Informação Legislativa* 122/297). É que não se pode deixar de considerar, quando se faz um balanço dos direitos que estão enlaçados pela própria Constituição Federal, que cada qual, o direito à liberdade de expressão no seu maior alcance e os direitos da personalidade, tem uma característica científica que precisa ser determinada como pressuposto do equilíbrio a ser mantido na interpretação constitucional. Veja-se, por exemplo, como está na monumental lição de Johannes Messner, em sua obra sobre o direito natural, que o ser humano tem uma esfera de valores próprios, postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas também na convivência com seus semelhantes. Daí que, como já escrevi antes, devem ser respeitados não somente aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, de pronto aferível, mas aqueles relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos, revelados diante dos outros homens. São direitos que se encontram reservados ao seu íntimo, que a ninguém é dado invadir, porque integram a privacidade do seu existir, da sua consciência (cf. *Estudos de direito público e privado*, op. cit., p. 298/299). O Instituto Internacional de Direitos do Homem publicou um conjunto de estudos sobre a proteção desses direitos nas suas relações entre pessoas privadas, um deles de Andreas Khol, advertindo ser necessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa (cf. René Cassin, 11, p. 210/211).

No caso brasileiro, pode-se dizer que ao intérprete da Constituição necessariamente cabe realizar essa tarefa magna de desafiar a chamada colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtskollision*). Se os direitos da personalidade põem à disposição do intérprete grande quantidade de estudos científicos, quero crer que deve ser enfrentada a questão da liberdade de expressão também a partir de uma melhor apuração de sua base conceitual no plano da ciência do direito constitucional. Não se trata, portanto, de firmá-la no plano romântico dos ideais de liberdade e democracia política, mas de defini-la concretamente para que se possa sedimentá-la como entrinha da própria base conceitual da sociedade democrática. Quando encaminhei meu raciocínio para concluir pela suspensão integral da lei, tinha na minha consciência essa

927 perspectiva, qual seja, afastar a lei vigente porque incompatível com o sistema constitucional de 1988,
928 sem perder de vista a necessidade de valorizar a defesa dos direitos da personalidade. É que a própria
929 Constituição Federal criou essa ampla liberdade de informação e de proteção dos direitos da
930 personalidade. E a Suprema Corte, com sua heroica tradição de guardião das liberdades públicas e da
931 intransigente defesa da cidadania, assim deve continuar a proceder. Por que considerar a Lei de Imprensa
932 inteiramente incompatível com a Constituição Federal? Recolho o fundamento de Auguste Comte, nos seus
933 *Écrits de Jeunesse*, tratando, nos idos de 1918, da liberdade de imprensa. Disse Comte que, embora muito
934 se tenha escrito sobre a liberdade de imprensa, ainda faltava esclarecer alguns aspectos fundamentais
935 para considerá-la no seu verdadeiro papel e no seu ângulo mais importante. Com isso, disse ele que a
936 liberdade de imprensa poderia ser considerada sob a perspectiva política de duas maneiras diferentes, ou
937 pelo menos distintas: como um direito ou como uma instituição política. E é sob esse segundo modo de
938 ver a liberdade de imprensa que Comte identifica-a como base do sistema representativo. E avança para
939 afirmar o que me parece plenamente adequado ao exame que estamos fazendo agora, ou seja, que a
940 liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar
941 dificuldade ao exercício dessa instituição política. Mais afirmativamente, qualquer lei que se destine a
942 regular esse exercício da liberdade de imprensa como instituição a disciplinar, tendo por objetivo dar a
943 cada cidadão esclarecido voz na formação da lei, não pode revestir-se de caráter repressivo, que o
944 desnature por completo (cf. *Écrits de Jeunesse*, 1816-1828, Mouton – La Haye, Paris, 1970, p. 147 a 159).
945 Nesse contexto, vale ter em conta o estudo de Owen Fiss sobre o papel do estado no campo da liberdade
946 de expressão. Isso permite acentuar os cuidados necessários para evitar que a intervenção estatal não
947 descambe para censura e controle dos meios de comunicação de massa, como mostraram Gustavo
948 Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto no prefácio que escreveram. O Professor de Yale, desafiando
949 a Primeira Emenda, procura mostrar a controvérsia em torno de uma leitura absolutista, isto é, nenhuma
950 lei a significar nenhuma lei, mas “como Alexander Meiklejohn enfatiza, o que a Primeira Emenda proíbe
951 são leis limitando a ‘liberdade de expressão’, não uma liberdade de falar. A frase ‘a liberdade de
952 expressão’ implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites
953 quanto ao que deve ser incluído e excluído. Essa é a teoria segundo a qual a regulação do discurso
954 voltada à proteção da segurança nacional ou da ordem pública é às vezes permitida; ela poderia estar
955 igualmente disponível quando o Estado estiver tentando preservar a completude do debate. Com efeito –
956 diz Owen – a Primeira Emenda deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca
957 promover os valores democráticos subjacentes à própria Primeira Emenda” (*A Ironia da liberdade de*
958 *expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública*, Renovar, 2005, p. 51). É nesse contexto

que Owen Fiss destaca a missão democrática da imprensa mostrando que os cidadãos “dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas do governo”, e prossegue afirmando que, na “sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo grau de autonomia em relação ao Estado” (op. cit., p. 99). Na perspectiva da jurisprudência americana, Owen destaca a existência de orientação que “estabelece limites sobre a capacidade do Estado de silenciar seus críticos, em particular a imprensa, por meio de procedimentos civis e políticos”. Nessa linha, por exemplo, a limitação imposta pela Corte “do poder de oficiais públicos de receber indenizações em ações de difamação, decidindo que oficiais públicos não podem ser indenizados por afirmações falsas sobre o desempenho de suas atividades, a menos que eles provem que aquelas afirmações foram publicadas ou transmitidas com conhecimento ou grave negligência (*reckless disregard*) sobre sua falsidade” (op. cit., p. 100). Ao votar na medida cautelar, lembrei que, na construção da democracia americana, a afirmação da competência da Corte Suprema, no legado da Guerra Civil, mostrou a evolução do pensamento do grande Juiz que foi Oliver Wendell Holmes Jr., primeiro suportando a ideia estreita da liberdade de expressar o pensamento e do protesto político. Isso está presente no caso *Patterson vs. Colorado*, de 1907, quando ficou explicitada a possibilidade de condenação de um editor que publicou charges ridicularizando os Juízes. Mas a plenitude foi alcançada pelo grande Juiz ao dissentar em processo envolvendo a perseguição de pessoas contrárias à guerra, no caso *Abrams vs. United States*, de 1919, fundamentando seu voto na inexistência de ligação imediata entre a distribuição de panfletos e a identificação de atividade ilegal, ocasião em que acrescentou a célebre afirmação sobre a importância da livre circulação das ideias. Essa orientação foi a que prevaleceu no caso *Whitney vs. Califórnia*, de 1927, com a condução do Juiz Louis Brandeis, acompanhado também por Holmes (cf. Jeffrey Rosen, *The Supreme Court, The Personalities and Rivalries That Defined America*, Holt Paperback, 2007, p. 120/121). E ainda hoje a Suprema Corte está voltada para estabelecer julgamentos que digam diretamente com a interpretação da Primeira Emenda como bem se pode avaliar do recente julgamento do caso *United States vs. Williams*, de maio de 2008, alcançando a pornografia infantil, cabendo ao Juiz Scalia redigir a decisão da Corte, permanecendo vencidos os Juízes Souter e Ginsburg (cf. *The Washington Post – Supreme Court Year Review – Major Cases and Decisions of 2008*, Kaplan Publishing, New York, 2009, p. 95 a 108). Bernard Stirn menciona decisões do Conselho Constitucional francês que sinalizam a importância institucional da liberdade de imprensa e sobre o

991 audiovisual. Nas decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e de 27 de julho de
 992 2000, o Conselho Constitucional afirma que a liberdade de imprensa é condição de outras liberdades e
 993 estabelece o princípio segundo o qual, intervindo em matéria de direitos fundamentais, o legislador não
 994 pode piorar o regime existente, ou seja, não pode atingir as garantias precedentes. Ele faz do pluralismo
 995 que decorre da expressão sociocultural um objetivo de valor constitucional, que se impõe no campo do
 996 setor privado e no campo do setor público. Mostra ainda que uma garantia suplementar se extrai do art.
 997 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, segundo o qual toda pessoa tem direito à liberdade de
 998 expressão, direito que compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar as
 999 informações ou ideias. Essa orientação é aplicada estritamente pela Corte Europeia, que, por exemplo,
 1000 tem julgado que o delito de ofensa pela imprensa a um chefe de estado estrangeiro constitui um atentado
 1001 injustificado à liberdade de expressão (25 de junho de 2002, Colombani) (cf. *Les Libertés en Questions*,
 1002 Montchrestien, 6. ed., p. 112/113). Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de
 1003 expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa
 1004 uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias. Mas essa liberdade, vista como
 1005 instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe
 1006 precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem
 1007 democracia. Essa precedência, no entanto, não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de
 1008 expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas. O que se tem
 1009 concretamente é uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade
 1010 de informação e de expressão, em que se encontra situada a liberdade de imprensa. É claro, e afirmei isso
 1011 ao votar na medida cautelar, que, quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição,
 1012 deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto
 1013 do que o preço da livre circulação das ideias. A democracia, para subsistir, depende de informação e não
 1014 apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia
 1015 é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto
 1016 não é mera homologação do detentor do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com
 1017 o voto, nunca com a liberdade de expressão.
 1018 Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência
 1019 institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse
 1020 balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há
 1021 de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da
 1022 pessoa humana. Não é uma questão nova. David Hume, no seu conhecido ensaio "Da Liberdade de

[JC329] Comentário: 3 o PDPH uma pessoa, têm precedência sobre as demais.

[JC330] Comentário: 3 - Protege-se a dignidade.

[JC331] Comentário: 4.1 O PDPH é um ente que precisa ser preservado em contra ponto com o princípio da liberdade de expressão.

1023 Imprensa”, no século XVII, afirma sem meias palavras que “[n]Ada surpreende mais um estrangeiro que a
 1024 extrema liberdade, de que desfrutamos nesse país, de comunicar o que quisermos ao público e de criticar
 1025 abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros” (*Ensaaios morais,*
 1026 *políticos e literários*, Liberty Classics e Topbooks, 2004, p. 101). E identifica essa liberdade à “nossa forma
 1027 mista de governo, que não é nem inteiramente monárquico, nem inteiramente republicano” (op. cit., p.
 1028 102). E conclui: “Frequentemente, o entusiasmo do povo precisa ser instigado, para que sejam refreadas
 1029 as ambições da Corte; e o medo de que esse entusiasmo seja instigado precisa ser usado para prevenir
 1030 essas ambições. Nada contribui mais para esse fim como a liberdade de imprensa, graças à qual é possível
 1031 usar todo saber, inteligência e gênio da nação em benefício da liberdade, e animar todos a defendê-la.
 1032 Portanto, enquanto a parte republicana de nosso governo puder conservar sua
 1033 predominância sobre a monárquica, ela terá naturalmente o cuidado de manter a imprensa livre, pois esta
 1034 é importante para sua própria preservação” (op. cit., p. 105). Todavia, põe uma advertência final: “Deve-
 1035 se, contudo admitir, embora seja difícil, talvez impossível, propor um remédio adequado para a liberdade
 1036 de imprensa ilimitada, pois é este um dos males a que estão sujeitas aquelas formas mistas de governo”
 1037 (op. cit., p. 105). Assim, o que se destaca como suporte de nossa análise nesta questão é exatamente a
 1038 reafirmação do trato dado à liberdade de imprensa como instituição enlaçada no próprio conceito de
 1039 democracia política e a reafirmação de que não é possível desconhecer a disciplina da reserva qualificada
 1040 que põe relevo na proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República. O que Hume já
 1041 antevia difícil naqueles tempos, na verdade, é agora ainda mais, considerando que o discurso político pela
 1042 prevalência ilimitada da liberdade de imprensa ganha altitude pela natureza do seu papel na segurança
 1043 que se
 1044 espera de viver democraticamente. Tendo a ver de outro ângulo essa dificuldade. É que estou convencido,
 1045 cada dia com maior intensidade, de que, quanto mais forte se põe a instituição, mais frágil se torna. Por
 1046 quê? Porque estimula a arrogância e enaltece o arbítrio
 1047 e a sensação de permanente acerto. Isso me leva à compreensão de que só existe garantia de
 1048 preservação institucional quando um sistema de pesos e contrapesos é posto num mesmo patamar de
 1049 proteção de tal modo que sejamos capazes de identificar limites. Limites são sempre esteio da convivência
 1050 social, como apanágio mesmo da tolerância e da capacidade humana de superar o absoluto que não é
 1051 compatível com a natureza mesma das sociedades democráticas. Nenhuma instituição pode arrogar-se em
 1052 deter o absoluto, a vedação inconseqüente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de
 1053 agir das outras instituições. Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao

[JC332] Comentário: 3 - O PDP
 é uma pessoa, que merece
 proteção.

[JC333] Comentário: 6.1 - O
 PDPH é um edifício.

1054 conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos
 1055 da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento
 1056 do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um
 1057 modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser
 1058 do homem. Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica,
 1059 capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será
 1060 como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana. Nesse
 1061 sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do
 1062 Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da
 1063 reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, § 1º e § 2º. Note-se que essa reserva
 1064 está vinculada ao art. 5º, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V
 1065 (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são
 1066 invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à
 1067 indenização pelo dano
 1068 material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou
 1069 profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o
 1070 acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional). Essa
 1071 estrutura da disciplina constitucional revela com toda clareza que não se pode deixar ao desabrigo da
 1072 mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana,
 1073 ou seja, objetivamente, esta Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas
 1074 situações em que esse conflito estiver presente, na melhor tradição das Cortes Constitucionais. Isso quer
 1075 dizer, concretamente, e esse é o sinal que procurei estabelecer
 1076 quando votei na medida cautelar e que agora confirmo, que nenhuma lei estará livre do conflito com a
 1077 Constituição Federal se nascer a partir da vontade punitiva do legislador de modo a impedir o pleno
 1078 exercício da liberdade de imprensa e da atividade jornalística em geral. Daí que se há de fazer valer o
 1079 comando constitucional afirmando expressamente que a “manifestação do pensamento, a criação, a
 1080 expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição,
 1081 observado o disposto nesta Constituição” (art. 220, *caput*). Na verdade, com isso sinalizo que não é
 1082 possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa, isto é, que
 1083 criem
 1084 condições de intimidação. Com isso, veda-se qualquer tipo de censura à veiculação de notícias ou coerção
 1085 à liberdade de informação jornalística. Por outro lado, a preservação da dignidade da pessoa humana deve

[JC334] Comentário: 7 - Sorte Azar. Lidando com contrários Opostos.

[JC335] Comentário: 3 - O PDP deve ser preservado, não pode ser aviltado.

[JC336] Comentário: 3 - Condenação do PDPH.

[JC337] Comentário: 7 - Conflito entre contrários.

ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade de imprensa. O regime constitucional nascido com a Constituição de 1988 não se compadece com outra forma de mediação do Estado. Veja-se ainda uma vez a lição extraída por Dworkin no caso *New York Times vs. Sullivan* em torno da Primeira Emenda no sentido de que o voto do Juiz Brennan “dá a moderna fundamentação do direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos” (op. cit., p. 312). É que naquela decisão criou-se limitação quanto à prova para que os agentes públicos pudessem receber indenização, cabendo-lhes provar a existência de “malícia efetiva”, isto é, a prova de que os “jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa ou com ‘temerária desconsideração’ (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade das informações ali contidas” (op. cit., p. 311). É claro que muitas vezes há a veiculação do mal, mas isso não se deve à liberdade de imprensa, e sim à qualidade do profissional, como ocorre em qualquer atividade humana. Há que fazer da mediação do Estado um instrumento de garantia da liberdade de imprensa como instituição enlaçada com a democracia e não meio de restringir o papel institucional da imprensa. Considerando que a atual Lei de Imprensa nasceu com inspiração incompatível com o princípio constitucional da liberdade de imprensa, nos termos das razões que acima deduzi, reitero o voto que proferi quando do julgamento da medida cautelar, considerando a Lei 5.250, de 1967, incompatível com a disciplina da Constituição Federal de 1988.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, apenas para esclarecer, estamos, portanto, em que o eminente Ministro Menezes Direito, que acaba de proferir esse belíssimo voto, acompanha integralmente o Ministro Relator, não é isso, Ministro?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto ao resultado, quanto à fundamentação, obviamente, é isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É, exatamente, mas é só para deixar claro que a conclusão é no sentido da não recepção, em bloco, da norma.

VOTO

(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, eu preparei um voto mais alongado, exatamente em razão do que disse o Ministro Menezes Direito, hoje, no início de seu brilhantíssimo voto; aliás, já tinha sido também enfatizado pelo eminente Ministro Relator no muito profícuo e fecundo voto que proferiu, pela importância da matéria aqui tratada e que diz respeito ao fundamento do próprio Estado, tal como,

1118 modelarmente, posto na Constituição de 1988, ou seja, no Estado Democrático. Mas eu estou votando
 1119 exatamente no sentido do que foi o voto tanto do Ministro Relator quanto o do Ministro Menezes Direito,
 1120 aliás, também do Ministro Eros Grau, que já tinha acompanhado o Relator, no sentido da não
 1121 recepção, e, portanto, alargando o que eu tinha inicialmente votado. E vou chamar a atenção apenas para
 1122 três pontos; vou liberar o meu voto e, com isso, dar todas as razões.

1123 Fiz um estudo da Lei 5.250 em relação a essa Constituição e, inclusive, a Carta de 1967, e a Emenda 1.
 1124 Essa lei tem alguns dados curiosos, pelo menos. Basta ver o que ela pretendia ao dizer, no art. 1º, que
 1125 estava garantida a liberdade; no § 1º desse mesmo art. 1º, dizer que é garantida a liberdade de
 1126 imprensa, e o § 1º afirma: “não será tolerada”. O que é uma contradição imediata dos seus termos,
 1127 porque a pretensão dela, o ponto de partida e o ponto de chegada é exatamente garrotear a liberdade de
 1128 imprensa. Aquilo que era chamado de liberdade das liberdades, ou garantias das garantias, por Laboulaye,
 1129 que era citado até desde João Barbalho. Eu queria apenas enfatizar três dados que estão no meu voto,
 1130 Presidente, para fundamentá-lo. Primeiro, é que me parece que o que foi posto brilhantemente pelo
 1131 Ministro Carlos Britto, e, agora, enfatizado pelo Ministro Menezes Direito, é que a liberdade de imprensa –
 1132 como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para
 1133 informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a
 1134 realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se
 1135 fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação,
 1136 menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao
 1137 outro, criando cidadanias diferentes. O segundo dado que eu gostaria de enfatizar é que o fundamento da
 1138 Constituição do Brasil é exatamente o da democracia, que não se compadece absolutamente com
 1139 qualquer tipo de restrição – e, agora, o Ministro Menezes Direito chamou a atenção para até o aspecto
 1140 punitivo de restrições que eventualmente adviessem na legislação infraconstitucional – e, portanto, é
 1141 exatamente o que se tem nessa lei, que não poderia mesmo ser recepcionada. O terceiro elemento para o
 1142 qual eu chamei a atenção, porque fiz um levantamento, em muitos Estados Democráticos contam com lei
 1143 de imprensa nem por isso são considerados antidemocráticos. Ocorre que a Lei 5.250 trata de já prever
 1144 que toda liberdade seria um abuso do exercício, e não apenas o uso, que, nos termos da Constituição de
 1145 1988, é plenamente garantida até – repetindo – como uma forma de se dar plena expressão à liberdade
 1146 da pessoa e à sua dignidade. Por isso, Senhor Presidente, eu vou deixar de ler o voto na inteireza. Eu
 1147 queria apenas chamar a atenção para um dado que eu já tinha, de alguma forma, chamado quando votei
 1148 na cautelar proferida. Da atualidade das palavras de Rui Barbosa que foram proferidas no Senado em 11
 1149 de novembro de 1914, exatamente sobre lei de imprensa, ou seja, há quase cem anos. Dizia, então, Rui

[JC339] Comentário: 4.1

[JC340] Comentário: 4.2 – Men
 é ruim, mais é bom.
 Quantificação com modulador
 adverbiais.

[JC341] Comentário: 4.1
 Entificação pura e simples,
 da DH.

1150 que: Se não estou entre os mais valentes dos seus advogados, estou entre os mais sinceros e os mais
 1151 francos, os mais leais e desinteressados, os mais refletidos e mais radicais. Sou pela liberdade total da
 1152 imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os do direito comum, os
 1153 do Código Penal, os da Constituição em vigor. A Constituição Imperial não a queria menos livre; e, se o
 1154 Império não se temeu dessa liberdade, vergonha será que a República a não tolere. Mas, extremado
 1155 adepto, como sou, da liberdade, sem outras restrições, para a imprensa, nunca me senti mais honrado
 1156 que agora em estar ao seu lado; porque nunca a vi mais digna, mais valorosa, mais útil, nunca a encontrei
 1157 mais cheia de inteligência, de espírito e de civismo; nunca lhe senti melhor a importância, os benefícios, a
 1158 necessidade. E dizia, então, Rui, em 1914: A ela [liberdade de imprensa] exclusivamente se deve o não
 1159 ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama. E, desde o Império – lembro-me bem
 1160 que a história registra que um certo chefe do gabinete foi ao Imperador pedir a ele que restringisse a
 1161 imprensa, ao que

1162 o Imperador teria respondido: como é que eu vou saber o que se passa no meu governo? –, a imprensa
 1163 tem, inclusive, um papel em relação aos administradores que, muitas vezes, não sabem, como não podem
 1164 saber, em toda a inteireza, tudo o que se passa. Portanto, não apenas para o cidadão, mas para a
 1165 garantia da cidadania em relação a quem eventualmente exerce os cargos, inclusive os cargos políticos, a
 1166 liberdade de imprensa é mais que imprescindível para se ter uma verdadeira democracia. Tenho, para
 1167 mim, que a Constituição de 1988 tratou regularmente e integralmente daquilo que é necessário para que
 1168 os abusos sejam coartados – como realçado pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, brilhantemente, também
 1169 enfatizado pelo Ministro Menezes Direito –, que o Direito tem mecanismos para coartar, para repudiar
 1170 todos os abusos que eventualmente, em nome da liberdade, sejam praticados. Vale para a imprensa, isso
 1171 vale para todo mundo. Portanto, não vejo como considerar recepcionada essa norma. Razão pela qual,
 1172 Senhor Presidente, o meu voto é integralmente todo fundamentado no sentido exatamente de
 1173 acompanhar o Ministro Relator, com as achegas brilhantíssimas do Ministro Menezes Direito. Como disse,
 1174 não vou ler as trinta laudas por considerar que os fundamentos estão devidamente explicitados, mas
 1175 estou liberando o voto.

1176 VOTO

1177 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, a Lei 5.250/1967 foi editada num período
 1178 autoritário, cujo objetivo – evidentemente não declarado – foi o de cercear ao máximo a liberdade de
 1179 expressão, com vistas a perpetuar o regime autoritário que vigorava no País. Cuida-se, hoje, à evidência,
 1180 de um diploma legal que se mostra totalmente incompatível com os valores e princípios fundamentais
 1181 abrigados pela Constituição de 1988. Como afirmei no julgamento da cautelar, essa lei, antes de tudo,

[JC342] Comentário: 4.3 mais
digna

afigura-se incompatível com o princípio democrático e o princípio republicano, que, juntamente com o princípio federativo, integram o tripé axiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado Brasileiro, segundo consta do art. 1º da Carta Magna. Trata-se, ademais, de um texto legal totalmente supérfluo, porque a matéria nele contida já se encontra, no que interessa à cidadania, regulada por inteiro no texto constitucional. Com efeito, de um lado, a Constituição, nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, garante o direito coletivo à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, independentemente de licença e a salvo de toda restrição ou censura. De outro, nos art. 5º, incisos V e X, a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata – para usar a consagrada terminologia do Professor José Afonso da Silva –, como foi acentuado pelo Deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do Texto Magno. Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo”, vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução. Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos. A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for. Já a indenização por dano moral – depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados – vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da *equidade* e da *razoabilidade*, além de outros critérios, como o da *gravidade* e a *extensão do dano*, a *reincidência* do ofensor, a *posição profissional e social do ofendido* e a *condição financeira do ofendido e do ofensor*. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal. Esta Suprema Corte, no

1214 tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que os arts.
 1215 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade
 1216 do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal
 1217 de Justiça. Cito, nessa linha, entre outras, as seguintes decisões: RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos
 1218 Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI
 1219 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Observo, finalmente, que, nos países onde a imprensa é mais livre,
 1220 onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é
 1221 totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália, sem que seja
 1222 submetida a qualquer disciplina legal. Por essas razões, acompanho o eminente Relator para julgar
 1223 integralmente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, de maneira a considerar
 1224 que a nova ordem constitucional não recepcionou a Lei 5.250/1967.

1225 ESCLARECIMENTO

1226 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, quero dizer que, no meu relatório, de fato,
 1227 cometi um *lapsus mentis*; eu me esqueci de dizer que, quando do julgamento da cautelar, fiquei muito
 1228 preso ao caráter prefacial do exame e não avancei o meu juízo de total incompatibilidade – vale dizer, de
 1229 não recepção total da Lei de Imprensa pela nossa Constituição. Achei de boa técnica me limitar à
 1230 suspensão de 22 dispositivos da lei, dado o caráter precário do exame jurídico em sede de medida
 1231 cautelar. Porém, o Ministro Menezes Direito de logo manifestou essa opinião, da não recepção *in totum*,
 1232 agora confirmada. No que Vossa Excelência foi seguido pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello. Vossas
 1233 Excelências, portanto, de pronto, de plano, assentaram essa não recepção em bloco, *in totum*, da lei ora
 1234 adversada pela vigente Constituição. Também aproveitei a oportunidade para saudar os Ministros Ricardo
 1235 Lewandowski e Cármen Lúcia, agradecendo as referências elogiosas que fizeram ao meu voto.

1236 VOTO

1237 O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, estamos diante de uma arguição de descumprimento
 1238 de preceito fundamental ajuizada contra dispositivos da Lei federal 5.250/1967. Opinou o Procurador-
 1239 Geral da República pela impossibilidade de conhecimento
 1240 desta arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às matérias que não foram
 1241 expressamente impugnadas pelo autor (fl. 650). Em relação aos dispositivos impugnados, apontou uma
 1242 série de soluções, desde o reconhecimento da invalidade de algumas normas em exame até a outorga de
 1243 interpretação conforme a Constituição, de modo a extrair do texto sentido que tornasse os dispositivos
 1244 compatíveis com a ordem constitucional. Em sentido diverso, o eminente Ministro Carlos Britto, Relator,
 1245 considerou

o conjunto normativo como um todo indivisível, isto é, um objeto cujo significado não se confundia com a mera soma de suas partes componentes. Daí extraiu duas conclusões: primeira, a de que a declaração de incompatibilidade constitucional de fragmentos do texto normativo seria insuficiente para manter a unidade constitucional de princípios, e, segunda, a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição também seria ineficaz para preservar a ordem constitucional. Assim, Sua Excelência declarou não recepcionado todo o texto da Lei federal 5.250/1967, e parece que a Corte se encaminha, na sua plenitude, nessa direção. Pois bem. Estamos todos plenamente conscientes e acordes quanto ao papel fundamental da imprensa na sociedade moderna, sobre a sua natureza intrinsecamente fundante, enquanto direito fundamental de primeiríssima grandeza, e, claro, da sua magna importância na evolução e na consolidação de uma democracia, especialmente de democracias ainda em flor, como a nossa. É através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *polis*; ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação, e quanto ao juízo que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos. Contudo, não basta ter uma imprensa inteiramente livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração. Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração de mídia é algo extremamente nocivo para a democracia. No seu voto, o eminente Relator optou por uma posição radical e preconizou para o nosso País uma imprensa inteiramente livre de qualquer regulamentação ou de qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos estatais. Aparentemente, se não fiz uma leitura errada do posicionamento de Sua Excelência, até mesmo a intervenção do Poder Judiciário seria vista como suspeita. Eu, contudo, a exemplo do pensamento sobre a matéria do eminente professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, em quem me inspiro, penso que nem sempre o Estado exerce uma influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns. Múltiplos fatores interferem nesse campo: a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da

1278 liberdade de imprensa. Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode
1279 ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando
1280 confrontado com a perseguição sistemática ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de
1281 espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes.
1282 Penso que a liberdade de imprensa há de ser considerada também sob uma ótica a respeito da qual,
1283 aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. É que a liberdade de imprensa tem natureza e
1284 função multidimensionais. Ela deve
1285 também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação, e não apenas à luz dos interesses dos
1286 produtores da informação. É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a
1287 exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão,
1288 mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados
1289 àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar.
1290 Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso.
1291 Passo ao exame tópico dos dispositivos da lei em causa. Adianto que, a esse respeito, são poucas as
1292 minhas divergências em relação ao voto do eminente Relator. Os arts. 1o, § 1o, 14 e 16, inciso I, proibem
1293 a propaganda de guerra, de processos
1294 de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe e, verificada a conduta
1295 vedada, comina-lhe uma reprimenda. O eminente Relator votou pela supressão pura e simples de todos
1296 esses dispositivos. Eu tenho dúvidas quanto à suposta incompatibilidade total desses dispositivos com a
1297 Constituição Federal. É certo que a linguagem neles utilizada nos remete a um período sombrio da nossa
1298 história recente. E cito o que dizem os dispositivos: Art. 1º, § 1º: Não será tolerada a propaganda de
1299 guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.
1300 Art. 14: Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de
1301 preconceitos de raça ou classe. Art. 16, I: Perturbação da ordem pública ou alarma social. Mas daí eu
1302 pergunto: a Constituição protege o discurso que vise a fazer apologia de preconceitos de raça ou de
1303 classe, tal como mencionados no mesmo dispositivo. O Procurador-Geral da República optou por um meio-
1304 termo e sugeriu a técnica
1305 da interpretação conforme à Constituição para firmar o termo "subversão da ordem política e social" com
1306 o sentido de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública
1307 ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional" nos exatos termos do art. 136
1308 da Constituição da República e de seu excepcional regime jurídico. Ou seja, circunscreveu a possibilidade
1309 de intervenção do Estado àquelas hipóteses relacionadas com as situações de excepcionalidade

institucional de que nos dá conta o art. 136 da Constituição. Creio que a proposta do eminente Procurador-Geral, no que diz respeito a essa específica expressão "subversão da ordem política e social", e desde que entendida única e exclusivamente no contexto excepcional do art. 136 da Constituição, pode, sim, ser tida como compatível com a ordem constitucional vigente. Quanto aos preconceitos de raça e de classe, também mencionados nos mesmos dispositivos, creio que suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos atingidos. O art. 1º, § 2º, dispõe sobre a aplicação de censura. A meu sentir, o dispositivo em questão é notoriamente incompatível com a Constituição de 1988. O art. 2º, *caput*, refere-se à comunicação pública que atente contra a moral e os bons costumes. O Procurador-Geral da República sugere a compatibilidade do texto com a Constituição, se o termo "moral e bons costumes" for interpretado com o sentido de "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família", nos exatos termos do art. 221, IV, da Constituição. Com essa compreensão, que extrai da expressão "moral e bons costumes" o ranço autoritário e a vagueza conceitual em que ela se vê envolta, e a remete a valores acolhidos pela nova ordem constitucional, entendo que o dispositivo pode ganhar uma sobrevida. Não, claro, na sua concepção original. Também concordo com o Relator quanto à total incompatibilidade dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65, que versam sobre a organização de empresas jornalísticas. A matéria, aliás, já se encontra regulamentada na Lei 10.610/2002, sem falar que o dispositivo do art. 222 da Constituição basta em si mesmo. Os arts. 20, 21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, justifica-se em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano. O eminente Relator vê incompatibilidade entre essas normas e a Constituição. Eu as vejo como importantes instrumentos de proteção ao direito de intimidade, e úteis para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico. Quanto ao resto, acompanho o eminente Relator. É como voto.

VOTO

(Aditamento)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhores Ministros, estamos diante de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada contra dispositivos da Lei federal 5.250.

Opinou o Procurador-Geral da República pela impossibilidade de conhecimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às matérias que não foram expressamente

1342 impugnadas pelo autor. Em relação aos dispositivos impugnados, apontou uma série de soluções, desde o
1343 reconhecimento da invalidade de algumas normas em exame até a outorga de interpretação conforme a
1344 Constituição, de modo a extrair do texto o sentido que tornasse os dispositivos compatíveis com a ordem
1345 constitucional. Em sentido diverso, o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, considerou o conjunto
1346 normativo como um todo indivisível, isto é, um objeto cujo significado não se confundia com a mera soma
1347 de suas partes componentes. Daí extraiu duas conclusões: primeira, a de que a declaração de
1348 incompatibilidade constitucional de fragmentos do texto normativo seria suficiente para manter a unidade
1349 constitucional de princípios, e a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição
1350 também seria ineficaz para preservar a ordem constitucional. Assim, Sua Excelência declarou não
1351 recepcionado todo o texto da Lei federal 5.250, e parece que a Corte se encaminha, na sua plenitude,
1352 nessa direção. Pois bem, estamos todos plenamente conscientes e acordes quanto ao papel fundamental
1353 da imprensa na sociedade moderna, sobre a sua natureza intrinsecamente fundante, enquanto direito
1354 fundamental de primeiríssima grandeza, e, claro, da sua magna importância na evolução e na
1355 consolidação de uma democracia, especialmente de democracias ainda em flor, como a nossa. É através
1356 da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *polis*, ela é fundamental na
1357 orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos
1358 quadros dirigentes da nação e quanto ao juízo que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas
1359 públicas implementadas pelos representantes eleitos. Contudo, Senhores Ministros, não basta ter uma
1360 imprensa livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a
1361 oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da
1362 sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena
1363 a ponto de impedir que haja concentração. Situações como as existentes em algumas unidades da nossa
1364 Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o
1365 mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da
1366 vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração de
1367 mídia é algo extremamente nocivo para a democracia. No seu voto, o eminente Relator optou por uma
1368 posição radical e preconizou
1369 para o nosso País uma imprensa inteiramente livre de qualquer regulamentação, ou de qualquer tipo de
1370 interferência por parte dos órgãos estatais – se é que não fiz uma leitura errada do voto de Sua
1371 Excelência.

1372 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Isso quanto ao núcleo duro da liberdade de imprensa,
1373 consubstanciado nas coordenadas de tempo e de conteúdo. O tamanho desse conteúdo é que não pode
1374 ser objeto de lei.

1375 O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência não exclui a ponderação de valores, tais como os
1376 abundantemente citados no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito?

1377 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Há matérias perifericamente de imprensa, ou lateralmente de
1378 imprensa, que podem ser objeto de lei.

1379 O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Então, Vossa Excelência admite a preservação de parte da lei?

1380 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, por outra ordem de consideração: porque é uma lei orgânica, e
1381 ela tratou, de cambulhada, todos os temas; além de ser, nas suas linhas e entrelinhas, visceralmente
1382 inimiga da atual Constituição.

1383 O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A exemplo do pensamento sobre a matéria do eminente professor Owen
1384 Fiss, já citado aqui hoje, eminente professor da Universidade de Yale, em quem me inspiro, penso que
1385 nem sempre o Estado exerce uma influência nefasta no campo das liberdades de expressão e de
1386 comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu
1387 inimigo, como pode parecer a alguns. Múltiplos fatores interferem nesse campo: a peculiaridade da
1388 história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais
1389 dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da
1390 liberdade de imprensa. Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode
1391 ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade quando
1392 confrontado com a perseguição sistemática, ou a vontade
1393 deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de
1394 comunicação ou de alguns de seus porta-vozes. É tendo em mente esses riscos que a posição radical, com
1395 todo respeito, parece-me que eu, a exemplo de Owen Fiss, penso que, sem dúvida, o Estado pode, sim,
1396 ser um opressor da liberdade de expressão, e o é na maioria das vezes, mas ele pode ser também uma
1397 fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão vedados àqueles que muitos buscam,
1398 conscientemente, ou não, silenciar e marginalizar. Eu estou inteiramente de acordo com o voto proferido
1399 pelo eminente Relator, a não ser em relação a pouquíssimas questões. Fiz apenas essa pequena
1400 introdução porque acho que nós estamos examinando essa lei, estamos vendo a imprensa apenas sob a
1401 ótica institucional, e especialmente nós estamos vendo a imprensa quando confrontada com o Estado, ou
1402 pelo exercício, por agentes públicos, das suas funções. Mas a imprensa pode ser destrutiva não apenas

em relação a agentes públicos, a imprensa pode destruir vidas de pessoas privadas, como nós temos assistido neste País. Eu, como disse, concordo com o essencial do voto do Relator quanto à total incompatibilidade, por exemplo, dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65, que versam sobre a organização de empresas jornalísticas. A matéria, aliás, já se encontra regulamentada na Lei 10.610/2002, sem falar que o dispositivo do art. 222 da Constituição basta em si mesmo. Os arts. 20, 21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria, difamação no âmbito da comunicação pública e social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano. E nesse ponto, respeitosamente, divirjo do eminente Relator, que vê incompatibilidade entre essas normas e a Constituição, ou seja, Sua Excelência vê uma incompatibilidade entre o tratamento legal dessa questão de maneira especial, e eu vejo esse tratamento especializado como importante instrumento de proteção ao direito de intimidade, útil para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico, e, mais uma vez, volto a frisar, não apenas em relação a agentes públicos. Entendo que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas tenho muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum. Apenas com essas observações, concordo com o voto do eminente Relator, a não ser com relação a esses arts. 20 e 21, que versam exatamente sobre o tratamento específico da questão penal quando veiculada através da imprensa. É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, serei breve, porque acho que os votos anteriores não apenas foram brilhantes, mas suficientemente exaustivos sobre a matéria, além do que a Corte já declarou em sede de liminar. Gostaria apenas, Senhor Presidente, mais por cuidado do que por necessidade jurídica, de fazer ressalva quanto à fundamentação, pedindo vênias ao eminente Relator para, nesse ponto, acompanhar as restrições a que se referiu, agora, o Ministro Joaquim Barbosa e, com mais largueza, o voto do eminente Ministro Menezes Direito. A mim me parece, e isso é coisa que a doutrina, tirando – ou tirante – algumas posturas radicais, sobretudo no Direito norte-americano, é pensamento universal que, além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unimoda. Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam do *caput* do art. 220, do § 1º e das outras normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude

1435 atuante nos limites conceitual-constitucionais. Noutras palavras, a liberdade da imprensa é plena nos
 1436 limites conceitualconstitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a
 1437 Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa
 1438 humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que
 1439 adota, segundo as suas concepções
 1440 ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana.

[JC343] Comentário: 1 - Limit
pré-definidos.

[JC344] Comentário: 7 - Lidar
com contrários. Manter o
equilíbrio sempre é melhor
que 'partidarizar' ou
'desequilibrar'.

1441 Em segundo lugar, a minha tendência era realmente fazer ressalvas sobre algumas matérias disciplinadas
 1442 pela lei, que me parecem absolutamente compatíveis com o ordenamento constitucional vigente, nos
 1443 termos em que o fiz na votação da medida liminar. Senhor Presidente, não apenas pelo fato de que
 1444 parece que a maioria da Casa tende a encaminhar-se para uma solução de exclusão total da lei, ocorreu-
 1445 me o seguinte inconveniente: talvez não fosse prático manter vigentes alguns dispositivos de um sistema
 1446 que se tornou mutilado. A sobrevivência de algumas normas, sem organicidade, realmente poderia levar,
 1447 na prática, a dificuldades. Até que o Congresso Nacional, se o entenda devido, edite uma lei de imprensa,
 1448 que é coisa perfeitamente compatível com o sistema constitucional, a mim me parece se deva deixar ao
 1449 Judiciário a competência para decidir questões relacionadas, sobretudo, ao direito de resposta e a temas
 1450 correlatos. Senhor Presidente, com essas ressalvas, acompanho o voto do Relator, entendendo não
 1451 recebida a Lei de Imprensa.

1452 VOTO

1453 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, desejo tecer algumas considerações resumidas para
 1454 examinar, após os brilhantes votos já proferidos, a situação atual que se delinea com o julgamento desta
 1455 ação. Em sessão plenária de 1º-4-2009, o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, julgou procedente o
 1456 pedido formulado pela agremiação partidária arguente, o PDT, por entender que a Constituição Federal,
 1457 promulgada em 1988,
 1458 não recepcionou, na sua integralidade, a Lei 5.250, de 9-2-1967, que "regula a liberdade de manifestação
 1459 do pensamento e de informação". Sua Excelência defendeu que a proteção dada pela Constituição Federal
 1460 às liberdades de pensamento e de expressão impede toda e qualquer atuação legiferante do Estado em
 1461 matéria de imprensa, *verbis*. Em nenhum momento do seu falar imperativo a Constituição iniciou a
 1462 regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir, se a conduta é nuclearmente de
 1463 imprensa. Bem ao contrário, em comportamentos da espécie o comando constitucional é
 1464 intransponivelmente proibitivo da intromissão estatal, em qualquer das personalizadas esferas da
 1465 Federação brasileira. Logicamente proibitivo, até, porque nenhuma lei pode ir além do que já foi a Magna
 1466 Carta de 1988, simplesmente porque nossa Constituição já foi ao máximo da proteção que se pode,

1467 teoricamente, conferir à liberdade da profissão de jornalista e de atuação dos meios de comunicação
1468 social. E, se nenhuma lei pode ir além do que já foi constitucionalmente qualificado como “livre” e “pleno”,
1469 a ideia mesma de uma lei de imprensa em nosso País soaria aos ouvidos de todo operador do Direito
1470 como inescandível tentativa de embaraçar, restringir, dificultar, represar, inibir aquilo que a nossa Lei das
1471 Leis circundou com o mais luminoso halo de liberdade em plenitude. É o quanto me basta para chegar a
1472 duas outras centradas conclusões deste voto: a) não há espaço constitucional para movimentação
1473 interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa; b) a Lei federal
1474 5.250/1967, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente com
1475 matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias (de enfiada, portanto), o faz sob estruturação
1476 formal estatutária. Dois procederes absolutamente inconciliáveis com a superveniente Constituição de
1477 1988, notadamente pelo seu art. 20 e § 1º, § 2º e § 6º dele próprio, a acarretar o kelseniano juízo da não
1478 recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova. O Senhor Ministro Eros Grau, com a
1479 licença de todos os demais pares, adiantou voto, acompanhando, sem reserva, a respeitável posição
1480 jurídica manifestada pelo eminente Relator. Impõe-se, portanto, neste momento específico do julgamento
1481 ora em curso, examinar a possibilidade da válida coexistência, em nosso ordenamento jurídico, entre as
1482 normas constitucionais que asseguram a plena liberdade de informação jornalística e uma legislação
1483 ordinária definidora dos limites e responsabilidades da atividade de imprensa no Brasil. Como visto,
1484 defendeu o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, que a proteção dada, pela Constituição Federal, às
1485 liberdades de pensamento e de expressão impede toda e qualquer atuação legiferante do Estado em
1486 matéria de imprensa. Eu, *data venia* de Sua Excelência, da brilhante colocação que fez, neste ponto não
1487 posso concordar. Asseverou ainda Sua Excelência, em determinada passagem de seu voto, que as
1488 conformações de direitos fundamentais, previstas na Carta Magna (art. 220, § 1º, parte final), além de
1489 não serem suscetíveis de regulamentação, somente se manifestam ou já durante o exercício da atividade
1490 jornalística, no que diz respeito à proibição do anonimato (art. 5º, IV), à garantia do livre exercício de
1491 qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), e ao direito ao sigilo da fonte (art. 5º, XIV); ou *a*
1492 *posteriori*, com o acionamento do direito de resposta e de reparação pecuniária, por danos à intimidade, à
1493 vida privada, à honra e à imagem de terceiros (art. 5º, V e X) e com a possibilidade “do uso de ação
1494 penal, ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte, do que o prevalecente para
1495 os indivíduos em geral”. Neste ponto, eu sigo a linha agora inaugurada pelo Ministro Joaquim
1496 Barbosa por também entender que a ofensa proferida por intermédio de meios de comunicação, quanto
1497 maior for a sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá. Peço todas as
1498 vênias ao eminente Ministro Carlos Britto, a quem tanto me apraz acompanhar, e também aos Colegas

1499 que o seguem, para divergir desses entendimentos. Não descuido, tal como fez o nobre Relator, do
1500 dogma, conquistado a duras penas pelos Estados Democráticos de Direito, de que a imprensa é
1501 essencialmente
1502 livre ou, então, não é imprensa, não podendo o Estado cair na tentação de se fazer intermediário entre as
1503 atividades de expressão e informação e a sociedade. No entanto, não enxergo, com a devida vênia, uma
1504 hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em
1505 nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de
1506 efetivação de todas as demais garantias individuais. Entendo, com todo respeito e admiração à visão
1507 exposta pelo eminente Relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos
1508 fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente
1509 Relator, num "estado de momentânea paralisia" para o pleno usufruto de apenas um deles
1510 individualmente considerado. A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Excelência,
1511 representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à
1512 imagem e à honra
1513 de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela
1514 reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um
1515 travesseiro, lançadas do alto de um edifício. Penso assim que a plenitude da liberdade de informação
1516 jornalística, desfrutada pelos veículos de comunicação social, não é automaticamente comprometida pela
1517 existência de legislação infraconstitucional que trate da atividade de imprensa, inclusive para protegê-la,
1518 como assinalou o Ministro Joaquim. Caberá sempre ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição
1519 legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas
1520 constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no art. 220, § 1º, da Constituição, nos incisos
1521 IV, V, X, XIII e XIV do seu art. 5º. Em conclusão, Senhor Presidente, acredito que o art. 220 da
1522 Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterà dispositivo que possa constituir
1523 embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no art.
1524 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses
1525 mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou
1526 dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação. Com base nessas breves razões e alinhando-me
1527 à divergência, pedindo novas vênia ao eminente Relator, eu divirjo de Sua Excelência. Parece-me que a
1528 votação havia sido encaminhada originalmente no sentido de decidirmos primeiro se analisávamos a
1529 legislação como um todo ou de forma

1530 partilhada, nos seus artigos. Ao que tudo indica, a maioria se inclina para a primeira solução, rejeitando
1531 inteiramente a chamada Lei de Imprensa, de modo que, neste ponto, eu dirijo dos demais para ressaltar
1532 aqueles artigos que considero não agredirem o texto constitucional.

1533 O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Nem todos os dispositivos da lei foram impugnados.

1534 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Nem todos foram impugnados.

1535 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O pedido é múltiplo e há uma parte do pedido que é alternativo.

1536 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há o pedido alternativo. O primeiro deles é que a lei seja considerada não
1537 recebida.

1538 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Essa é a posição majoritária. Todavia, com todo o respeito, dirijo. Nesse
1539 sentido, ressalvo os arts. 20, 21 e 22, mencionados pelo Ministro Joaquim Barbosa. E também, por não
1540 serem de todo incompatíveis com a letra constitucional, nos termos mesmos postos pelo parecer da
1541 Procuradoria-Geral da República, firmado pelo Dr. Roberto Gurgel Santos, o art. 1º, § 1º: "Não será
1542 tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de
1543 preconceitos de raça ou classe", o que, evidentemente, está de acordo com a Constituição Federal; o art.
1544 14, que cuida novamente da propaganda de guerra; o art. 16, inciso I, que se refere à perturbação da
1545 ordem social. Da mesma forma, o art. 2º, *caput*, na referência que faz aos atentados à moral e aos bons
1546 costumes. São essas as referências que faço. Também acrescento a já mencionada referência aos arts.
1547 20, 21 e 22, que conferem sanções às violações ou abusos do direito de livre expressão do pensamento.
1548 São garantias, como volto a frisar, de proteção à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das
1549 pessoas, em consonância com o art. 5º. Além do mais, se me é permitido, creio que essas normas
1550 inclusive proporcionam, para os órgãos da imprensa, para as empresas jornalísticas, um certo balizamento
1551 que, a partir da decisão desta Corte, conforme ela se encaminha, fica eliminado. É esse o teor do meu
1552 voto.

1553 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto ao direito de resposta, Vossa Excelência não se
1554 manifesta?

1555 A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não.

1556 VOTO

1557 (Retificação)

1558 O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, na verdade, quero retomar um trecho do voto que eu
1559 saltei. Os arts. 1º, § 1º, 14 e 16, inciso I, proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da
1560 ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou classe e, verificada a conduta, cominam-lhe uma
1561 reprimenda. Também neste ponto o eminente Relator votou pela supressão pura e simples de todos esses

dispositivos. Eu tenho dúvidas quanto à suposta incompatibilidade total desses dispositivos com a Constituição Federal. É certo que a linguagem neles utilizada nos remete a um período sombrio da nossa história recente. E cito o que diz o dispositivo: § 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe. Mas daí eu pergunto: a Constituição protege o discurso que vise a fazer a apologia de preconceitos de raça ou de classe, tal como mencionado no mesmo dispositivo? O Procurador-Geral optou por um meio-termo e sugeri a técnica da interpretação conforme a Constituição para firmar o termo “subversão da ordem política e social” com o sentido de “preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional”, nos exatos termos do art. 136 da Constituição e de seu excepcional Regime Jurídico. Ou seja, circunscreveu a possibilidade de intervenção do Estado àquelas hipóteses relacionadas com as situações de excepcionalidade institucional de que nos dá conta o art. 136 da Constituição. Creio que – embora tendo dificuldade, como disse, com a linguagem utilizada em parte do dispositivo – a proposta do eminente Procurador-Geral, no que diz respeito a essa específica expressão “subversão da ordem política e social”, e desde que entendida única e exclusivamente no contexto excepcional do art. 136 da Constituição, poderia, sim, ser tida como compatível com a ordem constitucional vigente. Quanto à questão dos preconceitos de raça e de classe, também mencionados nos mesmos dispositivos, creio que suprimir, pura e simplesmente, as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos sociais eventualmente prejudicados. Meu voto, portanto, é na linha do voto da Ministra Ellen Gracie. Reajuste meu voto nesse sentido.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica. Presidente, estamos a nos defrontar com uma lei que se encontra em vigor há quarenta e dois anos, dois meses e vinte e um dias e, desse período, vinte anos, seis meses e vinte e quatro dias, vigente a Constituição Federal, que se diz ter sido elaborada num clima de embriaguez democrática.

1593 Não creio, sequer, que interesse ao Partido autor – o Partido Democrático Trabalhista (PDT) – expungir do
1594 cenário jurídico essa lei, fazendo-o de cambulhada, assentando-se, do primeiro ao último artigo, que os
1595 preceitos nela contidos são conflitantes com os novos ares democráticos. Mas somente agora, passados
1596 vinte anos, seis meses e vinte e quatro dias da vigência da Constituição Federal, diz-se que há o
1597 descumprimento de preceito fundamental. Não me consta que a imprensa do País não seja livre, e
1598 possíveis artigos à margem da Carta da República já foram e são diariamente afastados pelo Judiciário.
1599 Poderíamos dizer que existe hoje, em termos de eficácia, em termos de concretude, uma lei purificada
1600 pelo crivo equidistante, como o voto de um Colega demonstrou nesta assentada, do próprio Judiciário,
1601 daqueles que têm a missão sublime de julgar os semelhantes e os conflitos de interesse envolvendo os
1602 semelhantes. Presidente, chegou às minhas mãos um trabalho do mestre paranaense, que costumo ouvir
1603 para refletir na minha atuação judicante, René Ariel Dotti, cujo título é sinalizador: “Controle democrático
1604 da liberdade de informação: uma lei própria para regular o universo dos meios de comunicação”. Tem-se,
1605 então, a transcrição – com referência ao saudoso Ministro Evandro Lins e Silva, insuspeito quanto ao
1606 ranço da ditadura – de parte da exposição de motivos de um projeto ou anteprojeto confeccionado pela
1607 Ordem dos Advogados do Brasil. No item 10 dessa exposição de motivos, está consignado: 10. O
1608 entendimento de que os crimes de imprensa devem ser tratados pelo Código Penal implica em reduzir
1609 substancialmente o generoso e complexo universo da liberdade de informação que abrange direitos e
1610 garantias merecedores das atenções e cuidados de um diploma especial melhor adequado às
1611 peculiaridades da matéria. Por outro lado, ignoram ou fazem ignorar, os defensores de tal orientação [e
1612 não querem os jornalistas a incidência do Código Penal] que os delitos contra a liberdade de imprimir e
1613 divulgar o pensamento e as ideias não são apenas aqueles cometidos através dos meios de comunicação
1614 (calúnia, injúria, difamação, violação da intimidade), mas, também, aqueles dirigidos contra os meios de
1615 comunicação (...) Vê-se o inverso do sustentado pelo arguente, e a estrada aqui é de mão dupla. No
1616 tocante ao alcance da lei – e parece até palavrão mencionar-se o seu número, Lei 5.250, considerado o
1617 ano em que editada, 1967 –, temos, sim, preceitos que protegem o cidadão quanto à privacidade, quanto
1618 à honra. No entanto, há inúmeros preceitos que protegem a atividade jornalística; inúmeros preceitos que
1619 prestam homenagem à liberdade de informação. Como disse, no correr desses quarenta anos, o Judiciário
1620 afastou aqueles que se mostravam, considerada a Carta da época, ou se mostraram, considerada a Carta
1621 que Ulisses Guimarães apontou como cidadã, conflitantes com ditames maiores advindos da Constituição
1622 Federal. E continua: (...) mas também aqueles dirigidos contra os meios de comunicação (destruir,
1623 inutilizar ou deteriorar maquinário, instrumentos ou aparelhos, e empastelamento de material) ou contra
1624 os administradores ou profissionais da comunicação social. E prossegue para, depois, consignar: Entre os

mais lúcidos defensores da liberdade de imprensa em nosso País, destaca-se a figura ímpar de Barbosa Lima Sobrinho. Em brilhante e alentado artigo ("Necessidade de uma nova lei"), o presidente da Associação Brasileira de Imprensa afirma não ter conseguido "entender a atitude de jornalistas que fazem questão de declarar que não há necessidade de uma lei de imprensa [e não se tem, já foi assentado, há muitos anos, pela doutrina do Supremo, direito absoluto, como não se tem preceitos hierarquizados (foi frisado pela Ministra Ellen Gracie, nesta assentada) na própria Carta da República], pois que tudo se resolveria com a presença [é o artigo de Barbosa Lima Sobrinho – e, afastada a lei, ter-se-á essa presença] do Código Penal, em que figurariam-se os chamados abusos da liberdade de imprensa: a injúria, a calúnia e a difamação". [sic] Esse mesmo trabalho prossegue e, então, versa-se o estatuto para o exercício da liberdade de imprensa e demonstra-se a necessidade de um diploma próprio para tratar do universo de variantes da liberdade de informação. Cita-se artigo publicado na *Folha de São Paulo*, reproduzindo-se parte que estaria a revelar: Somente lei específica pode disciplinar adequadamente temas essenciais como: a) a responsabilidade civil e penal (relação de causalidade, autoria e participação); b) o que é legitimado pela Lei de Imprensa (art. 27) e não é justificado pelo Código Penal (art. 142), mais limitado ao estabelecer causas de exclusão do crime [ter-se-ia, aqui, um diploma mais favorável quanto às causas de exclusão do crime]; c) o exercício dos direitos de resposta e retificação com peculiaridades próprias; d) os direitos, as garantias e os deveres inerentes a fundação, administração e funcionamento das empresas de jornalismo e radiodifusão; e) as concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão de sons e imagens, bem como os casos de suspensão e cancelamento; f) a efetivação dos princípios constitucionais para a produção e programação das emissoras de rádio e televisão; g) a regra de balanceamento de bens para a aplicação do art. 220 da Constituição Federal (...)

Leio entendimento do jornal a que me referi, de maior expressão no cenário nacional, a *Folha de São Paulo*: Sem lei de imprensa [e, aqui, temos que ter olhos voltados também para as minorias em sentido linear] só grandes empresas teriam boas condições de proteger-se da má aplicação da lei comum, levando processos até as mais altas instâncias do Judiciário. Ficariam mais expostos ao jogo bruto do poder, e a decisões abusivas de magistrados, os veículos menores e as iniciativas individuais. A fiscalização de tiranetes e oligarcas em regiões menos desenvolvidas do país ficaria mais vulnerável. Precisamos considerar que o Brasil não é apenas Brasília, não é apenas Rio de Janeiro, não é apenas São Paulo, não é apenas grandes capitais: Tampouco haveria o devido amparo legal à efervescente "imprensa cidadã", que dissemina blogs pela internet – inovações que merecem ter proteção especial da lei de imprensa quando revestirem caráter jornalístico.

1656 (Folha de São Paulo. Editoriais: Lei de Imprensa – 30-3-2008.) Mas, como dito no trabalho, e vou
1657 parafrasear a expressão, há a síndrome da ditadura militar. Volta-se aos idos imediatamente anteriores a
1658 1988, quando se sentiu necessidade de transportar para a Lei Maior do País preceitos que poderiam estar
1659 muito bem na legislação ordinária. Chegou-se até ao ponto de transportar para a Constituição da
1660 República a prescrição trabalhista, que sempre foi regida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Agora,
1661 esquece-se – nessa visão distorcida, que não é a de qualquer Colega, e isso posso testemunhar e
1662 asseverar sem receio de dúvida – que o Código foi decretado durante o Estado Novo e continua a vigor;
1663 esquece-se que tivemos reformas desse mesmo Código Penal durante o regime que alguns apontam como
1664 regime *de chumbo*, como regime de exceção, e reformas que, no tocante a garantias do cidadão,
1665 mostraram-se profícuas, adequadas, aconselháveis quando se vive em um Estado Democrático de Direito.
1666 Cito – e faço-o a partir de dados do trabalho de René Ariel Dotti, a que me referi – a Lei 6.416, de 24 de
1667 maio de 1977, a revelar a reforma penal e penitenciária dos anos setenta. Houve reforma, como dito no
1668 trabalho, humanitária nos setores da aplicação e execução da pena privativa de liberdade. Tivemos, ainda,
1669 em 1984, antes da Carta Cidadã, a reforma da parte geral do Código Penal, com as Leis 7.209 e 7.210.
1670 Essas leis surgiram, Presidente – é preciso que se diga, é preciso que passo a passo se faça justiça –,
1671 durante o período em que se governava o Brasil em regime militar, e não podemos, só porque veio à
1672 balha a Carta Cidadã, simplesmente apagar toda a legislação pretérita, principalmente aquela que adveio
1673 no período subsequente a março de 1964. Volto a citar René Ariel Dotti, em item “Regras Totalitárias não
1674 recepcionadas pelo Judiciário”, considerado o editorial do jornal *Folha de São Paulo*. A Lei de Imprensa – é
1675 o editorial – deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no Brasil. Quem o diz é um jornal
1676 de grande circulação, um jornal nacional. Não me refiro à Globo e poderia mencioná-la também, já que
1677 falei no Jornal Nacional, no que semelhante o pensamento. Ameaça à liberdade de expressão no Brasil
1678 criada por uma ditadura, se o objetivo central era controlar a informação pela coação legal imposta a
1679 veículos e profissionais: Nem todos os 33 artigos do código de 1967 [que é a Lei de Imprensa],
1680 entretanto, correspondiam a pressupostos de tutela. Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa
1681 passaram a ser ignorados nos tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma
1682 hoje [dito, repito, à exaustão, a mais não poder, pela *Folha de São Paulo*] propicia alguma segurança
1683 jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais.

1684 A *Folha* não é composta de juristas, admito, mas é um veículo de comunicação atento à democracia,
1685 atento aos anseios populares. Prossegue o pensador René Ariel Dotti, procedendo a confronto e citando,
1686 mais uma vez, o editorial do jornal referido: Já nos códigos cuja aplicação seria alargada no caso da
1687 abolição da Lei de Imprensa, há mais incerteza. Foi o que disse: a quem interessa o vácuo normativo? Aos

1688 jornais? Aos jornalistas? À cidadania brasileira? A resposta, Presidente, somente pode ser, com a devida
 1689 vênua, negativa: Em todas as democracias modernas existe um conflito clássico entre dois
 1690 valores fundamentais: o direito à informação, de um lado, e os direitos ligados à personalidade, do outro.
 1691 As constituições resolveram o dilema conferindo primazia ao primeiro termo, em nome do interesse
 1692 público. Como contrapartida, criaram mecanismos
 1693 para reparar excessos cometidos no livre exercício da imprensa. Esses mecanismos, no que acionados
 1694 nesta quadra que estamos a viver, não alcançaram, Presidente, o cerceio à liberdade de expressão. Não
 1695 posso – a não ser que esteja a viver em outro Brasil – dizer que nossa imprensa hoje é uma imprensa
 1696 cerceada, presente a Lei 5.250/1967. Digo – e
 1697 sou arauto desse fenômeno – que se tem uma imprensa livre, agora, claro, sem que se reconheça direito
 1698 absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem. Em relação a homem público ou privado,
 1699 pouco importa, a dignidade há de ser mantida. E consigna René Ariel Dotti: É essencial considerar que,
 1700 enquanto na lei especial, o bem jurídico prevalente é a liberdade de informação como interesse coletivo [e
 1701 digo, aqui, de todos nós] no Código Penal, a proteção tem caráter individual. Consideremos, aí, os crimes
 1702 de injúria, difamação e calúnia. Prossegue o autor do trabalho, preocupado com o que sinalizado neste
 1703 processo, a revelar, não uma ação direta de inconstitucionalidade – não estamos aqui a julgar a ação
 1704 direta de inconstitucionalidade que, nesses anos todos, não foi proposta, não estamos a julgar ação
 1705 declaratória de constitucionalidade; estamos a julgar a arguição de descumprimento de preceito
 1706 fundamental. De que preceito fundamental, considerada a prática notada? Digam-me. Em que espaço de
 1707 tempo, depois de 1988, a nossa imprensa esteve cerceada, deixando de cumprir o dever público de
 1708 informar, e bem informar, os cidadãos em geral? Não creio, Presidente, a prevalecer a premissa da ação,
 1709 ter-se – e isso é necessário para a procedência de um dos pedidos formulados, pedidos sucessivos – o
 1710 desrespeito a preceito fundamental. Não há como concluir pela transgressão a preceito fundamental
 1711 ligado à liberdade de expressão. Prossegue, então, o autor do trabalho com comparações legislativas.
 1712 Precisamos ter presente, muito embora haja apenação mais grave, considerados certos crimes contra a
 1713 honra – e há a problemática da injúria, em que o Código Penal prevê pena de um a seis meses e a lei em
 1714 exame prevê detenção de um mês a um ano –, o grande todo encerrado por essa lei e confiar naqueles
 1715 que personificam o Estado, substituindo a vontade das partes e julgando os conflitos de interesse. A Lei
 1716 de Imprensa, ressalta o autor do trabalho – e isso é sabença geral –, é bem mais favorável quanto aos
 1717 prazos de prescrição e decadência e, também, quanto ao tratamento, que não diria privilegiado, porque
 1718 todo privilégio encerra algo odioso, que se faz no campo das prerrogativas, da prisão especial, no que o
 1719 art. 66 dessa lei prevê que:

[JC345] Comentário: 1 – O PDP
é limite à lei de imprensa.

[JC346] Comentário: 4.1
Entificação.

1720 Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes de sentença transitada
 1721 em julgado [afastando, portanto, até mesmo, a preventiva, a prisão provisória, ainda que temporária]; em
 1722 qualquer caso, somente em sala decente [e as nossas penitenciárias não revelam essas salas], arejada e
 1723 onde encontre todas as comodidades. Presidente, hei de atuar sempre com desassombro. Hei de sempre
 1724 proceder
 1725 segundo a minha ciência e consciência, e o dia em que puder ficar assustado, a ponto de tremer no ofício
 1726 judicante, ante a possibilidade de suposição errônea, terei de deixar a toga que envergo nesta Corte. Não
 1727 posso, de forma alguma, proceder a partir de um ranço, a partir do pressuposto de que essa lei foi editada
 1728 pelo Congresso Nacional, em regime que
 1729 aponto não como *de chumbo*, mas como de exceção, considerado o essencialmente democrático. Gostaria
 1730 de saber e pediria que me respondessem com pureza d'alma: qual
 1731 é o preceito fundamental descumprido a respaldar o acolhimento de pedido formulado na inicial desta
 1732 ação? Gostaria de saber – e teria de haver, até mesmo, o acionamento da premonição: o que ocorrerá no
 1733 dia seguinte, quando não mais vigente esse diploma? Devo encerrar, Presidente, já tomei muito tempo da
 1734 Corte. Peço vênua ao Relator, aos Colegas que o acompanharam e, em parte, àqueles que divergiram
 1735 parcialmente para julgar totalmente improcedentes os pedidos formulados. Deixemos à carga de nossos
 1736 representantes, dos representantes do povo brasileiro – e temos presente no Plenário um deles e que por
 1737 sinal, bem representa o meu Estado de origem, Deputado Federal Miro Teixeira, que sustentou da tribuna
 1738 em nome do arguente, Partido Democrático Trabalhista –, dos representantes dos Estados e, portanto,
 1739 deputados e senadores, a edição de lei que substitua a em exame, sem ter-se, enquanto isso, o vácuo –
 1740 como disse – que só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica, inclusive quanto ao direito de
 1741 resposta previsto
 1742 na Constituição Federal, mas sem que esta explicita as necessárias balizas. É o voto.

1743 VOTO

1744 O Sr. Ministro Celso de Mello: Desejo registrar, Senhor Presidente, o luminoso, denso e erudito voto que
 1745 acaba de proferir o eminente Ministro MENEZES DIREITO, a revelar não só a extrema qualificação
 1746 intelectual de Sua Excelência, mas, também, a sensibilidade e a preocupação que demonstrou no exame
 1747 da delicadíssima questão concernente ao exercício da liberdade de imprensa. Realizou-se, em 1994, no
 1748 Castelo de Chapultepec, situado no centro da Cidade do México, a Conferência Hemisférica sobre
 1749 liberdade de expressão, que elaborou uma importantíssima Carta de Princípios, fundada em postulados,
 1750 que, por essenciais ao regime democrático, devem constituir objeto de permanente observância e respeito
 1751 por parte do Estado e de suas autoridades e agentes. A Declaração de Chapultepec proclamou que: *Uma*

imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade. Não deve existir nenhuma lei ou ato de poder que restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa, seja qual for o meio de comunicação. Porque temos consciência dessa realidade e a sentimos com profunda convicção, firmemente comprometidos com a liberdade, subscrevemos esta declaração com os seguintes princípios: I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo. II – Toda pessoa tem o direito de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente. Ninguém pode restringir ou negar esses direitos. III – As autoridades devem estar legalmente obrigadas a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação. IV – O assassinato, o terrorismo, o sequestro, as pressões, a intimidação, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores, afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa. Esses atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente. V – A censura prévia, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos ao livre fluxo informativo e as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas se opõem diretamente à liberdade de imprensa.

VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam. VII – As políticas tarifárias e cambiais, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão e a veiculação ou supressão da publicidade estatal não devem ser utilizadas para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas. VIII – A incorporação de jornalistas a associações profissionais ou sindicais e a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais devem ser estritamente voluntárias. IX – A credibilidade da imprensa está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga. X – Nenhum meio de comunicação ou jornalista deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público. (Grifei.) O conteúdo dessa Declaração, Senhor Presidente, revela-nos que nada mais nocivo, nada mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão, pois o pensamento ha de ser livre – permanentemente livre, essencialmente livre, sempre livre. Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, sob a

1784 egide da vigente Constituição da República, intensificou-se, em face de seu inquestionável sentido de
1785 fundamentalidade, a liberdade de informação e de manifestação do pensamento. Todos sabemos, Senhor
1786 Presidente – e já tive o ensejo de me pronunciar nesse sentido, em decisão proferida na Pet 3.486/DF, de
1787 que fui Relator –, que o exercício concreto, pelos profissionais da imprensa, da liberdade de expressão,
1788 cujo fundamento reside no próprio texto da Constituição da República, assegura ao jornalista o direito de
1789 expender crítica, ainda que desfavorável e em tom contundente, contra quaisquer pessoas ou autoridades.
1790 Ninguém desconhece que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se
1791 intolerável a repressão penal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja –
1792 revele-se inspirada pelo interesse público e decorra da prática legítima de uma liberdade pública de
1793 extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220). Não se pode ignorar que a
1794 liberdade de imprensa, enquanto projeção da liberdade de manifestação de pensamento e de
1795 comunicação, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas
1796 relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o
1797 direito de opinar e (d) o direito de criticar. A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de
1798 qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer parcela de autoridade no
1799 âmbito do Estado, pois o interesse social, fundado na necessidade de preservação dos limites ético-
1800 jurídicos que devem pautar a prática da função pública, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que
1801 possam revelar os detentores do poder. Uma vez dela ausente o “*animus injuriandi vel diffamandi*”, tal
1802 como ressalta o magistério doutrinário (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, “A Liberdade de Imprensa e os
1803 Direitos da Personalidade”, p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, “A
1804 Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística”, p. 88/89, 1997, Editora FTD;
1805 RENÉ ARIEL DOTTI, “Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação”, p. 207/210, item n. 33, 1980,
1806 RT, v.g.), a crítica que os meios de comunicação social dirigem às pessoas públicas, especialmente às
1807 autoridades e aos agentes do Estado, por mais acerba, dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer,
1808 quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da
1809 personalidade. Lapidar, sob tal aspecto, a decisão emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São
1810 Paulo, consubstanciada em acórdão assim ementado: *Os políticos estão sujeitos de forma especial às*
1811 *críticas públicas, e é fundamental que se garanta não só ao povo em geral larga margem de fiscalização e*
1812 *censura de suas atividades, mas sobretudo à imprensa, ante a relevante utilidade pública da mesma.* (JTJ
1813 169/86, Rel. Des. MARCO CESAR – Grifei.) Ve-se, pois, que a crítica jornalística, quando inspirada pelo
1814 interesse público, não importando a acrimônia e a contundência da opinião manifestada, ainda mais
1815 quando dirigida a figuras públicas, com alto grau de responsabilidade na condução dos negócios de

Estado, nao traduz nem se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, nao se revelando suscetível, por isso mesmo, em situacoes de carater ordinario, à possibilidade de sofrer qualquer repressão estatal ou de se expor a qualquer reação hostil do ordenamento positivo, tal como pude decidir em julgamento monocrático proferido nesta Suprema Corte: *LIBERDADE DE IMPRENSA (CF, ART. 5º, IV, c/c o ART. 220). JORNALISTAS. DIREITO DE CRÍTICA. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL CUJO SUPORTE LEGITIMADOR REPOUSA NO PLURALISMO POLÍTICO (CF, ART. 1º, V), QUE REPRESENTA UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL DE LIBERDADE A SER PRESERVADA CONTRA ENSAIOS AUTORITÁRIOS DE REPRESSÃO PENAL. A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS. A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO POR EXCELENCIA.* (Pet 3.486/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO.) E certo que o direito de crítica nao assume caráter absoluto, eis que inexitem, em nosso sistema constitucional, como reiteradamente proclamado por esta Suprema Corte (RTJ 173/805-810, 807-808, v.g.), direitos e garantias revestidos de natureza absoluta.

Nao e menos exato afirmar-se, no entanto, que o direito de crítica encontra suporte legitimador no pluralismo politico, que representa um dos fundamentos em que se apóia, constitucionalmente, o próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, V). Na realidade, e como assinalado por VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR ("A Protecao Constitucional da Informacao e o Direito a Critica Jornalistica", p. 87/88, 1997, Editora FTD), o reconhecimento da legitimidade do direito de crítica, tal como sucede no ordenamento jurídico brasileiro, qualifica-se como "*pressuposto do sistema democrático*", erigindo-se, por efeito de sua natureza mesma, em condição de verdadeira "*garantia institucional da opinião pública*": (...) *o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável, porém adquire um caráter preferencial, desde que a crítica veiculada se refira a assunto de interesse geral, ou que tenha relevância pública, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a importância da crítica na formação da opinião pública.* (Grifei.) Nao foi por outra razao que o Tribunal Constitucional espanhol, ao proferir as Sentencas 6/1981 (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), 12/1982 (Rel. Juiz LUIS DíEZ-PICAZO), 104/1986 (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) e 171/1990 (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), pos em destaque a necessidade essencial de preservar-se a prática da liberdade de informação, inclusive o direito de critica que dela emana, como um dos suportes axiologicos que informam e que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático. E relevante observar, aqui, que o Tribunal Europeu de Direitos

Humanos (TEDH), em mais de uma ocasião, também advertiu que a limitação do direito à informação e do direito (dever) de informar, mediante (inadmissível) redução de sua prática “*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos, não se mostra constitucionalmente aceitável nem compatível com o pluralismo, a tolerância (...), sem os quais não há sociedade democrática (...)*” (Caso Handyside, Sentença do TEDH, de 7-12-1976). Essa mesma Corte Europeia de Direitos Humanos, quando do julgamento do Caso Lingens (Sentença de 8-7-1986), após assinalar que “*a divergência subjetiva de opiniões compõe a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação*”, acentua que “*a imprensa tem a incumbência, por ser essa a sua missão, de publicar informações e ideias sobre as questões que se discutem no terreno político e em outros setores de interesse público (...)*”, vindo a concluir, em tal decisão, não ser aceitável a visão daqueles que pretendem negar, à imprensa, o direito de interpretar as informações e de expender as críticas pertinentes. Não custa insistir, neste ponto, na asserção de que a Constituição da República revelou hostilidade extrema a quaisquer práticas estatais tendentes restringir ou a reprimir o legítimo exercício da liberdade de expressão e de comunicação de ideias e de pensamento. Essa repulsa constitucional bem traduziu o compromisso da Assembleia Nacional Constituinte de dar expansão às liberdades do pensamento. Estas são expressivas prerrogativas constitucionais cujo integral e efetivo respeito, pelo Estado, qualifica-se como pressuposto essencial e necessário à prática do regime democrático. A livre expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público nem submetida a ilícitas interferências do Estado. Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, que os valores que informam a ordem democrática, dando-lhe o indispensável suporte axiológico, revelam-se conflitantes com toda e qualquer pretensão estatal que vise a nulificar ou a coarctar a hegemonia essencial de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento. O regime constitucional vigente no Brasil privilegia, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica que não pode ser desconsiderada pelo Supremo Tribunal Federal. A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, que a todos assiste, de manifestar, sem qualquer possibilidade de intervenção estatal “*a priori*”, o seu pensamento e as suas convicções, expondo as suas ideias e fazendo veicular as suas mensagens doutrinárias. Semelhante procedimento estatal, que implicasse verificação prévia do conteúdo das publicações, traduziria ato inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. Uma sociedade democrática e livre não pode institucionalizar essa intervenção prévia do Estado, nem admiti-la como expediente dissimulado pela falsa roupagem do cumprimento e da observância da Constituição. É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de ideias significou

um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum diktat, emanado do Estado, pode ser aceito ou tolerado, na medida em que compromete o pleno exercício da liberdade de expressão. A Constituição, ao subtrair o processo de criação artística, literária e cultural da interferência, sempre tão expansiva quanto prejudicial, do Poder Público, mostrou-se atenta a grave advertência de que o Estado não pode dispor de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos de sua divulgação. **Digna de nota**, neste ponto, a sempre lúcida ponderação de OCTAVIO PAZ ("O Arco e a Lira", p. 351, 1982, Nova Fronteira), para quem "*Nada é mais pernicioso e bárbaro que atribuir ao Estado poderes na esfera da criação artística. O poder político é estéril, porque sua essência consiste na dominação dos homens, qualquer que seja a ideologia que o mascare (...)*". Impende advertir, bem por isso, notadamente quando se busca promover a repressão à crítica jornalística, que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social. Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. Isso, porque "*o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental*" representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "*o mais precioso privilégio dos cidadãos...*" ("Crença na Constituição", p. 63, 1970, Forense). Vale registrar, por relevante, fragmento expressivo da obra do ilustre magistrado federal SÉRGIO FERNANDO MORO ("Jurisdição Constitucional como Democracia", p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT), no qual põe em destaque um "*landmark ruling*" da Suprema Corte norte-americana, proferida no caso "*New York Times v. Sullivan*" (1964), a propósito do tratamento que esse Alto Tribunal dispensa à garantia constitucional da liberdade de expressão: *A Corte entendeu que a liberdade de expressão em assuntos públicos deveria de todo modo ser preservada. Estabeleceu que a conduta do jornal estava protegida pela liberdade de expressão, salvo se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente ou com desconsideração negligente em relação à verdade. Diz o voto condutor do Juiz William Brennan: "(...) o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições, robusto, amplo, e pode incluir ataques veementes, cáusticos e, algumas vezes, desagradáveis ao governo e às autoridades governamentais.*" (Grifei.) E importante observar, no entanto, Senhor Presidente, que a Constituição da República, embora garantindo o exercício da liberdade de informação jornalística, legitima a intervenção normativa do Poder Legislativo, permitindolhe – observados determinados parâmetros referidos no § 10

[JC347] Comentário: Termo sem sentido de dignidade. Digno no sentido de merecedora.

do art. 220 da Lei Fundamental – a emanacao de regras concernentes à proteção dos direitos à integridade moral e à preservação da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas. Se assim nao fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar e de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, nao seriam suscetíveis de qualquer reação ou punição, porque supostamente protegidos pela cláusula da liberdade de expressão. Dai a advertencia do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso *Schenck v. United States* (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o carater relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que “*A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico*”, concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que “*a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (‘clear and present danger’) de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau*”. E por tal razao que a incitacao ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social nao esta protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressao. Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Artigo 13 exclui do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento “*toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*” (Artigo 13, § 5o). Tenho por irrecusavel, por isso mesmo, que publicacoes que extravasam, abusiva e criminosamente, o exercicio ordinario da liberdade de expressão e de comunicação, degradando-se ao nível primário do insulto, da ofensa e, sobretudo, do estímulo a intolerância e ao ódio publico, **nao merecem a dignidade da proteção constitucional que assegura a liberdade de manifestação do pensamento, pois o direito à livre expressão nao pode compreender, em seu âmbito de tutela, exteriorizações revestidas de ilicitude penal ou de ilicitude civil.** O fato é que a liberdade de expressão nao pode amparar comportamentos delituosos que tenham, na manifestacao do pensamento, um de seus meios de exteriorização, notadamente naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente encontra repulsa no próprio texto da Constituição, que nao admite gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, **valores fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.** E certo que a liberdade de manifestação do pensamento, impregnada de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as

[JC348] Comentário: 4.1 DPH é algo bom.

[JC349] Comentário: 6.1 PDPH como princípio estruturante

1943 concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida,
 1944 sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, qualquer tipo de restrição de índole política ou de
 1945 natureza jurídica, pois todos hao de ser livres para exprimir idéia , ainda que estas possam insurgir-se ou
 1946 revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.
 1947 Isso nao significa, contudo, que a prerrogativa da livre manifestação do pensamento ampare
 1948 exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, pois o direito à liberdade de expressão, que nao e
 1949 absoluto, não autoriza condutas sobre as quais ja haja incidido, mediante prévia definição típica emanada
 1950 do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal que se revele em tudo compatível com os valores
 1951 cuja intangibilidade a propria Constituição da República deseja ver preservada. E por tal razao que esta
 1952 Suprema Corte ja acentuou que nao ha, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se
 1953 revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências
 1954 derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção,
 1955 por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que
 1956 respeitados os termos estabelecidos pela propria Constituicao. O estatuto constitucional das liberdades
 1957 publicas, bem por isso, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o
 1958 substrato etico que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas,
 1959 de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência
 1960 harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento ou com
 1961 desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. Cabe referir, neste ponto, julgamento emanado da
 1962 Suprema Corte dos Estados Unidos da América, proferido em 7-4-2003, no exame do caso *Virginia v.*
 1963 *Black et al.*, quando essa Alta Corte concluiu que nao e incompativel com a Primeira Emenda (que protege
 1964 a liberdade de expressão naquele país) a lei penal que pune, como delito, o ato de queimar uma cruz
 1965 (“*cross burning*”) com a intencao de intimidar, eis que o gesto de queimar uma cruz, com tal intuito,
 1966 representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio, destinado a transmitir,
 1967 àqueles a quem tal mensagem se destina, o propósito criminoso de ameaçar. Em tal julgamento, a
 1968 Suprema Corte dos Estados Unidos da América – cuja jurisprudencia em torno da Primeira Emenda
 1969 orienta-se no sentido de reconhecer, quase incondicionalmente, a prevalência da liberdade de expressão
 1970 (adotando, por isso mesmo, o critério da “*preferred position*”) – proclamou, não obstante, que essa
 1971 proteção constitucional nao e absoluta, sendo lícito ao Estado punir certas manifestações do pensamento
 1972 cuja exteriorização traduza comportamentos que veiculem propósitos criminosos. E inquestionavel que o
 1973 exercício concreto da liberdade de expressão pode fazer instaurar situacoes de tensao dialetica entre
 1974 valores essenciais, igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional, dando causa ao surgimento de

1975 verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica
 1976 estatutura jurídica, a reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir
 1977 primazia a uma das prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse
 1978 fundado em cláusula inscrita na própria Constituição. Cabe observar, bem por isso, que a
 1979 responsabilização "a posteriori", em regular processo judicial, daquele que comete abuso no exercício da
 1980 liberdade de informação não traduz ofensa ao que dispõem os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da
 1981 República, pois é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em favor da pessoa injustamente
 1982 lesada, a possibilidade de receber indenização "por dano material, moral ou à imagem" (CF, art. 5º,
 1983 incisos V e X). Se é certo que o direito de informar, considerado o que prescreve o art. 220 da Carta
 1984 Política, tem fundamento constitucional (HC 85.629/RS, Rel. Min. ELLEN GRACIE), não é menos exato que
 1985 o exercício abusivo da liberdade de informação, que deriva do desrespeito aos vetores subordinantes
 1986 referidos no § 1º do art. 220 da própria Constituição, "caracteriza ato ilícito e, como tal, gera o dever de
 1987 indenizar", consoante observa, em magistério irrepreensível, o ilustre magistrado ENÉAS COSTA GARCIA
 1988 ("Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação", p. 175, 2002, Editora Juarez de Oliveira), inexistindo,
 1989 por isso mesmo, quando tal se configurar, situação evidenciadora de indevida restrição à liberdade de
 1990 imprensa, tal como pode decidir em julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal: *LIBERDADE DE*
 1991 *INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO.*
 1992 *SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA*
 1993 *PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE*
 1994 *DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM*
 1995 *CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. O*
 1996 *EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO*
 1997 *PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA AO OFENDIDO O*
 1998 *DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA*
 1999 *REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO*
 2000 *JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE*
 2001 *IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA*
 2002 *REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E*
 2003 *PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA*
 2004 *INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO*
 2005 *IMPROVIDO. – O reconhecimento "a posteriori" da responsabilidade civil, em regular processo judicial de*
 2006 *que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e à imagem da*

[JC350] Comentário: 7 - Lidar com contrários.

[JC351] Comentário: 3 - Personificação.

2007 *pessoa injustamente ofendida, não transgredir os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois*
 2008 *é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (CF, art. 5º, V e X), a*
 2009 *reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de*
 2010 *comunicação social, da liberdade de informação. Doutrina. – A Constituição da República, embora garanta*
 2011 *o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de*
 2012 *sua prática, a necessária observância de parâmetros – dentre os quais avultam, por seu relevo, os direitos*
 2013 *da personalidade – expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo,*
 2014 *ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de*
 2015 *informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez*
 2016 *configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.*
 2017 *Doutrina. – Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada*
 2018 *em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização*
 2019 *tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de*
 2020 *indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967). Hipótese de não recepção.*
 2021 *Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (AI 595.395/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)* Poe-se
 2022 em evidência, neste ponto, instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo
 2023 constitucional, consistente na análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre
 2024 particulares, cabendo referir, a esse respeito, valiosas opiniões doutrinárias (WILSON STEINMETZ, “A
 2025 Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais”, 2004, Malheiros; THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA,
 2026 “A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas”, 2004, Fabris Editor; ANDRÉ
 2027 RUFINO DO VALE, “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”, 2004, Fabris Editor, v.g.).
 2028 Essa questão constitucional – que estimula reflexões em torno do tema pertinente a eficácia externa (ou
 2029 eficácia em relação a terceiros) dos direitos, liberdades e garantias, também denominada eficácia
 2030 horizontal dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada – resume-se, em seus elementos
 2031 essenciais, a seguinte indagação, que, formulada por J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e
 2032 Teoria da Constituição”, p. 1151, Almedina), bem delineia o aspecto central da matéria em análise: *Em*
 2033 *termos tendenciais, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais*
 2034 *consagradas de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) devem ou não ser obrigatoriamente*
 2035 *observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou colectivas) quando estabelecem relações*
 2036 *jurídicas com outros sujeitos jurídicos privados?* (Grifei.) O estatuto das liberdades públicas (enquanto
 2037 complexo de poderes, de direitos e de garantias) não se restringe à esfera das relações verticais entre o
 2038 Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter

2039 meramente privado, pois os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem
 2040 estritamente horizontal. Cumpre considerar, neste ponto, ate mesmo para efeito de exame dessa uestão,
 2041 a advertencia de INGO WOLFGANG SARLET ("A Constituicao Concretizada: Construindo Pontes entre o
 2042 Publico e o Privado", p. 147, 2000, Livraria do Advogado, Porto Alegre), cujas observacoes acentuam que
 2043 o debate doutrinário em torno do reconhecimento, ou não, de uma eficacia direta dos direitos e garantias
 2044 fundamentais, com projecao imediata sobre as relações jurídicas entre particulares, assume um nítido
 2045 caráter político-ideológico, assim caracterizado por esse mesmo autor: "*uma opção por uma eficácia direta*
 2046 *traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do*
 2047 *sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a*
 2048 *concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de*
 2049 *inspiração liberal-burguesa*". Impende destacar, ainda, que essa visao da controvérsia pertinente à
 2050 questão da eficacia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem se refletido na
 2051 jurisprudencia constitucional do Supremo Tribunal Federal, como resulta claro de decisoes que esta
 2052 Suprema Corte proferiu a propósito da incidência da garantia do devido processo legal nas hipóteses de
 2053 exclusao de integrantes de associações e cooperativas, ou, ainda, em casos nos quais empresas
 2054 estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, incidiram em praticas discriminatorias contra trabalhadores
 2055 brasileiros, em frontal oposição ao postulado da igualdade: *COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO –*
 2056 *CARÁTER PUNITIVO – DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de*
 2057 *conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo*
 2058 *legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que*
 2059 *toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio*
 2060 *estatuto da cooperativa.* (RTJ 164/757-758, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.) 2. *Cooperativa: exclusão de*
 2061 *cooperado: imposição de observância do devido processo legal: precedente (RE 158.215, Marco Aurélio,*
 2062 *Segunda Turma, DJ de 7-6-1996).* 3. *Recurso extraordinário: descabimento: a invocação do art. 5º, XVIII,*
 2063 *da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e*
 2064 *cooperativas, não afasta o fundamento do acórdão recorrido referente à inobservância dos princípios*
 2065 *constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas*
 2066 *estatutárias: incidência*
 2067 *das Súmulas 283 e 454.* (AI 346.501-AgR/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Grifei.)
 2068 *CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE*
 2069 *EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE: AO TRABALHADOR*
 2070 *ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, art. 153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput. I –*

2071 *Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi*
 2072 *aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade*
 2073 *seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: CF, 1967, art.*
 2074 *153, § 1º; CF, 1988, art. 5º, caput. II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota*
 2075 *intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é*
 2076 *inconstitucional. Precedente do STF: AI 110.846-AgR/PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III – Fatores que*
 2077 *autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV – Recurso extraordinário conhecido e provido.*
 2078 (RE 161.243/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Grifei.) O entendimento doutrinário não dissente dessa
 2079 orientação jurisprudencial, cabendo mencionar, por oportuno, dentre outros autores (ANDRÉ RUFINO DO
 2080 VALE, “Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”, p. 137/138, item n. 3.4, 2004, Fabris
 2081 Editor; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, “Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações
 2082 Privadas”, “in” “Cadernos de Soluções Constitucionais”, p. 32/47, 2003, Malheiros; DANIEL SARMENTO,
 2083 “Direitos Fundamentais e Relações Privadas”, p. 301/313, item n. 5, 2004, Lumen Juris), a precisa lição de
 2084 PAULO GUSTAVO GONET BRANCO (“Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais”, “in”
 2085 “Direito Público”, ano I, n. 2, p. 170/174, out./dez. de 2003), quando expende dadas considerações em
 2086 torno de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da questão concernente à
 2087 extensão,
 2088 às relações jurídicas de ordem privada, dos direitos e garantias fundamentais inscritos no texto da
 2089 Constituição da República: *Um dos direitos fundamentais que se apontam como de incidência no âmbito*
 2090 *dos relacionamentos privados é o direito de ampla defesa. Esse direito é tido como de observância*
 2091 *obrigatória, em se tratando de exclusão de sócio ou de membro de associação particular. (...) O direito de*
 2092 *defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenir situações de arbítrio, que*
 2093 *subverteriam a própria liberdade de se associar. O acórdão do STF em comento parece imbuído dessa*
 2094 *convicção. Por isso, o Tribunal não resumiu a questão posta ao seu descortino a um mero problema de*
 2095 *desrespeito de cláusulas estatutárias sobre processo disciplinar, o que tornaria a Corte incompetente para*
 2096 *a causa; ao contrário, à falta de todo procedimento prévio de defesa dos recorrentes, viu desrespeitada a*
 2097 *incontornável necessidade de se ouvir o castigado antes da sanção, quer a medida seja aplicada pelo*
 2098 *Estado, quer ela seja infligida no âmbito das relações privadas. O julgado em comento marca postura do*
 2099 *Supremo Tribunal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o*
 2100 *direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações*
 2101 *privadas e dá entrada a novas e ricas perspectivas argumentativas na compreensão do direito de se*
 2102 *associar e no manejo do próprio recurso extraordinário.* (Grifei.) Essa mesma reflexão sobre o tema e

2103 também compartilhada por WILSON STEINMETZ ("A Vinculacao dos Particulares a Direitos Fundamentais",
 2104 p. 295, 2004, Malheiros), cujo magisterio poe em destaque a significativa importância de estender-se, ao
 2105 plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, a clausula de protecao das
 2106 liberdades e garantias constitucionais, cuja incidencia – como já referido no inicio deste voto – nao se
 2107 resume, apenas, ao ambito das relacoes verticais entre os indivíduos, de um lado, e o Estado, de outro:
 2108 *No marco normativo da CF, direitos fundamentais – exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos*
 2109 *passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos – vinculam os particulares. Essa*
 2110 *vinculação se impõe com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da*
 2111 *unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio*
 2112 *constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF,*
 2113 *art. 3º, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º,*
 2114 *§ 1º).* (Grifei.) E por essa razão que a autonomia privada – que encontra claras limitações de ordem
 2115 jurídica – nao pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros,
 2116 especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade nao confere a
 2117 ninguém, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições
 2118 postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impoem, aos
 2119 particulares, no ambito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. Dai o inteiro
 2120 acerto da observação de ANDRÉ RUFINO DO VALE ("Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associacoes
 2121 Privadas", "in" "Direito Público", vol. 9/53-74, 64-65 e 72-73, jul./set. de 2005, IDP/Síntese): *No entanto,*
 2122 *o direito de autodeterminação das associações encontra seus limites precisamente no conteúdo da relação*
 2123 *privada determinado pelas regras estatutárias que a própria associação elabora, assim como nas normas e*
 2124 *nos princípios de ordem pública, mormente os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos*
 2125 *sócios. (...) Como se vê, a autonomia estatutária, quando se trata de matéria de poder sancionador, não é*
 2126 *ilimitada, podendo sofrer certo controle de conteúdo. Esse controle pode ser levado a efeito com base não*
 2127 *somente na legislação civil, mas diretamente em face das normas constitucionais. Os estatutos, portanto,*
 2128 *deverão regular o procedimento sancionador e delimitar os órgãos competentes para impor as sanções,*
 2129 *sempre de acordo com os preceitos de ordem pública e assegurando direitos fundamentais do sócio, como*
 2130 *a ampla defesa. Assim, certo é que o direito fundamental de associação estará sempre limitado pelos*
 2131 *direitos fundamentais de seus próprios membros. Essa limitação concretiza-se em algumas regras. (...) A*
 2132 *ideia de um ordenamento jurídico invadido pela Constituição faz transparecera noção de associações*
 2133 *privadas responsáveis pelos direitos fundamentais de seus associados. Constitucionalizar a ordem jurídica*
 2134 *privada significa também submeter o ordenamento jurídico interno dos organismos privados aos princípios*

[JC352] Comentário: 6.1

2135 *constitucionais. Não se trata de restringir ou anular a autonomia privada das associações, mas de*
 2136 *reafirmar que a liberdade de associação, assegurada pelo art. 5º, incisos XVII a XX, da Constituição, não*
 2137 *pode e não deve ser absoluta, mas sim precisa estar em harmonia com todo o sistema de direitos*
 2138 *fundamentais. (...) Diante disso, os princípios constitucionais devem operar como limites à capacidade de*
 2139 *autorregulação dos grupos, na medida em que se faça necessário assegurar a eficácia de direitos*
 2140 *fundamentais dos indivíduos em face do poder privado das associações. Servem, nessa perspectiva, como*
 2141 *fundamento para justificar o controle judicial de atos privados atentatórios às liberdades fundamentais.*
 2142 (Grifei.) Torna-se importante salientar, neste ponto, presente o contexto em exame, que a superação dos
 2143 antagonismos existentes entre princípios constitucionais – como aqueles concernentes à liberdade de
 2144 informação, de um lado, e à preservação da honra, de outro – ha de resultar da utilização, pelo Poder
 2145 Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “*hic ET nunc*”, em função de determinado
 2146 contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar em cada caso,
 2147 considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da
 2148 ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos
 2149 fundamentais, tal como adverte o magistério da doutrina (DANIEL SARMENTO, “A Ponderação de
 2150 Interesses na Constituição Federal” p. 193/203, “*Conclusão*”, itens ns. 1 e 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS
 2151 ROBERTO BARROSO, “Temas de Direito Constitucional”, tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS
 2152 VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 220/224, item
 2153 n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, “Direito a Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos
 2154 por Publicação de Notícias”, “*in*” “Constituição Federal de 1988 – Dez Anos (1988-1998)”, p. 230/231, item
 2155 n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 661, item n. 3,
 2156 5. ed., 1991, Almedina; EDILSON PEREIRA DE FARIAS, “Colisão de Direitos”, p. 94/101, item n. 8.3, 1996,
 2157 Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, “Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da
 2158 Proporcionalidade”, p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, “O
 2159 Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos
 2160 Fundamentais”, p. 216, “*Conclusão*”, 2. ed., 2000, Brasília Jurídica). Cabe reconhecer que os direitos da
 2161 personalidade (como os pertinentes à incolumidade da honra e à preservação da dignidade pessoal dos
 2162 seres humanos) representam limitações constitucionais externas à liberdade de expressão, “*verdadeiros*
 2163 *contrapesos à liberdade de informação*” (L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, “Liberdade de
 2164 Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira”, p. 137, 2. ed., 2003, Renovar), que não pode – e
 2165 não deve – ser exercida de modo abusivo (GILBERTO HADDAD JABUR, “Liberdade de Pensamento e
 2166 Direito à Vida Privada”, 2000, RT), mesmo porque a garantia constitucional subjacente à liberdade de

[JC353] Comentário: 3-
 Personificação.

2167 informação nao afasta, por efeito do que determina a propria Constituição da República, o direito do
 2168 lesado à indenização por danos materiais, morais ou à imagem (CF, art. 5º, incisos V e X, c/c o art. 220, §
 2169 1º). Na realidade, a propria Carta Política, depois de garantir o exercício da liberdade de informação
 2170 jornalística, impoe-lhe parametros – dentre os quais avulta, por sua inquestionável importância, o
 2171 necessario respeito aos direitos da personalidade (CF, art. 5º, V e X) – cuja observancia nao pode ser
 2172 desconsiderada pelos órgãos de comunicação social, tal como expressamente determina o texto
 2173 constitucional (art. 220, § 1o), cabendo, ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das
 2174 prerrogativas constitucionais em conflito (direito de informar, de um lado, e direitos da personalidade, de
 2175 outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez configurado esse contexto de tensão dialética, a
 2176 liberdade que deve prevalecer no caso concreto. Lapidar, sob tal aspecto, o douto magisterio do eminente
 2177 Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO ("Programa de Responsabilidade Civil", p. 129/131, item n.
 2178 19.11, 6. ed., 2005, Malheiros): (...) *ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre*
 2179 *expressão à atividade intelectual, artística, científica, "e de comunicação", independentemente de censura*
 2180 *ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X do seu art.*
 2181 *5º, dispõe que "são invioláveis a intimidade", a vida privada, a "honra" e a imagem das pessoas,*
 2182 *assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". Isso*
 2183 *evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios*
 2184 *constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de*
 2185 *equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do "princípio da*
 2186 *unidade constitucional", a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a*
 2187 *diversidade de normas e princípios que contém (...). (...) À luz desses princípios, é forçoso concluir que,*
 2188 *sempre que direitos constitucionais são colocados em confronto, um condiciona o outro, atuando como*
 2189 *limites estabelecidos pela própria Lei Maior para impedir excessos e arbítrios. Assim, se ao direito à livre*
 2190 *expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade*
 2191 *da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o*
 2192 *exercício do primeiro. Os nossos melhores constitucionalistas, baseados na jurisprudência da Suprema*
 2193 *Corte Alemã, indicam o princípio da "proporcionalidade" como sendo o meio mais adequado para se*
 2194 *solucionarem eventuais conflitos entre a liberdade de comunicação e os direitos da personalidade.*
 2195 *Ensinam que, embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito, no*
 2196 *processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço*
 2197 *sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.*
 2198 *Ademais, o constituinte brasileiro não concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, na*

2199 medida em que estabeleceu que o exercício dessa liberdade deve-se fazer com observância do disposto na
 2200 Constituição, consoante seu art. 220, "in fine". Mais expressiva, ainda, é a norma contida no § 1º desse
 2201 artigo ao subordinar, expressamente, o exercício da liberdade jornalística à "observância do disposto no
 2202 art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV". Temos aqui verdadeira "reserva legal qualificada", que autoriza o
 2203 estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais,
 2204 não menos significativos, como os direitos de personalidade em geral. Do contrário, não haveria razão
 2205 para que a própria Constituição se referisse aos princípios contidos nos incisos acima citados como limites
 2206 imanentes ao exercício da liberdade de imprensa. (...) Em conclusão: os direitos individuais, conquanto
 2207 previstos na Constituição, não podem ser considerados ilimitados e absolutos, em face da natural restrição
 2208 resultante do "princípio da convivência das liberdades", pelo quê não se permite que qualquer deles seja
 2209 exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. Fala-se, hoje, não mais em direitos
 2210 individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente
 2211 com relação ao
 2212 indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito,
 2213 tanto os direitos como as suas limitações. (Grifei.) Dai a procedente observação feita pelo eminente Ministro
 2214 GILMAR FERREIRA MENDES, em trabalho concernente a colisão de direitos fundamentais (liberdade de
 2215 expressão e de comunicação, de um lado, e direito à honra e à imagem, de outro), em que expendeu,
 2216 com absoluta propriedade, o seguinte magisterio ("Direitos Fundamentais e Controle de
 2217 Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional", p. 89/96, 2. ed., 1999, Celso Bastos Editor): No
 2218 processo de "ponderação" desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve
 2219 atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para
 2220 assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação.
 2221 (...). Como demonstrado, a Constituição brasileira (...) conferiu significado especial aos direitos da
 2222 personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem
 2223 constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade
 2224 de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente
 2225 o estabelecido no art. 5º, X. Portanto, tal como no direito alemão, afigura-se legítima a outorga de tutela
 2226 judicial contra a violação dos direitos de personalidade, especialmente do direito à honra e à imagem,
 2227 ameaçados pelo exercício abusivo da liberdade de expressão e de informação. (Grifei.) Impõe-se observar,
 2228 ainda, Senhor Presidente, que o reconhecimento da insubsistência da Lei de Imprensa não implicaria
 2229 supressão de uma importantíssima prerrogativa de que dispõem os jornalistas, consistente no direito de
 2230 preservação do sigilo da fonte. Como se sabe, nenhum jornalista poderia ser constrangido a revelar o

[JC354] Comentário: 4.1 – PDP
 como postulado.

2231 nome de seu informante ou a indicar a fonte de suas informações, sendo certo, ainda, que não poderá
 2232 sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, quando se recusar a quebrar esse sigilo de ordem profissional.
 2233 Na realidade, essa prerrogativa profissional qualifica-se como expressiva garantia de ordem jurídica, que,
 2234 outorgada a qualquer jornalista em decorrência de sua atividade profissional, destina-se, em última
 2235 análise, a viabilizar, em favor da própria coletividade, a ampla pesquisa de fatos ou eventos cuja revelação
 2236 se impõe como consequência ditada por razões de estrito interesse público. O ordenamento positivo
 2237 brasileiro, na disciplina específica desse tema (Lei 5.250/1967, art. 71), prescreve que nenhum jornalista
 2238 poderá ser compelido a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações. Mais do que
 2239 isso, e como precedentemente assinalado, esse profissional, ao exercer a prerrogativa em questão, não
 2240 poderá sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, motivada por seu silêncio ou por sua legítima recusa em
 2241 responder às indagações que lhe sejam eventualmente dirigidas com o objetivo de romper o sigilo da
 2242 fonte. Para FREITAS NOBRE ("Lei da Informacao", p. 251/252, 1968, Saraiva), "*O jornalista, à semelhança*
 2243 *de outros profissionais (...), goza do direito*
 2244 *ao segredo profissional, podendo, conforme dispõe o art. 71, não indicar o nome do informante, ou*
 2245 *mesmo a fonte de suas informações, isto é, até mesmo o local onde obtém os elementos que lhe*
 2246 *permitem escrever a notícia ou comentário*", eis que – tratando-se do profissional de imprensa – "*este*
 2247 *segredo é exigência social, porque ele possibilita a informação mesmo contra o interesse dos poderosos*
 2248 *do dia, pois que o informante não pode ficar à mercê da pressão ou da coação dos que se julgam*
 2249 *atingidos pela notícia*". Com a superveniência da Constituição de 1988, intensificou-se, ainda mais, o
 2250 sentido tutelar dessa especial proteção jurídica, vocacionada a dar concreção à garantia básica de acesso
 2251 à informação, consoante enfatizado pelo próprio magistério da doutrina (WALTER CENEVIVA, "Direito
 2252 Constitucional Brasileiro", p. 52, item n. 10, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO,
 2253 "Comentarios a Constituicao Brasileira de 1988", vol. 1/39, 1990, Saraiva, v.g.). Essa é a razão pela qual a
 2254 Carta Política, ao proclamar a declaração de direitos, nela introduziu – enquanto verdadeira pauta de
 2255 valores essenciais à preservação do Estado democrático de direito – a explícita referência a
 2256 indevassabilidade da fonte de informações, qualificando essa prerrogativa de ordem profissional como
 2257 expressão de um dos direitos fundamentais que claramente limitam a atividade do Poder Público. A
 2258 Constituição da República, tendo presente a necessidade de proteger um dos aspectos mais sensíveis em
 2259 que se projetam as múltiplas liberdades do pensamento – precisamente aquele concernente ao direito de
 2260 obtenção da informação –, prescreveu, em seu art. 5º, n. XIV, que "*é assegurado a todos o acesso à*
 2261 *informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional*" (grifei). Impõe-se
 2262 rememorar, no ponto, o magistério de DARCY ARRUDA MIRANDA ("Comentarios a Lei de Imprensa", p.

774, item n. 781, 3. ed., 1995, RT), que, apos enfatizar o alto significado político-social que assume a prerrogativa concernente ao sigilo da fonte de informação, observa: *O jornalista ou radialista que publicou ou transmitiu a informação sigilosa, ainda que interpelado, não fica obrigado a indicar o nome de seu informante ou a fonte de suas informações. Este silêncio é direito seu, não podendo ser interpretado neste ou naquele sentido e não fica sujeito a sanção de qualquer natureza, nem a qualquer espécie de penalidade. Esclareça-se, porém: o que não sofre sanção civil, administrativa ou penal, é o silêncio do divulgador, não a publicação ou transmissão incriminada.* (Grifei.) Cumpre enfatizar – presente o quadro normativo em referência – que, mais do que simples prerrogativa de caráter individual ou de natureza corporativa, a liberdade de informacao jornalística desempenha uma relevantíssima função político-social, eis que, em seu processo de evolução histórica, afirmou-se como instrumento realizador do direito da própria coletividade à obtenção da informação (JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 246, item n. 15.3, 32. ed., 2009, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, “Comentarios a Constituicao de 1988”, vol I/283, item n. 184, 1989, Forense Universitária). A liberdade de imprensa, na medida em que não sofre interferências governamentais ou restrições de caráter censório, constitui expressão positiva do elevado coeficiente democrático que deve qualificar as formações sociais genuinamente livres. E a prerrogativa do sigilo da fonte, nesse contexto, constitui instrumento de preservação da própria liberdade de informação. Isso claramente significa que a prerrogativa concernente ao sigilo da fonte, longe de qualificar-se como mero privilégio de ordem pessoal ou estamental, configura, na realidade, meio essencial de concretização do direito constitucional de informar, revelando-se oponível, em consequência, a quaisquer órgãos ou autoridades do Poder Público, não importando a esfera em que se situe a atuação institucional dos agentes estatais interessados. Dai a exata advertência de CELSO RIBEIRO BASTOS (“Comentarios a Constituicao do Brasil”, vol. 2/81-82, 1989, Saraiva): *O acesso à informação ganha uma conotação particular quando é levado a efeito por profissionais, os jornalistas. Neste caso, a Constituição assegura o sigilo da fonte. Isto significa que nem a lei nem a administração nem os particulares podem compelir um jornalista a denunciar a pessoa ou o órgão de quem obteve a informação. Trata-se de medida conveniente para o bom desempenho da atividade de informar. Com o sigilo da fonte ampliam-se as possibilidades de recolhimento de material informativo.* (Grifei.) Resulta claro, pois, que o juízo negativo de recepção da Lei de Imprensa não afetara a prerrogativa jurídica que assegura, ao jornalista, o direito de não revelar a fonte de suas informações, pois – insista-se – esse direito, agora, compõe o quadro da própria declaração constitucional de direitos e garantias individuais, não podendo sofrer qualquer tipo de restrição, nem legitimar, quando exercido, a imposição, ao jornalista, de medidas de caráter punitivo. O direito de preservar o sigilo da fonte representa prerrogativa de

2295 extração eminentemente constitucional, cujo fundamento reside em estatuto – a própria Constituição da
 2296 República (art. 5º, inciso XIV) – impregnado do mais elevado coeficiente de positividade jurídica, a
 2297 significar, por isso mesmo, que nenhuma sanção, direta ou indireta, poderá ser imposta ao profissional de
 2298 imprensa, sob pena de tal medida punitiva ou restritiva de direitos incidir no vício de inconstitucionalidade.
 2299 Esse direito público subjetivo, revestido de qualificação constitucional, além de inteiramente oponível a
 2300 qualquer agente, autoridade ou instituição do Estado, propicia, ao jornalista, um campo de proteção e
 2301 amparo muito mais abrangente do que aquele resultante de uma simples norma de caráter legal, como a
 2302 inscrita no art. 71 da Lei de Imprensa. Em suma: a proteção constitucional que confere ao jornalista o
 2303 direito de não proceder à “*disclosure*” da fonte de informação ou de não revelar a pessoa de seu
 2304 informante desautoriza qualquer medida tendente a pressionar ou a constranger o profissional da
 2305 imprensa a indicar a origem das informações a que teve acesso, eis que – não custa insistir – os
 2306 jornalistas, em tema de sigilo da fonte, não se expõem ao poder de indagação do Estado ou de seus
 2307 agentes e não podem sofrer, por isso mesmo, em função do exercício dessa legítima prerrogativa
 2308 constitucional, a imposição de qualquer sanção penal, civil ou administrativa, tal como o reconheceu o
 2309 Supremo Tribunal Federal (Inq 870/ RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 15-4-1996).

2310 Uma palavra, agora, Senhor Presidente, sobre o direito de resposta. O direito de resposta, como se sabe,
 2311 foi elevado a dignidade constitucional, no sistema normativo brasileiro, a partir da Constituição de 1934,
 2312 não obstante a liberdade de imprensa já constasse da Carta Política do Império do Brasil de 1824. O art.
 2313 5º, inciso V, da Constituição brasileira, ao prever o direito de resposta, qualifica-se como regra
 2314 impregnada de suficiente densidade normativa, revestida, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, a
 2315 tornar desnecessária, para efeito de sua pronta incidência, a “*interpositio legislatoris*”, o que dispensa, por
 2316 isso mesmo, ainda que não se lhe vede, a intervenção concretizadora do legislador comum. Isso significa
 2317 que a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se
 2318 revelara obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui
 2319 densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou
 2320 incorreta, direito, pretensão e ação, cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a
 2321 prática concreta da resposta e/ou da retificação. O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos,
 2322 expressiva limitação externa, impregnada de fundamento constitucional, que busca neutralizar as
 2323 consequências danosas resultantes do exercício abusivo da liberdade de imprensa, pois tem por função
 2324 precípua, de um lado, conter os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação
 2325 jornalística (CF, art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º) e, de outro, restaurar e preservar a verdade pertinente
 2326 aos fatos reportados pelos meios de comunicação social. Ve-se, daí, que a proteção jurídica ao direito de

[JC355] Comentário: 1 – Foi elevado à tal categoria, superior, maior. Metáfora de orientação.

2327 resposta permite, nele, identificar uma dupla vocação constitucional, pois visa a preservar tanto os direitos
2328 da personalidade quanto assegurar, a todos, o exercício do direito à informação exata e precisa. Cabe
2329 referir, nesse sentido, quanto a essa ambivalência do direito constitucional de resposta, o valioso
2330 entendimento doutrinário exposto por GUSTAVO BINENBOJM, que ressalta o caráter transindividual dessa
2331 prerrogativa jurídica, na medida em que o exercício do direito de resposta propicia, em favor de um
2332 número indeterminado de pessoas (mesmo daquelas não diretamente atingidas pela publicação inverídica
2333 ou incorreta), a concretização do próprio direito à informação correta, precisa e exata ("Meios de
2334 Comunicação de Massa, Pluralismo e Democracia Deliberativa. As Liberdades de Expressão e de Imprensa
2335 nos Estados Unidos e no Brasil", p. 12/15, "in" Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico –
2336 REDAE, Número 5 – fevereiro/março/abril de 2006, IDPB): *Ocorre que, de parte sua preocupação com a*
2337 *dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências*
2338 *indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos), o constituinte atentou também para*
2339 *a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau*
2340 *de inclusividade do discurso público. É interessante notar que, ao contrário da Constituição dos Estados*
2341 *Unidos, a Constituição brasileira de 1988 contempla, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no*
2342 *sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão. É nesse sentido que Konrad*
2343 *Hesse se refere à natureza dúplici da liberdade de expressão. Importam-nos mais diretamente, para os*
2344 *fins aqui colimados, os dispositivos constitucionais que cuidam de balancear o poder distorsivo das*
2345 *empresas de comunicação social sobre o discurso público, que devem ser compreendidos como*
2346 *intervenções pontuais que relativizam a liberdade de expressão em prol do fortalecimento*
2347 *do sistema de direitos fundamentais e da ordem democrática traçados em esboço na Constituição. No*
2348 *vértice de tal sistema se encontra a pessoa humana, como agente moral autônomo em suas esferas*
2349 *privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem*
2350 *comum. (...) Além das normas constitucionais mencionadas logo no início deste capítulo, alguns direitos*
2351 *individuais relacionados no art. 5º também mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de*
2352 *imprensa (art. 220, § 1º). Dentre eles, o direito de resposta (art. 5º, inciso V) e o direito de acesso à*
2353 *informação (art. 5º, XIV) guardam pertinência mais direta com o ponto que se deseja demonstrar. O*
2354 *direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem*
2355 *tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo*
2356 *tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma*
2357 *missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos*
2358 *e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar*

2359 *necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve*
 2360 *ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público.*
 2361 *Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se*
 2362 *assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta. A meu ver, portanto, o direito de resposta*
 2363 *deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa ("collaborative media") em que o público é*
 2364 *convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista. A*
 2365 *autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário*
 2366 *é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação. Na Argentina, a*
 2367 *Suprema Corte acolheu esta utilização mais ampla do direito de resposta em caso no qual um famoso*
 2368 *escritor concedeu entrevista em programa de televisão na qual emitiu conceitos considerados ofensivos a*
 2369 *figuras sagradas da religião católica. A Corte assegurou o direito de resposta a um renomado*
 2370 *constitucionalista, com a leitura de uma carta no mesmo canal de TV, baseando-se em um direito da*
 2371 *comunidade cristã de apresentar o seu próprio ponto de vista sobre as mencionadas figuras. Considerou-*
 2372 *se, na espécie, que o requerente atuou como substituto processual daquela coletividade. (Grifei.)*
 2373 *Posiciona-se, no mesmo sentido, L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO ("Liberdade de*
 2374 *Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira", p. 118/119, 2. ed., 2003, Renovar): A primeira e*
 2375 *grande utilidade é o exercício da defesa da pessoa ofendida, de maneira pronta e eficaz.*
 2376 *Inegável que o direito de resposta, uma vez aceito pelo órgão de imprensa, acarreta grande economia*
 2377 *para a máquina judiciária. Por ele apaziguam-se os ânimos e evitam-se, na maioria das vezes, as disputas*
 2378 *forenses. Esse é o denominado direito de resposta extrajudicial, já que feito sem a intermediação do*
 2379 *Poder Judiciário, que só será chamado a intervir no caso de o órgão recusar-se a publicar a resposta.*
 2380 *Outra utilidade é a preservação da verdade. Exercida a resposta, ao leitor ou espectador se oferecem, pelo*
 2381 *menos, duas versões do fato, o que, certamente, concorrerá para a formação livre de sua convicção sobre*
 2382 *o assunto objeto da notícia. Aceita a retificação, pelo próprio veículo, afirma-se a sua credibilidade e sua*
 2383 *retidão na prestação de seu serviço informativo. A resposta concorre, igualmente, para a diversidade de*
 2384 *opiniões, salutar para a liberdade de imprensa, concretizando a aplicação do princípio político do*
 2385 *pluralismo nos órgãos da imprensa. (Grifei.) A justa preocupação da comunidade internacional com a*
 2386 *preservação do direito de resposta tem representado, em tema de proteção aos direitos de personalidade,*
 2387 *um tópico sensível e delicado da agenda dos organismos internacionais em âmbito regional, como o Pacto*
 2388 *de São José da Costa Rica (Artigo 14), aplicável ao sistema interamericano, que representa instrumento*
 2389 *que reconhece, a qualquer pessoa que se considere ofendida por meio de informação veiculada pela*

2390 imprensa, o direito de resposta e de retificação: Artigo 14 – Direito de retificação ou resposta *1. Toda*
2391 *pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em*
2392 *seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem*
2393 *direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a*
2394 *lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se*
2395 *houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa*
2396 *jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja*
2397 *protegida por imunidades nem goze de foro especial.* (Grifei.) Cumpre relemburar, no ponto, o magisterio
2398 doutrinário de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal – Comentários a Convenção Americana
2399 sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/138, em coautoria com LUIZ FLÁVIO
2400 GOMES, 2008, RT), cuja análise do mencionado Artigo 14 da Convenção Americana de Direitos Humanos
2401 bem ressalta o entendimento que a comunidade internacional confere à cláusula convencional pertinente
2402 ao direito de resposta e de retificação: *A Convenção não se refere à “proporcionalidade” da resposta*
2403 *relativamente à ofensa, não indicando se as pessoas atingidas têm direito de responder em espaço igual*
2404 *ou maior, em que lapso pode exercitar esse direito, que terminologia é mais adequada etc. A Convenção*
2405 *diz apenas que estas condições serão as “que estabeleça a lei”, frase que remete às normas internas dos*
2406 *Estados-Partes o estabelecimento das “condições” de exercício do direito de retificação ou resposta, o que*
2407 *poderá variar de país para país. Contudo, tal proporcionalidade da resposta relativamente à ofensa deve*
2408 *entender-se “implícita” no texto da Convenção, não podendo as leis dos Estados-Partes ultrapassar os*
2409 *limites restritivos razoáveis e os conceitos pertinentes já afirmados pela Corte Interamericana.* (Grifei.)
2410 Cabe mencionar, ainda, fragmento da Opinião Consultiva 7/1986, proferida, em 29 de agosto de 1986,
2411 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, ao ressaltar a essencialidade desse instrumento de
2412 preservação dos direitos da personalidade, entendeu que o direito de resposta deve ser aplicado
2413 independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países
2414 signatários do Pacto de São José da Costa Rica: *A tese de que a frase “nas condições que estabeleça a*
2415 *lei”, utilizada no art. 14.1, somente facultaria aos Estados Partes a criar por lei o direito de retificação ou*
2416 *de resposta, sem obrigá-los a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule, não se*
2417 *compadece nem com o “sentido corrente” dos termos empregados nem com o “contexto” da Convenção.*
2418 *Com efeito, a retificação ou resposta em razão de informações inexatas ou ofensivas dirigidas ao público*
2419 *em geral se coaduna com o artigo 13.2.a sobre liberdade de pensamento ou de expressão, que sujeita*
2420 *essa liberdade ao “respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” (...); com o artigo 11.1 e*
2421 *11.3, segundo o qual “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua*

2422 *dignidade*” “3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas” e com o

2423 artigo 32.2, segundo o qual “Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela

2424 segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”. O direito

2425 de retificação ou de resposta é um direito ao qual são aplicáveis as obrigações dos Estados Partes

2426 consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

2427 E não poderia ser de outra maneira, já que o próprio sistema da Convenção está direcionado a reconhecer

2428 direitos e liberdades às pessoas e não a facultar que os Estados o façam (Convenção Americana,

2429 Preâmbulo, O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos

2430 Humanos (arts. 74 e 75), Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A, n. 2, parágrafo

2431 33). (Grifei.) Impende ressaltar trecho da manifestação proferida no âmbito de mencionada Opinião

2432 Consultiva emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proveniente do eminente Juiz

2433 RODOLFO E. PIZA ESCALANTE, que assim se pronunciou: *Em outras palavras, o direito de retificação ou*

2434 *de resposta é de tal relevância que nada impede respeitá-lo ou garanti-lo, vale dizer aplicá-lo e ampará-lo,*

2435 *ainda que não haja lei que o regule, por meio de simples critérios de razoabilidade; no fim das*

2436 *contas, a própria lei, ao estabelecer as condições de seu exercício, deve sujeitar-se a iguais limitações,*

2437 *porque, de outra forma, violaria ela mesma o conteúdo essencial do direito regulamentado e, portanto, o*

2438 *artigo 14.1 da Convenção.* (Grifei.) No que diz respeito ao direito comparado, cumpre referir que há países

2439 que não estabeleceram qualquer tipo de regulamentação legislativa ao direito de resposta, como os

2440 Estados Unidos e a Argentina. Quanto ao direito argentino, impende assinalar o magistério doutrinário do

2441 ilustre jurista RODOLFO PONCE DE LEÓN (“*Derecho de réplica*”, p. 137/138, “*in*” “Jerarquia Constitucional

2442 de los Tratados Internacionales”, organizado por JUAN CARLOS VEGA e MARISA ADRIANA GRAHAM, 1996,

2443 Astrea), que assim se manifesta a respeito do exercício do direito de resposta, considerada a circunstância

2444 de que inexistia, na República Argentina, qualquer regulação legislativa disciplinadora do exercício do

2445 direito de resposta e/ou de retificação: *O exercício do direito de retificação ou de resposta supõe o*

2446 *prejuízo à honra ou à reputação de uma pessoa, ocasionado por informações inexatas e ofensivas por*

2447 *intermédio de meios de difusão que se dirijam ao público em geral (art. 14, parágrafo 1, Convenção*

2448 *Americana sobre Derechos Humanos).*

2449 *Causado esse prejuízo, nasce o direito específico, que é o de formular, pelo mesmo órgão de difusão, sua*

2450 *retificação ou resposta. Se há lei, nos termos dela mesma; se não há lei, como é o nosso caso [argentino]*

2451 *atualmente, a Constituição opera diretamente. Isso não é uma novidade, mas um critério estabelecido por*

2452 *nostra Corte Suprema de Justicia desde o caso “Ekmekdjian c/Sofovich” anterior à reforma constitucional.*

2453 *Esta ação não é outra que a de amparo prevista no parágrafo 1º do art. 43 da Constituição nacional*

2454 *reformada. Confirmadas as informações inexatas ou ofensivas, e alegado o prejuízo à honra ou à*
 2455 *reputação, o juiz deverá ordenar ao meio de difusão passiva a publicação de resposta ou de retificação*
 2456 *que satisfaça ao ofendido. O primeiro elemento de equidade que aparece é o de que a publicação deverá*
 2457 *apresentar a imediatidade que o meio impõe. O segundo elemento é o de que a publicação deverá*
 2458 *apresentar o mesmo grau de importância jornalística e informativa que a publicação a que se responde ou*
 2459 *que se retifica. O terceiro elemento é o de que a publicação deverá ajustar-se ao respondido ou retificado,*
 2460 *sem poder apresentar considerações de outro tipo nem, por óbvio, apresentar expressões ofensivas ou*
 2461 *injuriosas.*
 2462 *O meio jornalístico deverá publicar nessas condições a resposta ou a retificação. Sendo uma obrigação de*
 2463 *fazer, poderão ser impostas multas ao meio de imprensa negligente no cumprimento de sua obrigação*
 2464 *constitucional. Tudo o que foi aqui exposto tem validade no que diz respeito às jurisdições nas quais os*
 2465 *Poderes Legislativos locais não houverem estabelecido normas procedimentais específicas em função das*
 2466 *quais dar trâmite ao processo. Se [os Poderes Legislativos locais] houverem estabelecido, e sem prejuízo*
 2467 *da crítica a que [essas normas] estejam sujeitas, o juiz deverá observar a idoneidade desse procedimento,*
 2468 *no que se refere à proteção que se postula. Se isso acontecer, fica a situação excluída do art. 43 em*
 2469 *análise. Para finalizar, devemos dizer que, desde a reforma de 1994, em nossa opinião, não é saudável*
 2470 *que se regule o exercício dessa ação nem no âmbito nacional nem no provincial. Cabem aqui as*
 2471 *críticas, alertas e reservas manifestadas quando da edição, pelo governo militar, da lei de amparo n.*
 2472 *16.986. Parafraseando VARGAS GÓMEZ, digamos que uma regulamentação inconveniente do direito de*
 2473 *réplica poder-se-ia converter em uma regulamentação do silêncio. Com BIDART CAMPOS – que assim se*
 2474 *manifestou naquela oportunidade –, digamos que é duvidoso que os problemas que podem decorrer da*
 2475 *falta de uma lei*
 2476 *possam ser resolvidos com a edição dessa norma. (Grifei.) Cabe registrar, neste ponto, que o direito de*
 2477 *resposta somente constituiu objeto de regulação legislativa, no Brasil, com o advento da Lei Adolpho*
 2478 *Gordo (Decreto 4.743, de 31-10-1923, arts. 16 a 19), eis que – consoante observa SOLIDONIO LEITE*
 2479 *FILHO (“Comentários a Lei de Imprensa”, p. 188, item n. 268, 1925, J. Leite Editores) – “Não havia na*
 2480 *legislação anterior à lei de imprensa nenhum dispositivo regulando o direito de resposta”. O que me*
 2481 *parece relevante acentuar, Senhor Presidente, e que a ausência de qualquer disciplina ritual regedora do*
 2482 *exercício concreto do direito de resposta não impedira que o Poder Judiciário, quando formalmente*
 2483 *provocado, profira decisões em amparo e proteção àquele atingido por publicações inverídicas ou*
 2484 *inexatas. E que esse direito de resposta/retificação não depende, para ser exercido, da existência de lei,*
 2485 *ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, até mesmo,*

conveniente. Vale insistir na asserção de que o direito de resposta/retificação tem por base normativa a própria Constituição da República, cujo art. 5º, inciso V, estabelece os parametros necessários à invocação dessa prerrogativa de ordem jurídica. Por isso mesmo, Senhor Presidente, sempre cabera ao Poder Judiciário, observados os parâmetros em questão, garantir, à pessoa lesada, o exercício do direito de resposta. A ausencia de regramento legislativo, momentânea ou não, nao autoriza nem exonera o Juiz, sob pena de transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, do dever de julgar o pedido de resposta, quando formulado por quem se sentir ofendido ou prejudicado por publicação ofensiva ou inverídica. Nao se pode desconhecer, Senhor Presidente, que e insito, à atividade do Juiz, o dever de julgar conforme os postulados da razoabilidade, proporcionalidade e igualdade, em respeito ao que está previsto no art. 126 do Código de Processo Civil (*"O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito"*), consoante assinala, sem maiores disceptações, o magistério da doutrina (ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, "Codigo de Processo Civil Interpretado e Anotado", p. 405, 2. ed., 2008, Manole; LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "Codigo de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo", p. 174/175, 2008, RT; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, "Curso de Direito Processual Civil", vol. I/38 e 40, itens ns. 35 e 38, 50. ed., 2009, Forense, v.g.). Impende observar, finalmente, que, em situação de *"vacuum legis"*, ainda assim o magistrado podera valer-se, considerado o que dispõe o art. 126 do CPC, de dispositivos outros – tais como aqueles existentes, p. ex., na Lei 9.504/1997 (art. 58 e parágrafos) –, aplicando-os, por analogia, no que couber, ao caso concreto, viabilizando-se, desse modo, o efetivo exercício, pelo interessado, do direito de resposta e/ou de retificação. Registre-se, de outro lado, que, mesmo que mantido o Capítulo IV da Lei 5.250/1967, que disciplina o *direito de resposta* (arts. 29 a 36), ainda assim subsistiriam sérias objeções quanto à constitucionalidade de alguns desses dispositivos, como o § 3o do art. 29, o § 8o do art. 30 e o inciso III do art. 34 de referido diploma legislativo, conforme advertem alguns autores (FREITAS NOBRE, "Comentarios a Lei de Imprensa (Lei no 5.250, de 9-2-1967)", p. 226, 4. ed., 1989, Saraiva; LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, "Comentarios a Lei de Imprensa", p. 353/357 e 396/399, 2007, RT, v.g.). O fato, Senhor Presidente, e que o reconhecimento da incompatibilidade da Lei de Imprensa com a vigente Constituição da República nao impedira, consideradas as razões que venho de expor, que qualquer interessado, injustamente atingido por publicação inverídica ou incorreta, possa exercer, em juízo, o direito de resposta, apoiando tal pretensão em clausula normativa inscrita na propria Lei Fundamental, cuja declaracao de direitos assegura, em seu art. 5º, inciso V, em favor de qualquer pessoa, *"o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"* (grifei).

2518 Concluo o meu voto, Senhor Presidente: a liberdade de imprensa não traduz uma questão meramente
2519 técnica. Ao contrário, representa matéria impregnada do maior relevo político, jurídico e social, porque
2520 concerne a todos e a cada um dos cidadãos desta República. Essa garantia básica, que resulta da
2521 liberdade de expressão do pensamento,
2522 representa, em seu próprio e essencial significado, um dos pilares em que se fundamenta e repousa a
2523 ordem democrática. Insisto, por isso mesmo, em afirmação por mim anteriormente feita neste voto:
2524 nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política ou em outras questões que
2525 envolvam temas de natureza social, filosófica, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de
2526 conduta cuja observância implique restrição aos meios de comunicação social ("mass media") ou de
2527 divulgação do pensamento. E por tais razões, Senhor Presidente, que julgo inteiramente procedente a
2528 presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em face da incompatibilidade da Lei
2529 5.250/1967 (Lei de Imprensa) com a vigente Constituição da República. E o meu voto.

2530 EXPLICAÇÃO

2531 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, eu coloquei muita ênfase nessa ressalva dos
2532 direitos dos particulares, embora sempre assentando uma precedência cronológica para o direito à
2533 liberdade de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*. Eu disse que essa liberdade,
2534 consagrada como de informação jornalística, ou de imprensa propriamente dita, seria exercida de modo
2535 conciliado: primeiro, contemporaneamente com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre
2536 exercício de qualquer trabalho ou profissão; segundo, *a posteriori*, com o direito de resposta e a reparação
2537 pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo do uso de ação penal,
2538 também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente
2539 para os indivíduos em geral.

2540 O Sr. Ministro Celso de Mello: Esse tema constituiu objeto do voto que venho de proferir, pois, nele, pus
2541 em destaque a delicada questão que resulta do estado de tensão dialética entre a liberdade de informação
2542 jornalística, de um lado, e os direitos da personalidade, de outro. E por isso que enfatizei, em meu voto,
2543 que o exercício concreto da liberdade de expressão pode causar o surgimento de verdadeira situação de
2544 colisão de direitos, caracterizada pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica, a
2545 reclamar solução que, tal seja o contexto em que se delineie, torne possível conferir primazia a uma das
2546 prerrogativas básicas, em relação de antagonismo com determinado interesse fundado em cláusula
2547 inscrita na própria Constituição. O fato relevante nesta matéria, Senhor Relator, é que o exercício abusivo
2548 da liberdade de informação, que deriva do desrespeito aos vetores subordinantes referidos no § 1º do art.
2549 220 da própria Constituição, "*caracteriza ato ilícito e, como tal, gera o dever de indenizar*" (ENÉAS COSTA

2550 GARCIA, "Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação", p. 175, 2002, Editora Juarez de Oliveira),
 2551 inexistindo, por isso mesmo, quando tal se registrar, situação configuradora de indevida restrição à
 2552 liberdade de imprensa, como decidi em julgamento proferido nesta Suprema Corte: *LIBERDADE DE*
 2553 *INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO.*
 2554 *SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA*
 2555 *PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE*
 2556 *DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM*
 2557 *CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. O*
 2558 *EXERCÍCIO ABUSIVO DA LIBERDADE DE INFORMAR, DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME AO*
 2559 *PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL E À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, ASSEGURA, AO OFENDIDO, O*
 2560 *DIREITO À REPARAÇÃO CIVIL, POR EFEITO DO QUE DETERMINA A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA*
 2561 *REPÚBLICA (CF, ART. 5º, INCISOS V E X). INOCORRÊNCIA, EM TAL HIPÓTESE, DE INDEVIDA RESTRIÇÃO*
 2562 *JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 52 E DO ART. 56, AMBOS DA LEI DE*
 2563 *IMPRENSA, POR INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. AMPLA*
 2564 *REPARABILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXAME SOBERANO DOS FATOS E*
 2565 *PROVAS EFETUADO PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. MATÉRIA*
 2566 *INSUSCETÍVEL DE REVISÃO EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO*
 2567 *IMPROVIDO. – O reconhecimento "a posteriori" da responsabilidade civil, em regular processo judicial de*
 2568 *que resulte a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e à imagem da*
 2569 *pessoa injustamente ofendida, não transgride os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, pois*
 2570 *é o próprio estatuto constitucional que estabelece, em cláusula expressa (CF, art. 5º, V e X), a*
 2571 *reparabilidade patrimonial de tais gravames, quando caracterizado o exercício abusivo, pelo órgão de*
 2572 *comunicação social, da liberdade de informação. Doutrina. – A Constituição da República, embora garanta*
 2573 *o exercício da liberdade de informação jornalística, impõe-lhe, no entanto, como requisito legitimador de*
 2574 *sua prática, a necessária observância de parâmetros – dentre os quais avultam, por seu relevo, os direitos*
 2575 *da personalidade – expressamente referidos no próprio texto constitucional (CF, art. 220, § 1º), cabendo,*
 2576 *ao Poder Judiciário, mediante ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (direito de*
 2577 *informar, de um lado, e direitos da personalidade, de outro), definir, em cada situação ocorrente, uma vez*
 2578 *configurado esse contexto de tensão dialética, a liberdade que deve prevalecer no caso concreto.*
 2579 *Doutrina. – Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada*
 2580 *em 1988 (CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização*
 2581 *tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de*

[JC357] Comentário: 4.1 PDPH
como postulados.

[JC358] Comentário: 3 – PDPH
lesada, é pessoa.

2582 indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967). Hipótese de não recepção.
 2583 Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. (AI 595.395/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)
 2584 Entendo, bem por isso, que, em ocorrendo situação de *conflito de liberdades* ou de *colisão de direitos*,
 2585 cabera, ao magistrado, em ordem a superar o antagonismo existente, valer-se do método da ponderação
 2586 concreta de valores, tal como expus, amplamente, no voto que venho de proferir. O Sr. Ministro Carlos
 2587 Britto (Relator): Ministro Celso de Mello, por um dever de honestidade intelectual, pelo que percebo
 2588 estamos dissentindo, por entender que essa ponderação diante de uma colisão entre direitos de
 2589 personalidade a Constituição já fez em favor da liberdade de imprensa. E Vossa Excelência
 2590 remete o juízo de ponderação para o Poder Judiciário.

2591 VOTO

2592 O Sr. Ministro Gilmar Mendes: 1. Objeto da ação A presente arguição de descumprimento de preceito
 2593 fundamental foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com o fundamento de que
 2594 "determinados dispositivos da Lei de Imprensa (Lei no 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) (a) não foram
 2595 recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b)
 2596 outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)" (fl. 3). O parâmetro de controle da
 2597 presente arguição são os preceitos fundamentais dos incisos IV (liberdade de manifestação do
 2598 pensamento), V (direito de resposta), IX (liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de
 2599 comunicação), XIII (liberdade de exercício profissional) e XIV (direito de acesso à informação e sigilo da
 2600 fonte) do art. 5º, e os arts. 220 a 223 (comunicação social) da Constituição Federal. O pedido final é de
 2601 declaração de não recepção de toda a Lei 5.250/1967 e, alternativamente: 1) a declaração de não
 2602 recepção: a) da parte inicial do § 2º do art. 1º ("a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à
 2603 censura, na forma da lei, nem"); b) do § 2º do art. 2º; c) da íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22,
 2604 23, 51 e 52; d) da parte final do art. 56 ("e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3
 2605 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); e) dos § 3º e § 6º do art. 57; f) dos §
 2606 1º e § 2º do art. 60; g) da íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65. 2) interpretação conforme a Constituição:
 2607 a) do § 1º do art. 1º; b) da parte final do *caput* do art. 2º; c) do art. 14; d) do inciso I do art. 16; e) do
 2608 art. 17, no sentido de que as expressões "subversão da ordem política e social" e "perturbação da ordem
 2609 pública ao alarma social" não sejam interpretadas como censura de natureza política ideológica e artística
 2610 ou constituam embaraço à liberdade de expressão e informação jornalística; f) do art. 37, para afirmar
 2611 que o jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada. 3) interpretação conforme a
 2612 Constituição de toda a Lei 5.250/1967, para afastar qualquer entendimento significativo de censura ou
 2613 embaraço à liberdade de expressão e de informação jornalística. Encontram-se suspensos, desde a

decisão cautelar proferida pelo Relator, Ministro Carlos Britto, em 21 de fevereiro de 2008 (*DJe* de 27-2-2008), e referendada pelo Plenário desta Corte em 27 de fevereiro de 2008 (*DJe* de 5-3-2008), cujos efeitos temporários (aplicação do parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868/1999) foram prorrogados em questões de ordem decididas pelo Plenário nas sessões do dia 4-9-2008 (*DJe* de 22-9-2008) e do dia 18-2-2009 (*DJe* de 5-3-2009): a) a expressão “a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem”, contida na parte inicial do § 2º do art. 1º; b) a íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) a expressão “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”, constante da parte final do art. 56; d) os § 3º e § 6º do art. 57; e) os § 1º e § 2º do art. 60; f) a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; g) os arts. 20, 21, 22 e 23; h) e os arts. 51 e 52.

É inegável que, no atual ritmo das discussões sobre a constitucionalidade dos diversos dispositivos que são objeto desta ação, outra questão mais ampla se impõe: a de saber se o art. 220 da Constituição, com sua redação literal aparentemente indicativa de uma liberdade de imprensa praticamente absoluta, admite conformações e restrições legislativas; ou, em outros termos, se o significado constitucional da liberdade de imprensa é compatível com uma lei específica reguladora de aspectos diversos da atividade, das funções e da responsabilidade(civil e penal) dos comunicadores em geral no Brasil. Passo então à análise dos pedidos, numa linha de raciocínio que leva em conta o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, tal como ela tem sido interpretada pelas Cortes Constitucionais no incessante debate entre a liberdade absoluta e a liberdade com restrições. 2. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito Reafirmar, e assim enfatizar, o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito não é tarefa estéril, muito menos ociosa. Se é

certo que, atualmente, há uma aceitação quase absoluta de sua importância no contexto de um regime democrático e um consenso em torno de seu significado como um direito fundamental universalmente garantido, não menos certo é que, no plano prático, nunca houve uma exata correspondência entre a ampla concordância (ou mesmo o senso comum) em torno da ideia de imprensa livre e a sua efetiva realização e proteção. Mesmo em nações de democracia avançada, a liberdade de imprensa constitui um valor em permanente afirmação e concretização. Em países com histórico de instabilidade política e nas denominadas novas democracias, a paulatina construção dos fundamentos institucionais propícios ao desenvolvimento da liberdade de comunicação ainda representa um desafio e um objetivo a ser alcançado. No Brasil, como não poderia deixar de ser, o permanente aprendizado da democracia, em constante evolução positiva desde o advento do regime constitucional instaurado pela Constituição de 1988, sempre foi indissociável da incessante busca por uma imprensa de fato livre. Desde as primeiras

2646 positavações nas conhecidas declarações de direitos e textos constitucionais – já proclamava a Declaração
 2647 de Direitos da Virgínia de 1776 (*Virginia Bill of Rights*), em seu art. 12: "*that the freedom of the press is*
 2648 *one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but despotic governments*" –, a liberdade
 2649 de imprensa constitui um valor em busca de plena realização; um ideal à procura de seu correspondente
 2650 fático. Entre a liberdade absoluta e a censura completa, a imprensa se desenvolveu ao longo dos últimos
 2651 séculos em uma luta incessante em direção à primeira. Talvez tenha sido Alexis de Tocqueville quem, por
 2652 meio da análise de uma mente estrangeira sobre a democracia nos Estados Unidos da América, revelou
 2653 tão claramente a peculiar questão sobre a definição do conteúdo da liberdade de
 2654 imprensa. Pensava Tocqueville: "Se alguém me mostrasse, entre independência completa e a servidão
 2655 inteira do pensamento, uma posição intermediária onde eu pudesse permanecer, talvez me estabelecesse
 2656 nela; mas quem descobrirá essa posição intermediária?" (TOQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en*
 2657 *América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 198). Dado curioso, nesse sentido, é que a
 2658 grande maioria dos textos constitucionais, desde as primeiras declarações de direitos, proclamam
 2659 expressamente a liberdade de imprensa como um valor quase absoluto, não passível de restrições por
 2660 parte do governo ou mesmo do parlamento, por meio da lei. Assim ocorreu com a citada Declaração de
 2661 Direitos da Virgínia de 1776 (art. 12) e com outros textos constitucionais originados dos processos de
 2662 emancipação das colônias britânicas da América (New Hampshire, art. XII; Carolina do Sul, art. XLIII;
 2663 Delaware, art. 1º, sec. 5; Pennsylvania, art. XII; Maryland, art. XXXVIII; Georgia, art. IV, sec. 3;
 2664 Massachusetts, art. XVI), que influenciaram decisivamente na redação final da 1ª Emenda à Constituição
 2665 dos Estados Unidos da América de 1791: "O Congresso não legislará no sentido de estabelecer
 2666 uma religião ou de proibir o seu livre exercício, ou para limitar a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou
 2667 o direito do povo de reunir-se pacificamente e de pedir ao Governo a reparação de seus agravos" (cfr.:
 2668 ASÍS ROIG, Rafael de; ANSUÁTEGUI ROIG, Javier; DORADO PORRAS, Javier. Los textos de las Colonias de
 2669 Norteamérica y las Enmiendas a la Constitución. In: PECESBARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÁNDEZ
 2670 GARCÍA, Eusebio; ASÍS
 2671 ROIG, Rafael de. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Volumen III. Madrid: Dykinson, 2001).
 2672 No Brasil, apesar de as primeiras Constituições preverem expressamente
 2673 a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição
 2674 de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição
 2675 de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 adotou
 2676 disposição (art. 220) que muito se assemelha ao modelo liberal clássico de garantia da liberdade de
 2677 imprensa: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer

2678 forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição". A
 2679 positivação nos textos constitucionais da liberdade de imprensa como valor imune a restrições de todo tipo
 2680 não impediu, porém, a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo. A
 2681 análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da
 2682 liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na interpretação e aplicação desses textos
 2683 constitucionais. A história de progressiva efetivação do valor da liberdade de imprensa se confunde com a
 2684 própria história de definição jurisprudencial de seus limites pelas Cortes Constitucionais. O significado da
 2685 liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito encontra-se na jurisprudência constitucional a
 2686 respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa. No debate permanente entre a liberdade
 2687 absoluta e a liberdade restrita, a jurisprudência das Cortes produziu duas vertentes ou duas concepções
 2688 sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa. Nos Estados Unidos da América, formaram-se
 2689 se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal,
 2690 enfatiza o bom funcionamento do "mercado das ideias" e remonta ao voto dissidente de O liver W. Holmes
 2691 no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da
 2692 deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no
 2693 voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co.*
 2694 *v. Sullivan* (cfr.: SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*.
 2695 Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176). Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional
 2696 (*Bundesverfassungsgericht*), por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no
 2697 famoso caso *Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos
 2698 fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva
 2699 ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa. Analisemos cada uma dessas
 2700 tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de
 2701 Direito. 2.1 Duas tradições de interpretação da 1ª Emenda a Constituição Norte-Americana Nos Estados
 2702 Unidos, apenas na segunda década do século XX, foi instaurada uma verdadeira e profunda discussão
 2703 sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de imprensa protegida pela 1ª Emenda, quando
 2704 a Corte Suprema foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis
 2705 restritivas editadas pelo Congresso. São conhecidos os históricos pronunciamentos de Oliver W. Holmes
 2706 nos casos *Schenck v. United States* (249 US 47, 1919) e *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Se
 2707 no primeiro caso (*Schenck v. United States*) o Justice Holmes criou a doutrina do "perigo claro e iminente"
 2708 (*clear and present danger*) para justificar a constitucionalidade da lei restritiva (Lei de Espionagem de
 2709 1917, editada durante a 1ª Guerra Mundial), no seguinte caso (*Abrams v. United States*) Holmes divergiu

2710 de seus pares com o famoso pronunciamento em torno do “mercado de ideias” (*market in ideas*): when
 2711 men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than
 2712 they believe the very foundations of their own conduct that *the ultimate good desired is better reached by*
 2713 *free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the*
 2714 *competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried*
 2715 *out*. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment.
 2716 Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect
 2717 knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant
 2718 against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death,
 2719 unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the
 2720 law that an immediate check is required to save the country. Os fundamentos do voto divergente de
 2721 Holmes configuram o que Cass Sustein denomina de o primeiro modelo de interpretação da 1ª Emenda
 2722 (SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard
 2723 University, 1999, p. 176). Defendia Holmes, em verdade, a diversidade, a concorrência e o livre
 2724 intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade. Uma interpretação das
 2725 liberdades de expressão e de imprensa que muito se assemelha às concepções defendidas por John
 2726 Milton, em 1644, no discurso *Aeropagítica* – certamente um dos textos mais expressivos contra a censura
 2727 da imprensa e sobre a necessidade da livre e ampla circulação de opiniões como forma de alcance do
 2728 conhecimento e da verdade. Para Milton, “a opinião, entre homens de valor, é conhecimento em
 2729 formação”. Indagava então John Milton ao Parlamento inglês: “Quem jamais ouviu dizer que a verdade
 2730 perdesse num confronto em campo livre e aberto?” (MILTON, John. *Aeropagítica: discurso pela liberdade*
 2731 *de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999). Talvez seja essa uma das
 2732 mais importantes funções das liberdades de expressão e de imprensa na democracia. O livre tráfego de
 2733 ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema
 2734 democrático e para a existência de uma sociedade aberta. Essas concepções da
 2735 liberdade encontram na obra de John Stuart Mill – *On liberty* – uma de suas melhores exposições. Como
 2736 bem observou Isaiah Berlin, outro grande pensador das liberdades, a obra de Stuart Mill “ainda é a mais
 2737 clara, sincera, persuasiva e instigante exposição do ponto de vista dos que desejam uma sociedade aberta
 2738 e tolerante” (Introdução à obra: MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes,
 2739 2000, p. XLVII). Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada
 2740 mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. Em suas memoráveis
 2741 palavras: “Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa

fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do
 que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade” (op. cit., p. 29). E continua para afirmar,
 categoricamente, que “o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o
 roubo à raça humana” (op. cit., p. 29). A Suprema Corte norte-americana ainda manteve por um tempo
 seu posicionamento a favor das leis e medidas administrativas restritivas da liberdade de imprensa em
 casos posteriores – *Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New York* (1925), *Whitney v. California*
 (1927) –, porém com os votos dissidentes de Holmes, que representam um marco na história da
 concepção liberal da proteção das liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos (cfr.:
 BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de*
los Estados Unidos de América. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín
 Oficial del Estado, 2006). Por outro lado, o famoso caso *New York Co. v. Sullivan* (376 US 254, 1964)
 representa o ponto culminante da formação de uma concepção que se iniciou em James Madison, foi
 acolhida por Louis D. Brandeis em voto no caso *Whitney v. California* e encontrou uma de suas melhores
 expressões no importante trabalho de Alexander Meiklejohn, que associou o princípio do *free speech* com
 o ideal de democracia deliberativa (SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the*
Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176). Decidiu a Suprema Corte, no caso *Sullivan*,
 que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão e de imprensa, não se poderia exigir dos
 comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários
 públicos. O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas
 públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade
 de informação. Mesmo
 nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir
 sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a
 diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de
 expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda. A decisão cita expressamente o pensamento de
 Madison, no sentido de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio
 fundamental
 da forma democrática e republicana de governo na América. Trata-se de um modelo que incorpora a ideia
 cívica e republicana de soberania popular simbolizada pelo “*We the people*”. A jurisprudência firmada em
Sullivan foi posteriormente aplicada pela Corte norte-americana em outros casos: *Rosenblatt v. Baer*
 (1966), com extensão aos candidatos a cargos públicos; *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Associated Press*
v. Walker (1967), aplicando-se o entendimento a figuras públicas que não estivessem desempenhando

2774 funções oficiais; *Rosenbloom v. Metromedia* (1971), estendendo-se aos casos em que não há uma figura
 2775 pública, mas tem-se assuntos de transcendência pública. Como observa Cass Sustein, o *modelo*
 2776 *madisoniano* de interpretação da 1ª Emenda traduz o direito de livre expressão como uma parte
 2777 fundamental do sistema constitucional de deliberação pública e democrática. Essa visão da Constituição
 2778 não seria contrária à possibilidade de intervenção regulatória do Estado no sentido de promover e
 2779 aperfeiçoar o debate público e de assegurar o bom funcionamento do regime democrático (SUSTEIN, Cass
 2780 R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999, p.
 2781 176). Essa concepção recebeu uma de suas melhores exposições na obra *Political Freedom*, de Alexander
 2782 Meiklejohn, na qual a liberdade de expressão é vista não como derivação de um suposto "direito natural",
 2783 mas, sim, como uma necessária garantia da livre discussão pública e do autogoverno popular
 2784 (MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Oxford
 2785 University Press, 1965). Alexander Meiklejohn revigorou a questão sobre o significado e os limites da
 2786 liberdade de expressão na democracia: "*What do we mean when we say that 'Congress shall make no*
 2787 *law... abridging the freedom of speech...? Do we mean that speaking may be suppressed or that it shall*
 2788 *not be suppressed? And, in either case, on what grounds has the decision been made?*" A resposta de
 2789 Meiklejohn é enfática: Congress shall make no law... abridging the freedom of speech... says the First
 2790 Amendment to the Constitution. As we turn now to the interpreting of those words, three preliminary
 2791 remarks should be made.

2792 First, let it be noted that, by those words, Congress is not debarred from all action upon freedom of
 2793 speech. Legislation which abridges that freedom is forbidden, but not legislation to enlarge and enrich it.
 2794 The freedom of mind which befits the members of a self-governing society is not a given and fixed part of
 2795 human nature. It can be increased and established by learning, by teaching, by the unhindered flow of
 2796 accurate information, by giving men health and vigor and security, by bringing them together in activities
 2797 of communication and mutual understanding. And the federal legislature is not forbidden to engage in that
 2798 positive enterprise of cultivating the general intelligence upon which the success of self-government so
 2799 obviously depends. On the contrary, in that positive field the Congress of the United States has a heavy
 2800 and basic responsibility to promote the freedom of speech. And second, no one who reads with care the
 2801 text of the First Amendment can

2802 fail to be startled by its absoluteness. The phrase, "Congress shall make no law... abridging the freedom of
 2803 speech", is unqualified. It admits no exceptions. (...) But, third, this dictum which we rightly take to
 2804 express the most vital wisdom which men have won in their striving for political freedom is yet – it must
 2805 be admitted – strangely paradoxical. No one can doubt that, in any well-governed society, the legislature

2806 has both the right and the duty to prohibit certain forms of speech. (...) All these necessities that speech
 2807 be limited are recognized and provided for under the Constitution. They were not unknown to the writers
 2808 of the First Amendment. That amendment, then, we may take it for granted, *does not forbid the abridging*
 2809 *of speech*. But, at the same time, *it does forbid the abridging of the freedom of speech*. It is to the solving
 2810 of that paradox, that apparent self-contradiction, that we are summoned if, as free man, we wish to know
 2811 what the right of freedom of speech is. (Op. cit., p. 19-21.) O paradoxo identificado por Alexander M
 2812 eiklejohn na 1a Emenda a Constituicao norte-americana tambem pode ser encontrado nos textos
 2813 constitucionais que, como o art. 220 da Constituicao brasileira de 1988, contem clausula proibitiva de
 2814 qualquer restricao as liberdades de expressao e de imprensa. Ao mesmo tempo em que prescrevem a nao
 2815 restricao dessas liberdades, esses textos nao apenas permitem, como obrigam a intervencao legislativa no
 2816 sentido de sua promocao e efetividade. Entre concepcoes liberais, individuais ou subjetivas, por um lado,
 2817 e outras concepcoes civicas, republicanas, democraticas ou objetivas, por outro, o aparente paradoxo das
 2818 liberdades de expressao, de informacao e de imprensa tem sido enfrentado pelas Cortes Constitucionais
 2819 com base em um postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: as restricoes legislativas sao
 2820 permitidas e ate exigidas constitucionalmente quando tem o proposito de proteger, garantir e efetivar tais
 2821 liberdades. O Tribunal Constitucional alemão não chegou a outra solucao ao interpretar o art. 5º da
 2822 *Grundgesetz*. É o que será analisado no tópico a seguir. 2.2 A dupla dimensao (subjetiva e objetiva) da
 2823 liberdade de imprensa na jurisprudencia do *Bundesverfassungsgericht* Se, nos Estados Unidos, é possível
 2824 identificar essas duas tradições ou dois modelos de interpretação da liberdade de imprensa, na Alemanha,
 2825 a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpreta as liberdades de expressao e de imprensa protegidas
 2826 pelo art. 5º da *Grundgesetz* de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma
 2827 instituicao ou garantia institucional. O famoso *caso Lüth* (*BVerfGE* 7, 198, 1958) é, antes de tudo, um
 2828 marco na
 2829 definicao do significado da liberdade de expressao na democracia. Em passagem emblemática, consignou
 2830 o Tribunal o seguinte: O direito fundamental à livre expressao do pensamento é, enquanto expressao
 2831 imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (*un des*
 2832 *droits les plus précieux de l'homme*, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do
 2833 Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento estatal livre e
 2834 democrático, pois é o primeiro a possibilitar a discussao intelectual permanente, a disputa entre as
 2835 opinioes, que é o elemento vital daquele ordenamento. (*BVerfGE* 5, 85 [205]). Ele é, num certo sentido, a
 2836 base de toda e qualquer liberdade por excelência, *"the matrix, the indispensable condition of nearly every*
 2837 *other form of freedom"* (Cardozo). Em *Lüth* o TFC alemão reconhece a dupla dimensao, subjetiva

(individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais. Em primeira linha, considerou o Tribunal o seguinte: Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público. Em seguida, não obstante, conclui o Tribunal que: Da mesma forma é correto, entretanto, que a Constituição, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Essa concepção formada pela Corte alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts, der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112; KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in: *JURA*, p. 617 (619), 1988). Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua *Teoria dos quatro "status"*, que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica (JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it., Milano: Giuffrè, 1912, p. 244; cf. Alex y, robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 e seguintes; cf. SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998, p. 153 e seguintes). Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa (Abwehrrechte)*, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não

[JC359] Comentário: 4.1

[JC360] Comentário: 4.1

2870 impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou
 2871 pela não eliminação de posições jurídicas (Cf. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 174; cf.
 2872 CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 548.). Nessa
 2873 dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do*
 2874 *Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de
 2875 liberdade constitucionalmente assegurado (cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 133.).
 2876 Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem
 2877 referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações
 2878 normativas de índole positiva (*normative Handlungen*) (ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 179; ver,
 2879 também, CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 549.). Tal como observado por Hesse, a garantia de
 2880 liberdade do indivíduo, que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto
 2881 de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e
 2882 cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de
 2883 interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a
 2884 função dos direitos fundamentais. Estes asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os
 2885 princípios objetivos da ordem constitucional e democrática [HESSE, *Bedeutung der Grundrechte*, in:
 2886 BENDA, Ernst; Maihofer, Werner e Vogel, Hans-Jochen, *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin, 1995,
 2887 v. I, p. 127 (134)]. A dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental a liberdade de imprensa foi
 2888 afirmada no também famoso caso *Spiegel* (*BVerfGE* 20, 62, 1966). Os fundamentos da decisão do
 2889 Tribunal Constitucional ressaltam, em primeiro lugar, a importância da imprensa como “elemento
 2890 essencial” do Estado assente na liberdade (*Wesenelement des freiheitlichen Staates*), na seguinte
 2891 passagem: Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é
 2892 elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é
 2893 imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes
 2894 não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros
 2895 formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as
 2896 informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula
 2897 a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e,
 2898 assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia representativa, a imprensa
 2899 apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle entre o povo e seus
 2900 representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo. Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e
 2901 reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as

2902 apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas
 2903 decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões
 2904 realmente defendidas em meio ao povo. Tão mais importante é a “tarefa pública” que cabe, assim, à
 2905 imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As
 2906 empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo
 2907 princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas,
 2908 concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir. Em seguida,
 2909 a Corte passa a analisar o caráter institucional da liberdade de imprensa, em trecho digno de nota:
 2910 Corresponde à função da imprensa livre no Estado democrático sua posição jurídica definida
 2911 constitucionalmente. A Constituição garante, no Art. 5, a liberdade de imprensa. Se, primeiramente –
 2912 correspondendo à posição sistemática do dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um
 2913 direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus
 2914 titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, em certas situações, uma
 2915 posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um aspecto jurídico-objetivo.
 2916 Ele garante o instituto “imprensa livre”. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos
 2917 indivíduos – obrigado a
 2918 considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a
 2919 imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras consequências disso são os postulados da livre
 2920 criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das
 2921 autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos
 2922 infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião. A autonomia
 2923 da imprensa, assegurada pelo Art. 5 GG, estende-se da obtenção da informação até a divulgação das
 2924 notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Por isso, diz respeito à liberdade de imprensa
 2925 também uma certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares.
 2926 Ela é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares, mas esta fonte de
 2927 informações só pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o
 2928 “sigilo da fonte” (*Redaktionsgeheimnis*) será mantido. O caso *Spiegel* é um marco na definição do
 2929 significado da liberdade de imprensa na democracia e revela as “duas faces de Janus” dessa liberdade: a
 2930 pessoal individual e a comunitária institucional. E, como bem assevera Manuel da Costa Andrade, “só uma
 2931 compreensão atenta às ‘duas raízes’ e ao contributo irreduzível de qualquer delas pode ajustar-se ao
 2932 sentido da liberdade de imprensa na experiência da moderna sociedade democrática” (ANDRADE, Manuel
 2933 da Costa. *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra:

Coimbra, 1996, p. 42). O Tribunal alemão reafirmou o aspecto objetivo ou institucional da liberdade de imprensa em outros casos importantes. Em *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961), afirma-se que a liberdade de imprensa é "o instrumento mais importante da formação da opinião pública". Em *Blinkfuer* (BVerfGE, 25, 256, 1969), o Tribunal novamente deixa consignado que "as liberdades de expressão e de imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação da opinião na democracia livre", utilizando a significativa expressão "*instituição da imprensa livre*". Em *Solidaritätsadrese* (BVerfGE 44, 197, 1977), a Corte assevera que "o conteúdo axiológico especial do direito fundamental da livre expressão na democracia livre fundamenta uma presunção básica da liberdade do discurso em todos os âmbitos, principalmente na vida pública". O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna uma verdadeira garantia institucional. O papel das garantias institucionais no ordenamento constitucional não é desconhecido. Como é sabido, a Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador. Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa [Cf. KREBS, *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (623)].

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo (cf. PIEROTH/ SCHLINK, *Grundrechte: Staatsrecht II*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 53). Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput*, e §1º).

Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226),

bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição (SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 182). Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos “conformadores” e concretizadores de alguns direitos (Cf. BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 4. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 327). Nessa linha de raciocínio, outra não poderia ser a conclusão senão a de que o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite, como também exige a intervenção legislativa com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade a garantia institucional. A lei de imprensa constitui, nesse sentido, uma exigência constitucional em razão da face objetiva ou institucional da liberdade de imprensa. É dever do legislador equacionar, nos termos exigidos pela Constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção. O tópico seguinte desenvolverá melhor essa ideia, com especial enfoque para a liberdade de imprensa tal como protegida pelo texto constitucional de 1988.

3. A necessidade de uma lei de imprensa

3.1 A reserva legal estabelecida pelo art. 220 da Constituição O constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1) e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam (Constituição brasileira de 1934, art. 113, 9; Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 5º; Constituição brasileira de 1967-69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 não contemplou, diretamente, na disposição que garante a liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção do legislador com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação. Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, pelo menos se se considera que a liberdade de informação mereceu disciplina destacada no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/1988). Particularmente elucidativas revelam-se as disposições constantes do art. 220 da Constituição: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I – regular as diversões e

2998 espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que
 2999 não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer
 3000 os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou
 3001 programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de
 3002 produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. Pode-se afirmar, pois,
 3003 que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de
 3004 modo compatível com o direito
 3005 à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade
 3006 de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em
 3007 conflito. A própria formulação do texto constitucional – “Nenhuma lei conterá dispositivo (...), observado o
 3008 disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui
 3009 um domínio inepugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão
 3010 somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de
 3011 resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa. Outro
 3012 não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu
 3013 indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a
 3014 norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do
 3015 disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto
 3016 constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de
 3017 concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade. É fácil ver, assim, que o
 3018 texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão
 3019 e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com
 3020 observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do
 3021 contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador,
 3022 absoluto e insuscetível de restrição. Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de
 3023 informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual “nenhuma lei conterá
 3024 dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo
 3025 de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV”. Como se vê, a formulação
 3026 aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da
 3027 liberdade de imprensa, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de
 3028 resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e

da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa. Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição a liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral. Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, v.g., sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV). Essas colocações não de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória como vem sendo apresentado, até por alguns juristas. Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*). É fecunda a jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre o assunto, especialmente no que se refere ao conflito entre a liberdade de imprensa ou a liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem. Ressalte-se, ainda, que, assim como o ordenamento constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn proíbe, expressamente, a censura à imprensa (LF, art. 5, I). A propósito da problemática, mencionem-se duas decisões importantes proferidas pela Corte Constitucional alemã. Na decisão de 24-2-1971, *relativa à publicação do romance Mephisto, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como derivações do princípio da dignidade humana* (*BVerfGE 30, 173*). O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance Mephisto com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que "todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade" (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts*. K.M.). Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as personagens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela "fantasia poética do autor" (*dichterische Phantashie des Verfassers*). Posteriormente, concedeu o Tribunal o pedido de proibição da publicação, tanto com fundamento nos

[JC361] Comentário: 2 - O PDP é recipiente de onde se extrai.

3061 direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho
 3062 adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a
 3063 identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo
 3064 injurioso das afirmações contidas na obra. O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os
 3065 demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de
 3066 personalidade ser decidido, na espécie, em favor do autor. O Supremo Tribunal Federal
 3067 (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta sob a alegação de que o direito de liberdade artística
 3068 encontra limite imanente (*imannente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado
 3069 constitucionalmente. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de
 3070 determinadas pessoas, atribui-se a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua
 3071 biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem
 3072 hiperbólica ou satírica. A editora-recorrente sustentou na *Verfassungsbeschwerde* impetrada que as
 3073 decisões dos Tribunais violavam os arts. 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da
 3074 Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica. O Tribunal
 3075 Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de
 3076 liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5º,
 3077 III, da Lei Fundamental. A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão: N. 16 1.
 3078 Art. 5, III, 1º período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o
 3079 meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual. 2. A garantia da liberdade artística abrange
 3080 não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte. 3. O direito de
 3081 liberdade artística protege também o editor. 4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art.
 3082 5º, II, nem aquela contida no art. 2º, I, 2º período. 5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito
 3083 do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de
 3084 valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a
 3085 **garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1º, I.** (Decisão da Corte
 3086 Constitucional, vol. 30, p. 173.) Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal expressa, o
 3087 direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a
 3088 de outras constitucionalmente asseguradas, não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a
 3089 Lei Fundamental, isto é, a
 3090 ideia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da
 3091 comunidade social. O não estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística
 3092 significava que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Como

[JC362] Comentário: 3 - O PDP
é inviolável.

3093 elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava
 3094 subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1º), que, como princípio supremo, estabelece as
 3095 linhas gerais para os demais direitos individuais. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1º, I, da
 3096 Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, assim como esta seria
 3097 influenciada, diretamente, pela concepção axiológica contida no art. 1º, I.

3098 No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos
 3099 interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes,
 3100 contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com
 3101 esclarecimento obrigatório). Contemple-se, por derradeiro, o chamado *caso Lebach* (*BVerfGE* 35, 202), de
 3102 5-6-1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa em face aos direitos de
 3103 personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos
 3104 envolvidos em grave homicídio – conhecido o *assassinato de soldados de Lebach* – *Der Soldatenmord Von*
 3105 *Lebach* – contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen* –
 3106 *ZDF*), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no
 3107 qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e,
 3108 posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo,
 3109 fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez que o impetrante se tornasse uma personalidade da
 3110 história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem
 3111 qualquer alteração. Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5º, I, da Lei
 3112 Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressocialização,
 3113 haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação
 3114 sobre tema de inequívoco interesse público. O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi
 3115 interposto sob alegação de ofensa aos arts. 1º, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2º, I, (...) da
 3116 Lei Fundamental. A Corte Constitucional, após examinar o documentário e assegurar o direito de
 3117 manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do
 3118 Governo do Estado da Renânia do Norte- Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do
 3119 impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e
 3120 após ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada,
 3121 proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa
 3122 ao nome do impetrante. Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à
 3123 imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de
 3124 atores. Considerou, inicialmente, o Tribunal que os valores constitucionais em conflito (liberdade de

[JC363] Comentário: 6.1

[JC364] Comentário: 3

3125 comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal
 3126 (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve
 3127 ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma compatibilização dos
 3128 interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para
 3129 permitir uma adequada solução da colisão. Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional: Para a
 3130 atual divulgação de notícias sobre crimes graves, tem o interesse de informação da opinião pública, em
 3131 geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a
 3132 intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por
 3133 isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens
 3134 ou outros elementos que permitam a sua identificação. A proteção da personalidade não autoriza que a
 3135 Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do
 3136 autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário. A divulgação posterior de notícias sobre o
 3137 fato é, em todo caso, ilegítima,
 3138 se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua
 3139 reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso
 3140 pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça
 3141 seriamente o seu processo de reintegração social. No processo de *ponderação* desenvolvido para
 3142 solucionar o conflito de direitos individuais, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro
 3143 princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes,
 3144 ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida,
 3145 na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetido a eventuais
 3146 restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade. Como demonstrado, a Constituição
 3147 brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade,
 3148 consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional,
 3149 estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão
 3150 e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º,
 3151 X. Faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que a ordem constitucional
 3152 de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa instituída para proteger outros princípios constitucionais,
 3153 especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção
 3154 da própria atividade jornalística e de comunicação em geral. Ressalto, neste ponto, que e extremamente
 3155 falacioso o argumento, não raras vezes utilizado, de que, em países de democracia desenvolvida, não há
 3156 leis de imprensa ou de regulação da atividade de imprensa. Fiz uma breve pesquisa sobre o assunto no

[JC365] Comentário: 2 -
 Consagrando-se alguém, no
 caso, a DH.

[JC366] Comentário: 5.1
 Sinédoque - A parte pelo
 todo.

3157 direito comparado e apresento a seguir, de forma sucinta, o resultado sobre a presença das leis de
3158 imprensa nos diversos ordenamentos jurídicos. 3.2 As leis de imprensa no Direito Comparado 3.2.1
3159 Espanha Na Espanha, o principal marco jurídico no que diz respeito à imprensa encontra-se na
3160 Constituição do país, em seu artigo 20. Esse artigo prevê expressamente a proibição de censura prévia e
3161 reconhece amplamente a liberdade de expressão, chamando atenção para as limitações advindas dos
3162 direitos à honra, à intimidade, à imagem e à proteção da infância e juventude. A Constituição da Espanha
3163 também proíbe o sequestro de publicações, gravações e outros meios de informação, a não ser em virtude
3164 de decisão judicial. No que diz respeito a leis de imprensa na Espanha, cabe rememorar que, em 22 de
3165 março de 1938, foi promulgado decreto com clara intenção de reduzir a liberdade de expressão como
3166 direito do cidadão, com o manifesto intuito de que a imprensa ficasse a serviço dos interesses do regime
3167 de Franco. A lei de imprensa que a sucedeu, de 18 de março de 1966, surge em novo momento histórico
3168 do mencionado regime, quando se pretendia desenvolver a estrutura produtiva daquele país. Buscava-se,
3169 portanto, maior legitimação democrática, o que englobava uma suposta ampliação do exercício da
3170 liberdade de imprensa. A lei, no entanto, estabelecia uma série de limitações à liberdade de expressão.
3171 Se, por um lado, a nova lei trazia progressos em relação à lei de 1938, reduzindo controles, por outro não
3172 deixava de conceder inúmeros poderes à Administração. A vigência da Lei de Imprensa de 1966 foi
3173 mantida mesmo com a morte de Franco. No entanto, a partir da transição política e com a nomeação de
3174 Adolfo Suarez para novo presidente, as questões das liberdades públicas tornavam-se tema de ampla
3175 discussão. Desse modo, em 1º de abril de 1977, foi aprovado o decreto-lei sobre liberdade de expressão,
3176 que derogava o artigo 2º da Lei de Imprensa, suprimia parcialmente o sequestro administrativo de
3177 publicações e gravações e reforçava os instrumentos jurídicos de apuração dos delitos de calúnia e injúria
3178 praticados pela imprensa. A maior parte dos artigos da Lei 14/1966 foram revogados expressamente por
3179 leis ou por sentenças do Tribunal Constitucional. Em relação à vigência dos dispositivos que não foram
3180 revogados expressamente, a Constituição determina a revogação das disposições que estejam em conflito
3181 com o texto constitucional, incluindo aquelas em confronto com as liberdades previstas no artigo 20.
3182 Atualmente, uma série de leis e decretos regulam a atividade da imprensa na Espanha. Destas, podemos
3183 destacar a *Ley Orgánica* 2/1984, que regula o direito de retificação (resposta), e a *Ley Orgánica* 2/1997, a
3184 qual regula a *cláusula de conciencia* dos profissionais da informação, para que sejam garantidos a
3185 independência e o bom desempenho das atividades desses profissionais. No que diz respeito à lei que
3186 trata do direito de retificação ou de resposta, o artigo 1º dispõe que "*Toda persona, natural o jurídica,*
3187 *tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos*
3188 *que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Podrán ejercitar el*

3189 *derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquel, sus*
 3190 *herederos o los representantes de éstos’.* A lei ainda prevê que o direito será exercido mediante o envio
 3191 da retificação escrita ao diretor do meio de comunicação dentro de sete dias após a publicação ou difusão
 3192 da informação que gerou o prejuízo. Caso a retificação faça referência direta e exclusiva à informação que
 3193 fora publicada, o diretor do meio de comunicação deverá publicar ou difundir integralmente a retificação,
 3194 no prazo de três dias contados a partir do recebimento da resposta. A publicação ou difusão da retificação
 3195 será gratuita e deverá receber destaque semelhante ao oferecido à publicação da informação. Ademais,
 3196 há na Espanha um grande número de normas jurídicas técnicas
 3197 relacionadas às telecomunicações, à radiodifusão e à televisão. Destas, podemos destacar a Lei 11/1998,
 3198 conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, e a Lei 10/2005, com medidas de promoção da televisão
 3199 digital terrestre, de liberalização das televisões a cabo e de fomento ao pluralismo. 3.2.2 Portugal Em
 3200 Portugal, a Constituição Portuguesa de 1976 voltou a consagrar a liberdade de expressão e informação e a
 3201 liberdade de imprensa em seus artigos 37 e 38, ao assegurar o fim da censura e a independência dos
 3202 órgãos de comunicação social. A Lei de Imprensa, por sua vez, foi editada em 13 de janeiro de 1999,
 3203 vindo a sofrer alterações em 2003, por meio da Lei 18/2003. A lei traz a definição de
 3204 imprensa, bem como delimita suas distintas classificações. Ao tratar da questão dos limites à liberdade de
 3205 imprensa, o artigo 3º dispõe que: “A liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da
 3206 Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os
 3207 direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a
 3208 defender o interesse público e a ordem democrática”. Os artigos 24, 25, 26 e 27 tratam do direito de
 3209 resposta. Dessa forma, “tem direito de resposta nas publicações periódicas qualquer pessoa singular ou
 3210 colectiva, organização, serviço ou organismo público, bem como o titular de qualquer órgão ou
 3211 responsável por estabelecimento público, que tiver sido objecto de referências, ainda que indirectas, que
 3212 possam afectar a sua reputação e boa fama”. O direito de retificacao ou de resposta, nesse caso, é
 3213 independente do procedimento criminal – pelo fato da publicação, bem como do direito à indenização –
 3214 pelos danos por ela causados. O direito de resposta deve ser exercido no período de trinta dias, caso se
 3215 trate de diário ou semanário, ou no prazo de sessenta dias, no caso de uma publicação de menor
 3216 frequência.
 3217 Ainda de acordo com a lei de imprensa portuguesa, o conteúdo da resposta está limitado pela relação útil
 3218 e direta com o texto ou a imagem respondidos. A publicação da resposta é gratuita e deverá ser feita na
 3219 mesma seção, com o mesmo destaque da publicação que deu causa à retificação. No caso de o direito de
 3220 resposta não ter sido satisfeito ou houver sido recusado sem fundamento, o interessado poderá recorrer

3221 ao Tribunal Judicial ou à Entidade Reguladora para a Comunicação Social no prazo de 10 dias para
 3222 requerer a publicação. A Lei de Imprensa ainda trata de alguns crimes, como o atentado à liberdade
 3223 de expressão (artigo 33º), e dos requisitos das publicações (artigo 15º), da transparência
 3224 da propriedade referente às empresas jornalísticas (artigo 16º), do estatuto editorial (artigo 17º) e da
 3225 organização das empresas jornalísticas (Capítulo IV). m 8 de novembro de 2005, a Lei 53/2005 criou a
 3226 Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC). Assim, agencias de noticias, pessoas que editem
 3227 publicações periódicas, operadores de radio e televisão, entre outros estao sujeitos a intervenção e a
 3228 supervisao do conselho regulador. Entre os principais objetivos da regulacao encontram-se a promocao do
 3229 pluralismo cultural e da diversidade de expressao, a garantia da livre difusao e do livre acesso aos
 3230 conteudos, a garantia do exercicio da responsabilidade editorial perante o publico e a protecao dos
 3231 direitos de personalidade. Portugal também apresenta legislação técnica específica para rádio e televisão,
 3232 como é o caso da Lei 32/2003, de Televisão, que regula o acesso da atividade de televisão e o seu
 3233 exercício no país, e a Lei 4/2001, que trata da Radiodifusão.

3234 3.2.3 Mexico A Constituição dos Estados Unidos Mexicanos trata, em seus artigos 6º e 7º,
 3235 dos parâmetros que regem a imprensa do México. O artigo 6º prevê que "*la manifestación de las ideas no*
 3236 *será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los*
 3237 *derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será*
 3238 *ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.*
 3239 O artigo 7º, por sua vez, prevê que nenhuma autoridade poderá estabelecer censura prévia nem poderá
 3240 cercear a liberdade de imprensa. Nesse sentido, a *Ley sobre Delitos de Imprenta*, de 12 de abril de 1917,
 3241 expõe os conceitos de ataque à vida privada, à moral, à ordem e à paz pública e indica as penas para
 3242 aqueles que cometerem tais ofensas. Dessa forma, quaisquer manifestações que possam atingir a
 3243 reputação e a honra de um determinado cidadão, que façam apologia ao crime e que ofendam a
 3244 privacidade são vedadas e, por tal motivo, representam limites à liberdade de imprensa. Alguns conceitos
 3245 previstos na lei, como "moral", são extremamente abertos e amplos e estão sujeitos a diversas
 3246 interpretações. A Jurisprudência do país, entretanto, tem trabalhado no sentido de interpretar os termos
 3247 da lei de 1917 de acordo com o atual contexto político, social e jurídico mexicano. O direito de retificacao,
 3248 também chamado de direito de replica ou de resposta, não foi contemplado pela Constituição mexicana.
 3249 No entanto, esse direito integra o ordenamento jurídico nacional, uma vez que está previsto na Convenção
 3250 Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 14, e na lei de 1917, sobre delitos de imprensa, em seu
 3251 artigo 27:

3252 *Los periódicos tendrán la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las*
 3253 *autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que se les hagan en artículos,*
 3254 *editoriales, párrafos, reportazgo o entrevistas, siempre que la respuesta se dé dentro de los ocho días*
 3255 *siguientes a la publicación que no sea mayor su extensión del triple del párrafo o artículo en que se*
 3256 *contenga la alusión que se contesta, tratándose de autoridades, o del doble, tratándose de particulares;*
 3257 *que no se usen injurias o expresiones contrarias al decoro del periodista, que no haya ataques a terceras*
 3258 *personas y que no se cometa alguna infracción de la presente ley.* O México possui leis e regulamentações
 3259 específicas de radiodifusão e televisão, como a Lei Federal de Rádio e Televisão, de 1960, reformada pela
 3260 última vez em 2006, e a Lei Federal de Telecomunicações, 1995, reformada em 2006. 3.2.4 Reino Unido
 3261 No âmbito do Reino Unido, encontramos o *Human Rights Act*, de 1998, que trata expressamente da
 3262 liberdade de expressão no artigo 12. Ressalte-se que, no Reino Unido, desde 1972, assentou-se a
 3263 prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Europeia sobre Direitos
 3264 Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, confirmado pela *House of Lords* no famoso caso
 3265 *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652). O *European Communities Act*, de
 3266 1972, atribuiu ao direito comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo
 3267 Parlamento (TOMUSCHAT, Christian. *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler*
 3268 *Verfassungsgerichte*, in *Peter Badura e Horst Dreier (org.), Festschrift 50 Jahre*
 3269 *Bundesverfassungsgericht, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck*, v. 1, p. 249). Em 2002, com a publicação do
 3270 *Communications Bill*, foi criado o *Office for Communications* (OFCOM), órgão regulador das
 3271 Telecomunicações que substituiu outros cinco órgãos reguladores. Uma série de atos do Parlamento
 3272 regulamenta a atividade de mídia no país. Entre eles, podem ser destacados o *British Telecommunication*
 3273 *Act*, de 1981, e o *Broadcasting Act*, de 1990. O *Broadcasting Act* faz referência ao material difamatório
 3274 utilizado em publicações. Nesse caso, o ato do Parlamento nos remete a outro ato, o *Defamation Act*, de
 3275 1996, que trata da responsabilidade pela publicação de determinado conteúdo difamatório. Essa legislação
 3276 cuida especificamente do direito de retificação e delimita o procedimento a ser adotado em tal situação.
 3277 3.2.5 França Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece, em seu
 3278 artigo 11, que a livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos mais preciosos direitos do
 3279 homem: todos os cidadãos podem, portanto, falar, escrever e imprimir livremente. A lei sobre a liberdade
 3280 de imprensa francesa data de 1881 (*Loi du 29 juill et 1881 sur la liberté de la presse*). Já em seu artigo 5º
 3281 assegura o direito de publicação de revista ou jornal sem necessidade de permissão ou depósito, sendo
 3282 necessário apenas o registro do responsável pela publicação perante o procurador da república (artigo
 3283 7º). Não obstante, essa mesma lei limita a liberdade de

expressão em diversas situações: para proteção da intimidade da família (artigo 39), do menor (artigo 39, *bis*), da imagem de pessoas que foram vítimas de violência (artigo 39, *quinquies*). Admite-se a aplicação de punição *ex officio* pela Administração quando houver calúnia ou difamação contra uma pessoa ou grupo de pessoas em razão da sua origem ou de pertencer a uma etnia, nação, raça ou religião, ou devido a sexo, orientação sexual ou deficiência (artigo 6º). De igual modo, não são tolerados o racismo, a apologia à guerra, a desonra da memória dos veteranos e vítimas de guerra que lutaram em favor da França (artigos 48-1, 48-2 e 48-3). O artigo 48, parágrafo 7º, da referida lei admite a instauração de processo em razão da simples divulgação pela imprensa de imagem de pessoa usando algemas. O tema ainda é regulamentado pela Lei de Liberdade de Comunicação, de 1986 (*Loi n. 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication "Loi Léotard"*), que garante a liberdade da comunicação por meios eletrônicos. Segundo a lei, essa liberdade será limitada, na medida do necessário, pelo respeito à dignidade humana, à liberdade, à propriedade, ao caráter pluralista da expressão corrente de pensamento e de opinião e à proteção da infância e da adolescência, por meio da salvaguarda da ordem pública, pelas necessidades de defesa nacional, pelas exigências de serviço público, pelas limitações técnicas inerentes aos meios de comunicação, bem como pela necessidade desenvolver a produção dos serviços audiovisuais. Essa lei estabeleceu o *Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, entidade que visa a garantir a independência e a imparcialidade do setor público de rádio e televisão, bem como a promover a livre concorrência no setor privado. O *Conseil* também busca assegurar a qualidade e a diversidade dos programas e o desenvolvimento da produção e da criação audiovisual nacional, garantindo que haja representação da língua e cultura francesas. Nesse sentido, o artigo 27, parágrafo 2º, determina que pelo menos 60% das obras cinematográficas e audiovisuais divulgadas em horário nobre sejam de procedência europeia, das quais 40% deverão ser obras francesas. O *Conseil* é formado por nove membros, com mandato de seis anos, não renovável. A Presidência da República, a Assembleia Nacional e o Senado indicam três conselheiros cada um. Suas decisões são de natureza regulamentar e necessitam de aprovação do Primeiro-Ministro, que tem um prazo de quinze dias para pedir uma nova deliberação (artigo 6º).

3.2.6 Chile No Chile, a Lei 19.733, promulgada em 18-5-2001, regulamenta a liberdade de imprensa, garantindo a liberdade de opinião e de informação sem censura prévia como um direito fundamental (artigo 1º). É vedada a perseguição ou discriminação por causa de divergência de pontos de vista, havendo o dever de prestar contas sobre crimes e abusos cometidos. Seu artigo 3º garante o pluralismo do sistema de informações, que deverá favorecer a expressão da diversidade social, cultural, política e regional do país. É garantido a qualquer pessoa natural ou jurídica que tiver sido ofendida injustamente por algum meio de comunicação o direito de difusão gratuita de retificação ou esclarecimento gratuito

[JC367] Comentário: 4.1

3316 (artigo 16). Há previsão de multa em caso de promoção de ódio ou hostilidade com relação a pessoas ou
 3317 coletividades em razão de raça, sexo, religião ou nacionalidade (artigo 31). É proibida, também, a
 3318 divulgação da identidade de menores de idade que sejam autores, cúmplices ou partícipes de delitos
 3319 (artigo 33). 3.2.7 Peru A Lei 26.937, que cuida da liberdade de imprensa peruana, é bastante sucinta, com
 3320 apenas quatro artigos. Em seu artigo 1º, garante a toda pessoa o direito de livre expressão do
 3321 pensamento. Quanto ao exercício do jornalismo,
 3322 por exemplo, não se exige registro algum para o exercício da profissão (artigo 3o). 3.2.8 Uruguai No
 3323 Uruguai, a Lei 16.099 garante a liberdade de expressão e comunicação de pensamentos e opiniões, que
 3324 será exercida nos limites legais e constitucionais (artigos 1 a 3). Seu artigo 19 criminaliza a divulgação de
 3325 notícias falsas que ocasionem grave alteração à tranquilidade pública ou grave prejuízo aos interesses
 3326 econômicos do Estado ou a seu crédito exterior, bem como a instigação ao vilipêndio da Nação. O artigo
 3327 21 penaliza com multa os que publicarem ou difundirem informações relacionadas a processos judiciais de
 3328 família ou de delitos contra o pudor e a decência.

3329 3.2.9 Alemanha Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, confere aos *Länder* a competência
 3330 legislativa em matéria de imprensa. A partir de 1958 apareceram as primeiras leis de imprensa de cada
 3331 estado, sendo a primeira de Hesse, a qual serviu de modelo para as demais. No plano federal, há um
 3332 interessante sistema de autorregulação e autocontrole da imprensa, cujo órgão principal é o Conselho de
 3333 Imprensa Alemão, criado em 1956 e composto por associações de editores e jornalistas da Alemanha.
 3334 Estabeleceu-se, nesse sistema, um conjunto de princípios que devem ser respeitados pela imprensa,
 3335 denominado *Pressekodex*. Entre os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão: liberdade e
 3336 independência da imprensa (preâmbulo); **proteger e respeitar a dignidade humana** (artigo 1o); respeitar a
 3337 intimidade e a privacidade (artigo 8o); realizar pesquisa aprofundada e justa (artigo 4o); separar
 3338 claramente o editorial do texto dos anúncios comerciais (artigo 7o); proteger a honra (artigo 9o); evitar
 3339 retrato sensacionalista da violência e da brutalidade (artigo 11); e presunção de inocência de pessoas que
 3340 estejam sob investigação (artigo 13). O *Pressekodex* determina, ainda, que jornalistas e editores não
 3341 podem exercer atividade diversa que coloque em questão a credibilidade da imprensa (artigo 6o). A
 3342 discriminação por sexo, deficiência, origem étnica, religiosa ou social também não é permitida (artigo 12).
 3343 Nesse sentido, o código define, inclusive, que deve ser evitada a menção da origem religiosa, social e/ou
 3344 étnica do criminoso, de modo a evitar o surgimento de preconceitos. O Conselho de Imprensa Alemão é
 3345 responsável por verificar se os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão sendo obedecidos pela
 3346 imprensa e por receber reclamações e denúncias da população com relação às publicações de jornais,
 3347 revistas e textos jornalísticos publicados na internet. Além do *Pressekodex*, na Alemanha firmou-se tratado

[JC368] Comentário: 3 -
 Respeitar uma pessoa. PDPH
 funciona como se fosse pess
 a ser respeitada.

3348 interestadual, em 31 de agosto de 1991, o *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien*, que regulamenta
 3349 a radiodifusão e os meios eletrônicos de comunicação. Essas atividades são reguladas com base em
 3350 alguns princípios: proteger e respeitar a dignidade humana; respeitar a vida e a liberdade; respeitar a
 3351 diversidade de crenças e opiniões; respeitar as diversas convicções morais e religiosas (artigo 3º);
 3352 promover a solidariedade e trabalhar por uma sociedade sem discriminações (artigo 41). O tratado dispõe,
 3353 ainda, sobre algumas limitações às atividades de radiodifusão e telecomunicação. O artigo 7º, por
 3354 exemplo, proíbe a utilização de técnicas subliminares nas publicidades, bem como a propaganda política,
 3355 ideológica e religiosa. O artigo 15 não permite a interrupção de programas religiosos e infantis para a
 3356 veiculação de publicidade ou *teleshopping*. Os artigos 24 e 47 protegem os dados pessoais.

3357 O artigo 49 do *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien* arrola as infrações administrativas decorrentes
 3358 da desobediência de seus dispositivos. A penalidade aplicada a essas infrações é multa cujo valor varia de
 3359 50.000 euros a 500.000 euros, de acordo com a ofensa cometida. Ressalte-se o artigo 56, que protege o
 3360 direito de resposta daquele que
 3361 foi afetado por alguma publicação. A resposta deve ser publicada sem cobrança à pessoa afetada, sem
 3362 alterações e omissões no texto, e deve possuir extensão semelhante ao artigo a ser respondido. Por fim,
 3363 merece destaque igualmente o *Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz*
 3364 *in Rundfunk und Telemedien*, cujo objetivo é proteger as crianças e os adolescentes, bem como a
 3365 dignidade da pessoa humana contra os meios eletrônicos de informação e comunicação. O artigo 4º
 3366 estabelece a proibição da abordagem de determinados temas e conteúdos: a utilização de insígnias de
 3367 organizações proibidas pela Constituição; a discriminação por nacionalidade, raça, religião e etnia; a
 3368 negação ou a diminuição dos atos cometidos pelo Nacional Socialismo; glorificação da guerra, pornografia
 3369 e atos de abuso sexual contra crianças e adolescentes.

3370 O tratado em questão instituiu a *Kommission für Jugendmedienschutz* (artigo 14), a qual deve, entre
 3371 outras funções, garantir que as provisões prescritas no tratado estejam sendo devidamente respeitadas. A
 3372 Comissão está autorizada a atuar *ex officio* (artigo 17) e a aplicar multas em caso de prática de ofensas
 3373 administrativas, que estão previstas no artigo 24. 3.3 As leis de imprensa no Brasil Como se ve nesse
 3374 breve relato, as leis de imprensa ou as leis reguladoras dos meios de comunicacao de maneira alguma sao
 3375 incompatíveis com a democracia ou com o Estado Democrático de Direito. Nossa ordem constitucional,
 3376 instituída em 1988, permite, sim, a regulação da imprensa, e isso vem da interpretação do próprio art. 220
 3377 da Constituição. Seria exacerbado otimismo pretender que o texto constitucional fosse suficiente na
 3378 regulação da atividade dos meios de comunicação em geral. Mesmo a existência das normas da legislação
 3379 civil, penal e processual não seria bastante para o tratamento adequado do assunto. Temas como o direito

[JC369] Comentário: 3 -
 Respeitar uma pessoa. PDPH
 funciona como se fosse pess
 a ser respeitada.

[JC370] Comentário: 3 -
 Proteger crianças,
 adolescente e a DH.

3380 de resposta, por exemplo, ficariam sem regulamentação específica, o que poderia ser extremamente
3381 danoso não só aos indivíduos, mas aos próprios meios de comunicação.

3382 E certo, por outro lado, que a já difundida oposição a lei específica da imprensa é decorrente, em grande
3383 parte, de uma cultura e de uma prática jurídica formadas no Brasil em torno de uma sucessão de leis
3384 voltadas muito mais à repressão e à censura do que à liberdade da imprensa. No Brasil, como já abordado
3385 anteriormente, todas as Constituições, com exceção da atual Carta de 1988, previram expressamente a
3386 possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de
3387 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de
3388 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 8º). Sob todas essas ordens constitucionais,
3389 o legislador tratou de regular o tema da imprensa, sempre com algum intuito de controlar e, dessa forma,
3390 de censurar a atividade dos meios de comunicação (Carta de Lei de 20 de setembro de 1830; Decreto
3391 4.269, de 17 de janeiro de 1921; Lei 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto 24.776, de 14 de julho de
3392 1934; Lei 2.083, de 12 de novembro de 1953). Esse entendimento está bem demonstrado na Exposição
3393 de Motivos ao Anteprojeto da Lei de Imprensa elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro
3394 Evandro Lins e Silva e constituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (*Diário do*
3395 *Congresso Nacional* (Seção II), 14 de agosto de 1991, p. 4765): (...) 6. A história dos diplomas legais
3396 brasileiros demonstra a inclinação para destacar os abusos cometidos através da imprensa e não as
3397 liberdades que as devem identificar. Bem a propósito vem o Decreto de 18 de junho de 1822, com a
3398 rubrica do Príncipe Regente e o texto de José Bonifácio de Andrada e Silva, que alertava sobre a
3399 necessidade de atuação da “suprema lei de salvação pública” para evitar que “ou pela imprensa, ou
3400 verbalmente ou de qualquer outra maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da
3401 tranquilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis,
3402 que promovendo a anarquia e a licença, ataquem o sistema que os povos deste grande riquíssimo Reino,
3403 por sua própria vontade escolheram, abraçaram e requereram (...)”. Embora a ressalva do aludido decreto
3404 no sentido de não ofender “a liberdade bem-entendida da imprensa que desejo sustentar e conservar, e
3405 que tantos bens
3406 tem feito à causa sagrada da liberdade brasileira”, a vontade do poder e a situação política e institucional
3407 do Brasil daqueles tempos já estavam a conjurar contra a proclamada liberdade. 7. Se no crepúsculo da
3408 Colônia que se aludia às doutrinas “incendiárias e subversivas” espalhadas pela imprensa ou mesmo
3409 verbalmente, no início do período imperial não se modificaram critérios, e os meios de repressão. A Carta
3410 de Lei de 2 de outubro de 1823, decretada pela Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, após declarar
3411 em seu primeiro artigo que “nenhum escrito, de qualquer qualidade, volume ou denominação, são sujeitos

3412 à censura, nem antes, nem depois de impressos”, hostilizava, logo em seguida, aquela peticao de
3413 principios ao punir todos que negassem a verdade dos dogmas da religião católica romana; defendessem
3414 dogmas falsos; excitassem o povo à rebelião tanto por ação direta quando por meios indiretos “fazendo
3415 alegorias, espalhando desconfianças” ou atacassem a forma de Governo, a moral cristã ou os bons
3416 costumes. O elenco de discriminações e restrições tinha como vertente a concepção autoritária em torno
3417 dos crimes políticos e religiosos. 8. A contradição entre a proclamação otimista dos primeiros dispositivos e
3418 os textos imediatos das leis de imprensa em nosso País, assumiu conformação rotineira. A propósito,
3419 basta a simples leitura dos seguintes diplomas: Carta de Lei de 20 de setembro 1830; Decreto n. 4.269,
3420 de 17 de janeiro de 1921; Lei n. 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto n. 24.776, de 14 de julho de
3421 1934; Lei n. 2.083, de
3422 12 de novembro de 1953 e Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. O art. 1º e seu § 1º do diploma em
3423 vigor constituem o modelo bem ilustrativo desse descompasso entre a retórica e o factual: “É livre a
3424 manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por
3425 qualquer meio, e sem dependência de censuras, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos
3426 que cometer”. “§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem
3427 política e social e de preconceitos de raça ou classe”. Finalmente, vale a lembrança da crítica desferida por
3428 Afonso Arinos de Melo Franco ao apreciar o Projeto do Governo n. 1.943, de 1956, sobre a nova lei de
3429 imprensa. Referindo-se a um dispositivo do “famigerado projeto” comparou-o à obtusa e férrea legislação
3430 bragantina e destacou a inconstitucionalidade da suspensão do
3431 jornal por prazos variáveis assim como a lei de Dom João VI fazia suspender a publicação
3432 até as necessárias correções introduzidas pelo censor (Pela Liberdade de Imprensa, Livraria José Olympio
3433 Editora, Rio de Janeiro, 1957, p. 121). 9. É compreensível que a sucessão histórica do contraste entre a
3434 declaração de liberdade e a institucionalização da censura, produzisse nos espíritos mais prevenidos a
3435 natural resistência contra as chamadas leis de imprensa. Não é estranhável, portanto, essa compreensão
3436 do problema, se reconhecermos que a história da lei de imprensa em nosso País é a história da censura
3437 oficial. Esta conclusão torna-se mais óbvia quando se constata a grande intimidade entre
3438 a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e as leis que cuidam das infrações
3439 políticas. Leis de imprensa e leis de segurança nacional foram concebidas e utilizadas como vasos
3440 comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado. Daí, então, a
3441 compreensível oposição à existência de uma lei especial para tornar efetiva a liberdade de informação e
3442 assegurar a sua prática, além de criminalizar aquelas condutas que se opõem a este bem jurídico. A Lei
3443 5.250, de 1967, não destoa dessa tendência repressiva do Estado brasileiro em relação à liberdade de

3444 imprensa. A atual Lei de Imprensa, não se pode negar, é, como afirma o Ministro Carlos Britto, “servil do
 3445 regime de exceção”; ela, de fato, está impregnada de um espírito autoritário. É preciso ponderar, por
 3446 outro lado, que a Lei 5.250/1967 há muito vem sendo objeto de depuração por parte de juízes e tribunais
 3447 e a maioria de seus dispositivos de cunho autoritário não têm recebido aplicação nos casos concretos.
 3448 Destaca-se, nesse sentido, editorial publicado na *Folha de São Paulo* em 30 de março de 2008, com a
 3449 seguinte passagem: A Lei de Imprensa deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no
 3450 Brasil. Criada por uma ditadura, seu objetivo central era controlar a informação pela coação legal, imposta
 3451 a veículos e profissionais. Nem todos os 33 artigos do código de 1967, entretanto, correspondiam a
 3452 pressupostos de tutela. Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa passaram a ser ignorados nos
 3453 Tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma hoje propicia alguma segurança
 3454 jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais. Atestada a exigência
 3455 constitucional de uma lei específica para regular o tema da liberdade de imprensa, so resta concluir que,
 3456 enquanto não for editada uma nova lei sobre o assunto – existem diversos projetos de lei em tramitação
 3457 no Congresso, entre os quais o de maior importância e o de número 3.232, de 1992 –, a Lei 5.250/1967
 3458 continua sendo uma garantia da própria liberdade de imprensa e de direitos fundamentais como a honra,
 3459 a imagem, a privacidade e a própria dignidade. Em face do poder e do abuso do poder da imprensa, e
 3460 inegável que a lei, ao dispor sobre normas de organização e procedimento para o exercício do direito de
 3461 resposta, por exemplo, constitui uma garantia do indivíduo e dos próprios meios de comunicação contra o
 3462 poder e o abuso do poder da imprensa. E o que será analisado nos tópicos seguintes. 3.4 O poder e o
 3463 abuso do poder da imprensa O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de
 3464 imprensa, como antes analisado, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma
 3465 garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político,
 3466 hodiernamente talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder
 3467 estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenbühl quando escreve que “hoje
 3468 não são tanto os meios que tem de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, e o
 3469 Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos meios” (Apud ANDRADE,
 3470 Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*.
 3471 Coimbra: Coimbra, 1996, p. 63). Nesse mesmo sentido são as ponderações de Vital Moreira: No princípio
 3472 a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se
 3473 tratava era de assegurar a *liberdade da imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a
 3474 liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da
 3475 informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de

[JC371] Comentário: 4.1

vista. Mas em breve se revelou que a imprensa era também um *poder social*, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam os interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.

Agora torna-se necessário defender não só a liberdade *da imprensa* mas também a liberdade *face à imprensa*. (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 9.)

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos: Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos económicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável.

O que, se por um lado resulta em ganhos indissociáveis de poder, redundando ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade económica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/ intimidade, palavra ou imagem). (Op. cit., p. 62.) É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da

personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de difícil reparação total. Mais uma vez citem-se as sensatas palavras de Ossenbühl sobre os efeitos perversos e muitas vezes irreversíveis do uso abusivo do poder da imprensa: Numa inextricável mistura de afirmações de fato e de juízos de valor, ele (indivíduo) vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassinio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas consequências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora direta da tortura medieval. Em qualquer dos casos, e irrecusável o seu efeito-de-pelourinho. (Apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 63.)

No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações a honra, a intimidade, a dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante a imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder

3508 social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode
3509 ser danosa a própria liberdade de imprensa. Como bem assevera Manuel da Costa Andrade, “num mundo
3510 cada vez mais dependente da informação e condicionado pela sua circulação, também os eventos
3511 relacionados com a vida da própria imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e
3512 processos de trabalho, etc.) constituem matéria interessante e recorrente de notícia, análise e mesmo
3513 crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem
3514 das pessoas concretamente envolvidas e pertinentes à área da comunicação social” (op. cit., p. 59). Essa
3515 perspectiva de análise não pode ser menosprezada. A garantia dos direitos fundamentais não ocorre
3516 apenas em face do Estado, mas também em relação ao poder privado. A Segunda Turma desta Corte já
3517 teve oportunidade de deixar consignado que “as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente
3518 no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas
3519 físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição
3520 vinculam diretamente não
3521 apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos
3522 poderes privados” (RE 201.819/RJ, Rel. p/ o ac. Ministro Gilmar Mendes). Portanto, no debate a respeito
3523 da garantia da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, as discussões não podem ser
3524 restritas à proteção do espaço de liberdade dos meios de comunicação contra o Estado. Nos dizeres de
3525 Manuel da Costa Andrade, é preciso “uma redefinição do paradigma de proteção constitucional da
3526 liberdade de imprensa: uma proteção atenta não só às ameaças que vêm do lado do poder político, mas
3527 também às que sopram do lado do *private power*” (op. cit., p. 64). Nos infindáveis debates que se
3528 produziram, tanto no direito comparado como no Brasil, a respeito da denominada *Drittwirkung der*
3529 *Grundrechte* (eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais), parece haver certo consenso sobre o
3530 papel primordial do legislador na devida equação dos conflitos entre direitos nas relações privadas. A lei,
3531 nesse ponto, cumpre o fundamental papel de proteção da liberdade de imprensa em seu duplo significado,
3532 como direito subjetivo e como princípio objetivo ou garantia institucional. Assegura o exercício da
3533 liberdade de imprensa não só contra Estado, mas também em face da própria imprensa. É tarefa da lei,
3534 acima de tudo, proteger o indivíduo contra o abuso do poder da imprensa. São muitos os casos
3535 conhecidos que podem ser qualificados como exercício abusivo do poder da imprensa. No tópico seguinte,
3536 traz-se como exemplo um caso emblemático. 3.4.1 O emblemático caso da Escola de Base Em 28 de
3537 março do ano de 1994, a mídia brasileira divulgou uma série de matérias referentes a um suposto crime
3538 de abuso sexual praticado contra alunos da Escola Base, no bairro da Aclimação, na cidade de São Paulo.
3539 Os acusados eram os donos da escola, Icushiro Shimada e sua esposa, Aparecida Shimada, bem como o

3540 casal de sócios Paula e Maurício Alvarenga e o casal de pais Saulo da Costa Nunes e Mara Cristina França.

3541 O resultado do exame do Instituto Médico Legal (IML) foi inconclusivo, e as lesões encontradas poderiam

3542 ser atribuídas tanto a violência sexual como a problemas intestinais. A investigação sobre o caso foi capaz

3543 de afastar todas as suspeitas. Se os veículos da mídia não explicitavam sua parcialidade, ao menos

3544 produziam manchetes sensacionalistas que colaboraram para a execração pública dos donos e sócios da

3545 escola. A matéria do dia 31 de março do *Jornal Nacional* sugeriu o provável consumo de drogas durante

3546 supostas orgias, bem como a possibilidade de contágio com o vírus HIV. O jornal *Notícias Populares*, hoje

3547 extinto, trazia manchetes sensacionalistas como “Kombi era motel na escolinha do sexo” e “exame procura

3548 a AIDS nos alunos da escolinha do sexo”. No caso da *Veja*, em 6 de abril de 1994, foi publicada uma

3549 matéria com o título “Uma escola de horrores”. Na edição do dia 13 de abril, foi publicada matéria sobre

3550 abusos sexuais contra crianças, com a seguinte referência ao caso: “Joseane, sozinha, remoía as cenas

3551 que vira hora antes na televisão sobre o caso

3552 paulista da Escola Base, palco de orgias sexuais envolvendo alunos de 4 anos de idade”. A divulgação das

3553 informações das denúncias provocou saques à escola e depredação de suas instalações. Na época, houve

3554 a prisão preventiva dos donos da escola, que posteriormente foram libertados. Os donos faliram e foram

3555 ameaçados de morte por telefonemas anônimos. O inquérito, ao final, foi arquivado por falta de provas.

3556 Alguns veículos da imprensa, como a revista *Veja*, a *Folha da Tarde*, a *Folha de São Paulo*, o *Estado de*

3557 *São Paulo* e a *Rede Globo*, publicaram matérias desculpando-se pelos erros cometidos e divulgaram

3558 entrevistas com os inocentados. Entretanto, apesar do juízo de retratação, nenhum deles esclareceu

3559 perfeitamente o ocorrido. Foram propostas várias ações de indenização contra os veículos de comunicação

3560 que publicaram as reportagens. O processo contra a Editora Abril S.A., que edita a revista *Veja*, foi julgado

3561 procedente, condenando a editora a pagar R\$ 250 mil a cada um dos autores. Também foi julgado

3562 procedente o processo contra a Empresa Folha da Manhã S.A. – que edita a *Folha de São Paulo* e era

3563 responsável ainda pela *Folha da Tarde* e pelo *Notícias Populares* –, condenada a pagar 1.500 salários

3564 mínimos, ou seja, R\$ 360 mil a cada um dos três autores. O jornalista Alex Ribeiro realizou pesquisa

3565 aprofundada, na qual ouviu todas as pessoas envolvidas no caso, exceto as mães que fizeram as

3566 denúncias, que se recusaram a falar. A pesquisa resultou na publicação do livro *O caso Escola Base: os*

3567 *abusos da imprensa*. O autor assim descreveu a atuação da imprensa durante a investigação do caso: Os

3568 jornais, portanto, aceitavam publicar qualquer denúncia, mesmo de pessoas não identificadas. A imprensa

3569 não era mais movida pelo *animus narrandi*, ou intenção de narra. O que estava mais do que presente era

3570 o *animus denunciandi*, ou compulsão por denunciar. Essa prática é chamada também de “denuncismo”.

3571 Em *O Estado de S. Paulo*, a matéria aparece sem crédito: [...] *A mulher (mãe de R.) contou ter recebido*

3572 *um folheto de uma outra escola. Ao ver o papel, seu filho perguntou o que era aquilo, e, ao responder, o*
 3573 *menino indagou: "Será que esta escola dá aula de educação especial como a minha?" A mãe quis saber*
 3574 *como era a aula. R. respondeu que uma professora, de nome Célia, o obrigou a tirar a roupa, tocou nele,*
 3575 *enquanto o beijava. Ele contou que um "tio" ajudou na aula. Marcelo Godoy, da Folha de S. Paulo, trazia*
 3576 *outros detalhes: [...] A mãe perguntou para o filho (C.) que aulas eram essas. O menino disse: "a tia Célia*
 3577 *pegava meu pipi e beijava e dizia que era para ele ficar grande como o do tio". Mais uma vez, o que os*
 3578 *jornalistas publicaram nunca se confirmaria no inquérito policial. E novamente os leitores ficaram sem*
 3579 *nenhuma satisfação posterior. A cobertura na mídia impressa começava a entrar no ritmo sensacionalista*
 3580 *da televisão. A manchete da Folha da Tarde de quinta-feira já aceitava denúncias como fatos verdadeiros:*
 3581 *"Perua escolar carregava crianças para orgia". (...) Nos primeiros dias de abril, circulou Clipping do*
 3582 *Estadão, tablóide com o resumo das principais notícias de cada mês. Em papel de boa qualidade, feito*
 3583 *para colecionar, o suplemento assumia as denúncias como fatos verdadeiros: "Crianças sofrem abuso na*
 3584 *escola". A matéria dispensava o verbo no futuro do pretérito: [...] Os donos da escola usavam a Kombi da*
 3585 *própria escola para levar alunos de 4 a 6 anos a um local onde eles presenciavam relações sexuais e eram*
 3586 *fotografados e filmados.*⁴ Alex Ribeiro destaca, ainda, reportagem da Rede Globo na qual se evidencia
 3587 *ofensa aos acusados, bem como a incriminação deles: Repórter: [...] mas a covardia dos criminosos pode*
 3588 *ter sido ainda maior. Os exames vão revelar se há vestígio de algum tipo de tóxico na urina do garoto. A*
 3589 *suspeita de que eles possam ter ingerido drogas partiu dos próprios pais, assustados com a mudança de*
 3590 *comportamento dos filhos.*⁵ No último capítulo do livro, o jornalista conclui:
 3591 *O exemplo da Escola Base prova que a simples retratação não corrige danos morais causados pela*
 3592 *publicação de informações incorretas. São, conseqüentemente, prejuízos irreversíveis. Por isso, o episódio*
 3593 *virou objeto de reflexão entre jornalistas experientes e teóricos em comunicação. (...) Eugênio Bucci, no*
 3594 *artigo "Imprensa promoveu guerra santa", publicado em O Estado de S. Paulo, assinala que a televisão e*
 3595 *os meios de comunicação são responsáveis diretos pelos estragos, pois potenciaram a reação moralista e*
 3596 *glorificaram a condenação precipitada. Segundo Bucci, a mídia mobilizou os telespectadores para um*
 3597 *linchamento moral, uma guerra santa contra os "depravados". "Quando se divulgaram as conclusões do*
 3598 *inquérito, alguns telejornais se lamentaram pela cobertura imprópria que toda a história mereceu",*
 3599 *destaca Bucci, que prossegue: "Tarde demais. A violência está consumada. Não contra os alunos, mas*
 3600 *contra os acusados."* O Estado de S. Paulo abriu espaço para outros artigos, como "Assassinato pela
 3601 *mídia", de Carlos Alberto Di Franco, chefe do Departamento de Jornalismo e professor titular de Ética*
 3602 *Jornalística da Faculdade Cásper Líbero. "Mesmo que a imprensa, num formidável esforço de reparação,*
 3603 *conseguisse limpar o entulho esparramado pelos corredores a Escola Base, a reputação dos protagonistas*

3604 *já teria sofrido um abalo irreparável*", alerta Di Franco. "Há uma evidente desproporção entre o impacto
3605 da notícia falsa e a pálida força de retificação."6 Em seguida, Alex Ribeiro analisa a atividade jornalística
3606 em geral no Brasil:

3607 O que cabe verificar, entretanto, é se o jornalismo, tal qual é praticado hoje, permitiria o exercício regular
3608 e cotidiano desta severa apuração de denúncias. A atividade tornou-se extremamente competitiva,
3609 acirrando a concorrência entre os diversos órgãos de imprensa. Por um lado, isso é bastante positivo:
3610 repórteres das mais recentes gerações revelaram-se implacáveis na investigação de escândalos de todos
3611 os tipos; colaboraram, de forma significativa, para consolidação da democracia. Por outro lado, entretanto,
3612 a nova praxe jornalística revela-se por demais perigosa: a imprensa atravessa o limite sensível que separa
3613 a competitividade da agressividade e muitas vezes transforma suposições ou indícios em verdades
3614 absolutas. Há risco de que, no lugar do espírito crítico, estabeleça-se

3615 o jornalismo critiqueiro – no qual todas as denúncias, mesmo sem fundamentação, acabam encontrando
3616 vazão. Essa praxe vem se tornando conhecida como "denuncismo".7 Em suma, um típico caso de abuso
3617 do poder da imprensa. 3.4.2 O direito de resposta É fácil perceber que entre o indivíduo e os meios de

3618 comunicação há uma patente *desigualdade de armas*. Nesse sentido são as considerações de Manuel da
3619 Costa Andrade: *Noutra perspectiva não pode desatender-se a manifesta e desproporcionada desigualdade*

3620 *de armas entre a comunicação social e a pessoa eventualmente ferida na sua dignidade pessoal, sempre*
3621 *colocada numa situação de desvantagem.* Também é este um dos sintomas da complexidade que as

3622 transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social em geral, como no sistema da
3623 comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar. Os meios de comunicação social, sobretudo
3624 os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autônomos,
3625 obedecendo a "políticas" próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as "irritações" do ambiente,
3626 designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo. Nesta linha e a este propósito, Gadamer fala
3627 mesmo de "violência" sobre a pessoa. A violência de uma opinião pública administrada pela "política" da
3628 comunicação de massas e atualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se
3629 nem, minimamente, condicionar. A informação – explicita o autor – já não é direta mas mediatizada e não
3630 veiculada através

3631 da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão seletivo: através da imprensa, da rádio, da
3632 televisão. Certamente, todos estes órgãos estão controlados nos estados democráticos através da opinião
3633 pública. Mas sabemos também como a pressão objetiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a
3634 possibilidade dos controles. Com outras palavras: exerce-se violência. Na síntese de Weber: entre o
3635 indivíduo e a imprensa dificilmente pode falar-se de igualdade de armas; aqui é o *ordinary citizen* que

[JC373] Comentário: 1 – A fra
sugere uma idéia que a DH
está dentro, e pode ser
ferida. Nesse momento, ela
DH, é um objeto que
representa o usuário
(Metonímia, 5.3).

3636 aparece invariavelmente como mais fraco e que tudo tem de esperar da proteção dos tribunais. A sua
 3637 honra é por assim dizer sacrificada no altar da discussão política, isto é, socializada. (Op. cit., p. 64-65.)
 3638 Nesse contexto de total subordinação do indivíduo ao poder privado dos *mass media*, o direito de resposta
 3639 constitui uma garantia fundamental e, como ensina Vital Moreira, “um meio de compensar o desequilíbrio
 3640 natural entre os titulares dos meios de informação – que dispõem de uma posição de força – e o cidadão
 3641 isolado e inerte perante eles. O direito de resposta – continua o autor – releva justamente da divisão
 3642 entre os detentores e os não detentores do poder informativo e visa conferir a estes um meio de defesa
 3643 perante aqueles” (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra, 1994,
 3644 p. 10). O direito de resposta, também previsto na grande maioria dos países democráticos que
 3645 resguardam a liberdade de imprensa – *derecho de réplica* (Espanha); *droit de réponse* e *droit de*
 3646 *rectification* (França); *diritto di rettifica* (Itália); *Gegendarstellungsrecht* e *Entgegnungsrecht* (Alemanha) –,
 3647 é assegurado a todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada) que sofra agravo
 3648 proveniente de informação (notícia) errônea ou inverídica veiculada por meio da imprensa. Trata-se de
 3649 uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da notícia
 3650 inverídica ou errônea, de forma proporcional ao agravo sofrido, no mesmo meio de comunicação. E o
 3651 princípio da igualdade de armas, portanto, que fundamenta o direito de resposta, no sentido de assegurar
 3652 ao indivíduo meios proporcionais de réplica em face da ofensa veiculada pela imprensa. Como ensina
 3653 Vital Moreira, “a ideia fundamental é a de que a resposta deve receber o mesmo relevo, de forma a atingir
 3654 com a mesma intensidade o mesmo auditório que foi tocado pela notícia originária. Para isso requer-se
 3655 igualdade de tratamento quanto ao tamanho, colocação, dimensão dos caracteres e demais características
 3656 entre a resposta e a notícia originária. Para ser uma verdadeira contranotícia ou contramensagem, a
 3657 resposta tem de ter o mesmo destaque. Não basta que a resposta seja publicada. É necessário que o seja
 3658 em paridade de condições com o texto que a motivou” (op. cit., p. 41). O direito de resposta, assegurado
 3659 pelo art. 5º, inciso V, da Constituição de 1988, é previsto pela Convenção Americana de Direitos
 3660 Humanos, nos seguintes termos: “Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas
 3661 em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral
 3662 tem direito de fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, *nas condições que*
 3663 *estabeleça a lei*” (ênfases acrescentadas). Como se vê, o direito de resposta é assegurado no plano
 3664 constitucional, mas necessita, no plano infraconstitucional, de normas de organização e procedimento
 3665 para tornar possível o seu efetivo exercício. Vital Moreira nos dá notícia da Resolução (74) 26, de 2 de
 3666 julho de 1974, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que recomendou aos Estados membros a
 3667 adoção de “regras mínimas relativas ao direito de resposta na imprensa, na rádio e na televisão e noutros

meios de comunicacao de carater periodico” (op. cit., p. 59). Nao ha duvida de que a regulamentacao adequada do direito de resposta e um dos temas centrais da Lei de Imprensa. A Lei 5.250/1967 regula o tema do direito de resposta no Capítulo IV, arts. 29 a 36, que possuem a seguinte redação:

Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação. § 1º A resposta ou retificação pode ser formulada: a) pela própria pessoa ou seu representante legal; b) pelo cônjuge, ascendente, descendente e irmão, se o atingido está ausente do País, se a divulgação é contra pessoa morta, ou se a pessoa visada faleceu depois da ofensa recebida, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta. § 2º A resposta, ou retificação, deve ser formulada por escrito, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência do direito. § 3º Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada. Art. 30. O direito de resposta consiste: I – na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais; II – na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou III – a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa. § 1º A resposta ou pedido de retificação deve: a) no caso de jornal ou periódico, ter dimensão igual à do escrito incriminado, garantido o mínimo de 100 (cem) linhas; b) no caso de transmissão por radiodifusão, ocupar tempo igual ao da transmissão incriminada, podendo durar no mínimo um minuto, ainda que aquela tenha sido menor; c) no caso de agência de notícias, ter dimensão igual à da notícia incriminada. § 2º Os limites referidos no parágrafo anterior prevalecerão para cada resposta ou retificação em separado, não podendo ser acumulados. § 3º No caso de jornal, periódico ou agência de notícias, a resposta ou retificação será publicada ou transmitida gratuitamente, cabendo o custo da resposta ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário, se o responsável não é o diretor ou redator-chefe do jornal, nem com ele tenha contrato de trabalho ou se não é gerente ou proprietário da agência de notícias nem com ela, igualmente, mantenha relação de emprego. § 4º Nas transmissões por radiodifusão, se o responsável pela transmissão incriminada não é o diretor ou proprietário da empresa permissionária, nem com esta tem contrato de trabalho, de publicidade ou de produção de programa, o custo da resposta cabe ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário. § 5º Nos casos previstos nos §§ 3º e 4º, as

empresas têm ação executiva para haver o custo de publicação ou transmissão da resposta daquele que é julgado responsável. § 6º Ainda que a responsabilidade de ofensa seja de terceiros, a empresa perde o direito de reembolso, referido no § 5º, se não transmite a resposta nos prazos fixados no art. 31. § 7º Os limites máximos da resposta ou retificação, referidos no § 1º, podem ser ultrapassados, até o dobro, desde que o ofendido pague o preço da parte excedente às tarifas normais cobradas pela empresa que explora o meio de informação ou divulgação. § 8º A publicação ou transmissão da resposta ou retificação, juntamente com comentários em caráter de réplica, assegura ao ofendido direito a nova resposta. Art. 31. O pedido de resposta ou retificação deve ser atendido: I – dentro de 24 horas, pelo jornal, emissora de radiodifusão ou agência de notícias; II – no primeiro número impresso, no caso de periódico que não seja diário. § 1º No caso de emissora de radiodifusão, se o programa em que foi feita a transmissão incriminada não é diário, a emissora respeitará a exigência de publicação no mesmo programa, se constar do pedido resposta de retificação, e fará a transmissão no primeiro programa após o recebimento do pedido. § 2º Se, de acordo com o art. 30, §§ 3º e 4º, a empresa é a responsável pelo custo da resposta, pode condicionar a publicação ou transmissão à prova de que o ofendido a requereu em juízo, contando-se desta prova os prazos referidos no inciso I e no § 1º. Art. 32. Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido nos prazos referidos no art. 31, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão. § 1º Para esse fim, apresentará um exemplar do escrito incriminado, se for o caso, ou descreverá a transmissão incriminada, bem como o texto da resposta ou retificação, em duas vias dactilografadas, requerendo ao Juiz criminal que ordene ao responsável pelo meio de informação e divulgação a publicação ou transmissão, nos prazos do art. 31. § 2º Tratando-se de emissora de radiodifusão, o ofendido poderá, outrossim, reclamar judicialmente o direito de fazer a retificação ou dar a resposta pessoalmente, dentro de 24 horas, contadas da intimação judicial. § 3º Recebido o pedido de resposta ou retificação, o juiz, dentro de 24 horas, mandará citar o responsável pela empresa que explora meio de informação e divulgação para que, em igual prazo, diga das razões por que não o publicou ou transmitiu. § 4º Nas 24 horas seguintes, o juiz proferirá a sua decisão, tenha o responsável atendido ou não à intimação. § 5º A ordem judicial de publicação ou transmissão será feita sob pena de multa, que poderá ser aumentada pelo juiz até o dobro: a) de Cr\$10.000 (dez mil cruzeiros) por dia de atraso na publicação, nos casos de jornal e agências de notícias, e no de emissora de radiodifusão, se o programa for diário; b) equivalente a Cr\$10.000 (dez mil cruzeiros) por dia de intervalo entre as edições ou programas, no caso de impresso ou programa não diário. § 6º Tratando-se de emissora de radiodifusão, a sentença do juiz decidirá do responsável pelo custo da transmissão e fixará o preço desta. § 7º Da decisão proferida pelo

3732 juiz caberá apelação sem efeito suspensivo. § 8º A recusa ou demora de publicação ou divulgação de
 3733 resposta, quando couber, constitui crime autônomo e sujeita o responsável ao dobro da pena cominada à
 3734 infração. § 9º A resposta cuja divulgação não houver obedecido ao disposto nesta Lei é considerada
 3735 inexistente. Art. 33. Reformada a decisão do juiz em instância superior, a empresa que tiver cumprido a
 3736 ordem judicial de publicação ou transmissão da resposta ou retificação terá ação executiva para haver do
 3737 autor da resposta o custo de sua publicação, de acordo com a tabela de preços para os seus serviços de
 3738 divulgação. Art. 34. Será negada a publicação ou transmissão da resposta ou retificação: I – quando não
 3739 tiver relação com os fatos referidos na publicação ou transmissão a que pretende responder; II – quando
 3740 contiver expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas sobre o jornal, periódico, emissora ou agência
 3741 de notícias em que houve a publicação ou transmissão que lhe deu motivos, assim como sobre os seus
 3742 responsáveis, ou terceiros; III – quando versar sobre atos ou publicações oficiais, exceto se a retificação
 3743 partir de autoridade pública; IV – quando se referir a terceiros, em condições que criem para estes igual
 3744 direito de resposta; V – quando tiver por objeto crítica literária, teatral, artística, científica ou desportiva,
 3745 salvo se esta contiver calúnia, difamação ou injúria. Art. 35. A publicação ou transmissão da resposta ou
 3746 pedido de retificação não prejudicará as ações do ofendido para promover a responsabilidade penal e civil.
 3747 Art. 36. A resposta do acusado ou ofendido será também transcrita ou divulgada em pelo menos um dos
 3748 jornais, periódicos ou veículos de radiodifusão que houverem divulgado a publicação motivadora,
 3749 preferentemente o de maior circulação ou expressão. Nesta hipótese, a despesa correrá por conta do
 3750 órgão responsável pela publicação original, cobrável por via executiva.” Apesar de restringir o direito de
 3751 resposta à hipótese de divulgação, pela imprensa, de *fato inverídico ou errôneo*, excluindo – pelo menos
 3752 textualmente – as *opiniões* (juízos de valor), a Lei 5.250/1967 regula o tem, não se pode negar, de forma
 3753 responsável. Existem, na lei brasileira, normas mínimas de organização e de procedimento para o exercício
 3754 do direito de resposta. Se essas normas forem declaradas como não recepcionadas pela Constituição de
 3755 1988, certamente será instaurado um quadro de extrema insegurança jurídica, que afetará a todos –
 3756 cidadãos e meios de comunicação. Regras mínimas para o exercício do direito de resposta são, não se
 3757 pode negar, uma garantia de segurança jurídica também para os próprios meios de comunicação. A
 3758 proposta, portanto, é de que sejam mantidos tais dispositivos (arts. 29 a 36) da Lei 5.250/1967. 4.
 3759 Conclusões As análises aqui realizadas levam à conclusão de que o texto constitucional de 1988,
 3760 sobretudo em seu art. 220, não apenas legitima, como também exige a intervenção legislativa em tema
 3761 de liberdade de imprensa, com o propósito de efetivar a proteção de outros princípios constitucionais,
 3762 especialmente os direitos à imagem, à honra e à privacidade. É certo que a atual Lei de Imprensa (Lei
 3763 5.250/1967) deve ser substituída por uma nova lei, que seja aberta, na medida do possível, à

3764 autorregulação, fixando, dessa forma, princípios gerais e normas instrumentais de organização e
 3765 procedimento. Mas declará-la totalmente não recepcionada pela Constituição de 1988, neste momento,
 3766 poderia configurar um quadro de insegurança jurídica que seria extremamente danoso aos meios de
 3767 comunicação, aos comunicadores e à população em geral. A legislação comum, evidentemente, poderá ser
 3768 aplicada em matéria de responsabilidade civil e penal; as normas de registro civil das empresas de
 3769 comunicação (arts. 8º a 11) já estão disciplinadas pelos arts. 122 a 126 da Lei 6.015/1973 (Lei dos
 3770 Registros Públicos); outros dispositivos são patentemente contrários à Constituição (arts. 51 e 52, 61, 62,
 3771 63 e 64) e outros são inócuos. Mas a ausência de regras mínimas para o exercício efetivo do direito de
 3772 resposta

3773 pode instaurar um grave estado de insegurança jurídica que prejudicará, principalmente, os próprios
 3774 comunicadores. Conclui-se, dessa forma, com fundamento nas considerações acima apresentadas, que
 3775 deve ser mantida a atual Lei de Imprensa na parte em que regulamenta o exercício do direito de resposta,
 3776 especificamente o Capítulo IV, arts. 29 a 36. Assim, o voto é pela declaração de não recepção parcial da
 3777 Lei 5.250, de 1967, mantidos os arts. 29 a 36.

3778 VOTO

3779 (Aditamento)

3780 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Vossa Excelência está lendo julgados da Suprema Corte norte-
 3781 americana? O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, li o texto de Alexander Meiklejohn sobre a
 3782 interpretação da Primeira Emenda (MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: the constitutional powers*
 3783 *of the people*. New York: Oxford University Press, 1965).

3784 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Está certo. É que eu estou conferindo aqui as decisões.

3785 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O texto trata dessa visão republicana ou deliberativa
 3786 democrática da liberdade de imprensa que foi construída em torno da Primeira Emenda à Constituição
 3787 norte-americana, cuja expressão textual também está presente no art. 220 da Constituição brasileira. Essa
 3788 é a discussão que nós estamos colocando. Então, o texto está dizendo: uma lei que trate desse tema (a
 3789 imprensa) não é uma lei estranha ou inconstitucional, por exemplo, quando ela tem o objetivo de reforçar
 3790 a liberdade de imprensa.

3791 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, Vossa Excelência citou Spiegel?

3792 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, o Caso Spiegel.

3793 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Foi a propósito desse caso que a Suprema Corte alemã construiu a
 3794 Doutrina do Efeito Transacional Sinalagmático, e o fez para dizer o seguinte: As normas legais, civis ou
 3795 penais, versantes sobre a defesa da honra devem ser [agora sim] limitadas naqueles pontos onde

3796 manifestem seus efeitos limitadores do direito fundamental [estava cuidando da liberdade de opinião].
3797 (12.113 de 25/1/1961.) É um tema realmente instigante, que suscita muitas interpretações. Essa
3798 precedência que a Corte Constitucional alemã parece estabelecer em favor da imprensa está aqui em
3799 outro julgado que eu colacionei, 7.198, decisão do Tribunal Constitucional Federal, coletânea oficial: O
3800 direito fundamental à livre expressão de pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade
3801 humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes [aí vem uma afirmativa, Ministro
3802 Gilmar, que é muito interessante, muito rica de inferência], ele é, em certo sentido, a base de toda e
3803 qualquer liberdade por excelência.

3804 Ou seja, parece ressair daqui certa precedência em prol da liberdade de manifestação do pensamento
3805 quando veiculada pela imprensa. E o que me causou também um agrado sobremodo foi ver que a Corte
3806 alemã cuida da liberdade de manifestação do pensamento enquanto expressão imediata da personalidade
3807 humana. Aliás, eu disse isso no meu voto sem conhecer essa jurisprudência que vim a conhecer depois.
3808 Bem, em suma, o tema realmente é muito rico de inferências.

3809 O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro, mas Vossa Excelência me permita uma observação?

3810 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim.

3811 O Sr. Ministro Menezes Direito: Talvez isso seja bem necessário agora. Independentemente da conclusão
3812 do voto de Vossa Excelência, da conclusão do julgamento da Corte, eu tenho a sensação de que o que
3813 ficou muito claro foi que a Corte, como disse, aliás, o eminente Ministro Peluso e eu também fiz questão
3814 de acentuar, em nenhum momento assinalou a vedação da atividade legislativa. A fundamentação que a
3815 Corte adotou foi exatamente num outro sentido.

3816 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Há outras fundamentações, essa não é necessária.

3817 O Sr. Ministro Menezes Direito: Que é possível. Tanto o Ministro Marco Aurelio, que deu um voto vencido
3818 em sentido diametralmente oposto, mas em todos os votos o que perpassou foi essa ideia de que não
3819 existe vedação legislativa, mesmo porque a Suprema Corte não pode, num julgamento como este,
3820 simplesmente estabelecer uma vedação da atividade legislativa do Estado. E mais do que isso, o que ficou
3821 acentuado foi que é necessário, sim, o poder de mediação do Estado para resolver esses conflitos, na
3822 evolução do pensamento das jurisprudências estrangeiras e, também, na evolução do pensamento da
3823 jurisprudência brasileira e da doutrina brasileira, de que Vossa Excelência também foi um dos
3824 construtores.

3825 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mas a lei em comento, em julgamento, é, do início ao término,
3826 inconstitucional?

3827 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É porque há outros fundamentos.

3828 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quer dizer, não se salva qualquer preceito dessa lei, muito embora se admita
3829 que o tema possa ser disciplinado. É interessante!

3830 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sim, Ministro Marco Aurélio, por outros fundamentos.

3831 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Surge uma incongruência da própria Corte.

3832 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, não há, não.

3833 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, nós examinamos esta lei.

3834 O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Corte admite a disciplina da matéria mediante lei, mas aponta, como disse,
3835 de cambulhada, que toda a lei é inconstitucional. Por isso acabei vislumbrando que seria inconstitucional
3836 ante a quadra na qual editada.

3837 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Há outros fundamentos, Ministro Marco Aurélio, muitos outros.

3838 O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro Marco Aurelio, Vossa Excelência me permitiria uma observação?
3839 Sem o objetivo de contestação, apenas para explicitar que, pelo menos na minha compreensão e no meu
3840 voto, não existe nenhuma incongruência. Eu o fundamentei adequadamente para chegar à conclusão que
3841 cheguei, o que certamente pode ser em sentido contrário àquele que Vossa Excelência, com tanto brilho,
3842 pôde manter.

3843 O Sr. Ministro Marco Aurélio: E, implicitamente, elogiei-o em meu voto. Não fiz referência expressa e o
3844 faço agora ao bom Direito que é Vossa Excelência!

3845 O Sr. Ministro Menezes Direito: Quanto ao bom Direito, agradeço penhoradamente.

3846 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Todos nós arrolamos muitos outros fundamentos. O Ministro Peluso
3847 inclusive.

3848 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E haveria outras perspectivas, até porque, na jurisprudência da
3849 Corte Constitucional alemã, não há essa hierarquização entre direitos fundamentais. Essa é a premissa
3850 básica, de modo que a ponderação se faz a partir do caso concreto. Nós vamos encontrar – o Ministro
3851 Direito acabou de mencionar no seu voto – o caso Lebach, em que a Corte Constitucional, considerando
3852 uma situação muito peculiar de um presidiário que estava na iminência de obter liberdade condicional e se
3853 via às voltas com o anúncio de um programa de tevê, o qual noticiaria fatos ligados àquele assassinato,
3854 reconhece que era legítimo àquele presidiário obter uma proibição de divulgação sobre a sua situação,
3855 fazendo, portanto, uma ponderação específica, e dizendo: o interesse jornalístico já se fez, já se cumpriu;
3856 agora, um documentário só vai prejudicar a reinserção social desse pobre homem. E então a Corte veda a
3857 divulgação. Vejam, portanto, como é

3858 importante a reflexão sobre esse assunto, a partir de um caso concreto. Quanto à afirmação feita, e agora
3859 já refeita, a meu ver, de que nenhum Estado Democrático teria lei de imprensa, nós sabemos que isso não
3860 corresponde à verdade estrita dos fatos. Há muitos países democráticos, assim considerados, com lei.

3861 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Essa afirmação não está no meu voto.

3862 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, isso foi discutido, inclusive, inicialmente.

3863 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu fiz afirmativa até contrária, hoje, exatamente no levantamento que fiz,
3864 que Estados Democráticos têm.

3865 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Por exemplo, no Canadá, que é democrático, tem lei e imprensa, e
3866 também no Chile, no México, na Espanha, em Portugal.

3867 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E temos vários atos ou formas de atuar.

3868 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A Suécia e Itália também.

3869 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas eu chego ao ponto que, de fato, me preocupa, porque se
3870 afirma, claramente, que há um desequilíbrio – e há muitas vezes – na relação entre a imprensa e o
3871 Estado. Muitas vezes, isso pode ocorrer. Mas há também uma relação de desequilíbrio, muitas vezes,
3872 entre a imprensa e o cidadão; nas mais das vezes é isso que ocorre. O poder da imprensa, hoje, é quase
3873 incomensurável. Nós temos um caso na Alemanha – Günther Wallraff –, desses notáveis jornalistas de
3874 investigação que troca de nome para investigar um grande grupo de mídia. Ele trabalha nesse jornal por
3875 algum tempo – no Bild-Zeitung, um célebre jornal –, para depois divulgar uma obra contra o grupo. Essa
3876 questão se coloca, a da liberdade interna: qual é o limite nesse contexto? E a Corte Constitucional diz: não
3877 se pode praticar essa tamanha deslealdade. Vejam os Senhores, portanto, que há questões relevantes
3878 aqui. Já ficou claro para todos, diante dos vários pronunciamentos, que assume importância
3879 transcendente a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. É a mídia em face da própria
3880 mídia; é a mídia em face do cidadão, mais do que, eventualmente, a relação entre a mídia e o Estado,
3881 foco da nossa abordagem. Eu poderia citar vários e muitíssimos casos relevantes, aqui, da nossa
3882 experiência cotidiana de abusos notórios. Limito-me a mencionar no voto apenas o emblemático caso da
3883 Escola Base. Só recordar. É preciso inclusive apontar que, no caso, havia um conúbio – muito comum
3884 nessas práticas de abuso da imprensa – entre autoridades – no caso, o delegado – e os órgãos de
3885 imprensa. O resultado trágico: houve suicídios, destruição da instituição. É um caso trágico, que nos
3886 envergonha a todos. E mostra, inclusive, a insuficiência dos meios jurídicos contra esse tipo de insânia. Há
3887 necessidade de intervenção do Estado; criação de mecanismos sérios, rápidos, expeditos para não permitir
3888 esse tipo de abuso, porque a ordem constitucional não convive com isso.

3889 Não podemos cair na fórmula acaciana de que há a reparação. Como reparar um dano como esse? Como
3890 buscar reparação patrimonial para esse tipo de abordagem? Que reparação patrimonial é possível num
3891 caso como esse? Quando a legislação teria de proteger, dar direito de resposta imediato, medidas
3892 cautelares prontas, e não mandar essas pessoas para um quadro cível, com ações indenizatórias. Falar
3893 que a intervenção do legislador, aqui, é indevida, parece-me um absurdo completo. Mas chego então à
3894 parte final da minha manifestação escrita: o direito de resposta. Nem preciso dizer – é tão evidente – que
3895 a desigualdade entre a mídia e o indivíduo é patente – a desigualdade de armas de que se cuida. É
3896 evidente, nem é preciso dizer. Se alguém já tentou exercer o direito de resposta sabe o quão difícil é isso.
3897 Muitas vezes, vem a destempo, quando os fatos já caíram no olvido completo; ou tente negociar com o
3898 órgão de mídia o direito de resposta, para correção de fato; não se consegue, tem-se dificuldade. Quando,
3899 às vezes, se consegue uma contemporização, é uma carta de leitor. A importância do direito de resposta
3900 como alçada constitucional, desde 1934, tem que ser enfatizada no plano institucional, com disciplina
3901 adequada, com punição adequada para aqueles que não a garantem.

3902 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ministro, mas na hipótese, no meu voto mesmo deixo
3903 clarissimamente posto que toda matéria que não seja nuclearmente de imprensa, matéria que gravita na
3904 órbita da liberdade de imprensa, mas sem se confundir com a liberdade mesma, toda matéria, assim
3905 periféricamente ou lateralmente de imprensa, pode ser objeto de lei específica, está ressalvado. E, salvo
3906 engano, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, quero crer que da autoria do Senador Romero
3907 Jucá, versando exatamente sobre o direito de resposta.

3908 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Daí eu fazer minhas as indagações do Ministro Marco Aurélio:
3909 por que, então, neste caso, nós não deixamos em vigor as regras dos arts. 29 a 36, a propósito do direito
3910 de resposta, até que sobrevenha uma legislação? Quer dizer, vamos criar um vácuo jurídico numa matéria
3911 dessa sensibilidade. É o único instrumento de defesa do cidadão. É a única forma de equalizar essas
3912 relações minimamente.

3913 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas em rigor não haverá anomia. Há muitas coordenadas saídas da
3914 própria Constituição para assegurar o direito de resposta.

3915 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas qual é a explicação?

3916 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É como o direito à indenização.

3917 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quer dizer, qual é a incompatibilidade do art. 29, a não ser o
3918 fato de ser uma lei que vem desse regime?

3919 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite um aparte?
3920 Primeiramente, Vossa Excelência mesmo está reconhecendo que essa lei é absolutamente insuficiente no

3921 que tange ao direito de resposta; em segundo lugar, há uma tônica que foi comum a todos os
3922 pronunciamentos aqui. É que o inciso V do art. 5º, que regula o direito de resposta proporcional ao
3923 agravo, é autoaplicável. Como ressaltou o eminente Ministro Celso de Mello, o ordenamento jurídico,
3924 notadamente a lei processual, tem instrumentos que garantem, através de medidas cautelares, o direito
3925 de resposta de forma proporcional ao agravo. Portanto, não vejo, *data venia*, a existência de qualquer
3926 lacuna. Com todo respeito.

3927 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O projeto é do Senador Marcelo Crivella, retificando.

3928 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vou ler o art. 5º, inciso V: V – é assegurado o direito de
3929 resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; O texto diz
3930 apenas que é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, tudo o mais dependerá, portanto,
3931 agora não mais de construção legislativa ou de disciplina legislativa, mas dependerá de construção
3932 jurisprudencial. Veja, portanto, quantas questões nós temos a partir do art. 29. Quem pode fazer o pedido
3933 de resposta? Pela própria pessoa, pelo seu representante, pelo cônjuge, ascendente, descendente? Tudo
3934 isso está disciplinado, e nós estamos jogando fora para buscarmos uma construção jurisprudencial. A
3935 resposta ou retificação deve ser formulada por escrito, dentro de que
3936 prazo? Qual será o prazo do art. 5º, inciso V, tirada a lei?

3937 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O juiz determinará.

3938 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Certamente não será mais o de sessenta dias, mas o juiz
3939 decretará qual será. Vinte anos de prescrição do Direito Civil?

3940 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, ou 24 horas, 48 horas, quem sabe?

3941 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vejam os Senhores as dificuldades.

3942 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O direito de resposta é uma construção jurisprudencial.

3943 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu não queria colocá-los, na verdade, todas as dificuldades.

3944 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Tanto nos Estados Unidos como na Alemanha, o direito de resposta
3945 mais e mais ganha os seus contornos por construção jurisprudencial.

3946 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Veja, distingue-se, ainda, o direito de resposta com o exercício
3947 da ação penal ou civil. Agora, qual será a regra? O direito de resposta consiste na publicação da resposta
3948 ou retificação no mesmo jornal, nos caracteres. O que será, qual será a disciplina do juiz? E nós temos
3949 quinze mil juízes, talvez, oito ou dez mil tratando desses temas.

3950 O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E quatro instâncias recursais que, certamente, harmonizarão o tema,
3951 como fizeram com relação à ausência de tariffação no que tange à indenização por dano moral.

3952 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Claro.

3953 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como disse em voto, ter-se-á o critério de plantão, segundo a concepção do
3954 juiz que enfrente a matéria.

3955 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): § 1º A resposta ou pedido de retificação deve:

3956 a) no caso de jornal o periódico [uma das regras] ter dimensão igual à do escrito incriminado, garantido o
3957 mínimo de 100 (cem) linhas; Qual será a regra que o juiz seguirá a partir do desaparecimento dessa
3958 norma? c) no caso de agência de notícias, ter dimensão igual à da notícia incriminada. Os problemas são
3959 enormes e variados a partir desta perspectiva. Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido
3960 (...), o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão. Uma série de medidas a
3961 propósito desse assunto. Vejo com grande dificuldade a supressão dessas regras ou o reconhecimento de
3962 que há alguma incompatibilidade generalizada dessas regras do art. 29

3963 ao art. 36 da lei com a Constituição. E, do ponto de vista de utilidade, nós estamos desequilibrando a
3964 relação, agravando a situação do cidadão, desprotegendo-o ainda mais. Mas ainda vamos aumentar a
3965 perplexidade dos órgãos de mídia, porque eles terão insegurança, também, diante das criações que
3966 certamente virão por parte de todos os juízes competentes. A rigor, essas regras, normas de organização
3967 e procedimento decorrentes do modelo institucional – porque não se trata apenas de um direito subjetivo,
3968 mas de uma garantia institucional –, existiam para proteger o cidadão e os órgãos de mídia. Nós estamos
3969 afirmando que elas não foram recebidas e deferindo ao juiz a possibilidade de fazer essas construções.
3970 Um exemplo, no caso específico do dano moral ou do dano material e dos limites da tarifação, não vem a
3971 pelo, aqui não é adequado, por quê? Porque ali tem de haver, realmente, um juízo concreto. O que fez o
3972 STJ e, depois, o Supremo Tribunal Federal nas duas Turmas? Que aquelas normas – acho que foi um
3973 caso, inclusive, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso – não foram recebidas e que o juiz poderia fixar
3974 critérios outros, além daqueles limites da tarifa. E vamos ser honestos, no caso específico da tarifa, não
3975 podemos dizer, necessariamente, que aquelas tarifas poderiam ser inconstitucionais, mas não qualquer
3976 tarifa, porque nós sabemos, e o Ministro Celso de Mello já o disse bem, que os riscos também da mídia
3977 são enormes neste caso. Nós podemos ter sanções pecuniárias que podem representar, aí sim, uma
3978 ameaça à liberdade de imprensa. Elas podem vir a sucumbir pela opressão financeira a partir de uma
3979 sistemática condenação. Caso recente, envolvendo a *Folha de São Paulo*, faz bem lembrar isso. Então,
3980 aquela regra que foi considerada *in totum* inconstitucional não tinha, necessariamente, um sentido de
3981 afrontar a liberdade da imprensa em toda a sua dimensão, porque ela tinha o sentido de proteger esse
3982 afazer da mídia, tendo em vista os riscos envolvidos na atividade profissional, que é o seu afazer restrito.
3983 Em relação ao direito de resposta, eu gostaria até de fazer mais uma lembrança, uma referência. Vejam
3984 que o nosso modelo – e aqui, talvez pudéssemos até considerar que o modelo comportaria uma

3985 interpretação conforme – é restritivo, porque se limita a exigir o direito de resposta por fato inverídico ou
3986 errôneo. Nós conhecemos, hoje, sistemas mais protetivos. Vejam a posição em Portugal, por exemplo,
3987 que permite também o direito de resposta contra opiniões ofensivas, não apenas contra fato inverídico ou
3988 errôneo. Eu, na verdade, proporia
3989 uma interpretação conforme da disciplina da Lei de Imprensa para dizer que, também aqui, deveríamos
3990 abranger o juízo de valor ofensivo.

3991 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, nesse passo, tenho a impressão de que a inexistência de
3992 norma restritiva é mais favorável aos ofendidos, porque permitirá ao juiz que determine a resposta, ainda
3993 que o caso não seja de nenhuma dessas hipóteses previstas na lei, como a de estar contra opiniões
3994 ofensivas etc.

3995 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Até porque, Ministro Peluso, o próprio Ministro Presidente, em seu voto,
3996 arrola e cita um caso específico de um agravo que, na vigência desta lei supostamente ou na eficácia dela,
3997 não foi capaz de coibir nem de dar resposta. Então, de toda sorte, a circunstância do afastamento formal
3998 dela não altera o quadro.

3999 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Esse é o caso de nos afastarmos ainda mais do texto
4000 constitucional.

4001 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, estou exatamente na linha do Ministro Peluso.

4002 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, este é um caso típico de omissão. Se apontamos a
4003 omissão aqui na disciplina do direito de resposta, é uma omissão de caráter parcial, que tem de ser
4004 colmatada com interpretação de caráter aditivo, e não com uma interpretação de caráter cassatório, como
4005 estamos a fazer. Por isso, estou dizendo que na lei brasileira existem normas mínimas de organização e
4006 procedimento para o exercício do direito de resposta. Claro que aqui ou acolá, como já fizemos,
4007 poderíamos apontar deficiências. Mas, retirar *in totum* a norma, simplesmente dizer que ela também não
4008 foi recebida porque é incompleta, é fazer realmente um juízo heterodoxo, porque, vejam, nós apontamos
4009 déficits, incompletudes, omissões, e aí dizemos que desaparece agora tudo, todo o texto.

4010 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Expressamente.

4011 O Sr. Ministro Cezar Peluso: E há mais uma dificuldade sob esse ponto de vista prático. É que, no sistema
4012 da lei, o direito de resposta compete ao juízo criminal, e a ação de direito à indenização, ao do cível, não
4013 permitindo acumulação. Ao passo que em sistema sem a regulamentação, a competência é do juízo cível
4014 para ambas as pretensões, que podem ser cumuladas e valer-se da antecipação de tutela.

4015 O Sr. Ministro Celso de Mello: Salientei, no voto que proferi nesta sessão plenária, que a edicao de
4016 diploma legislativo, promulgado com o fim específico de disciplinar o exercício do direito de resposta,

embora não se mostre essencial, revela-se, no entanto, útil. Insisto, no entanto, na observação de que a ausência de regramento legislativo, momentânea ou não, não autoriza nem exonera o Juiz, sob pena de transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, do dever de julgar o pedido de resposta, quando formulado por quem se sentir ofendido ou prejudicado por publicação ofensiva ou inverídica. Parece-me relevante assinalar, ainda, Senhor Presidente, tal como deixei registrado em meu voto, que, em situação de “*vacuum legis*”, ainda assim o magistrado podera valer-se, considerado o que dispõe o art. 126 do CPC, de dispositivos outros – tais como aqueles existentes, p. ex., na Lei 9.504/1997 (art. 58 e parágrafos) –, aplicando-os, por analogia, no que couber, ao caso concreto, viabilizando-se, desse modo, o efetivo exercício, pelo interessado, do direito de resposta e/ou de retificação. De qualquer maneira, no entanto, torna-se importante observar, considerada a posição dos que pretendem preservar a regulação normativa do direito de resposta existente na Lei de Imprensa, que, mesmo que mantido o Capítulo IV da Lei 5.250/1967, que disciplina o *direito de resposta* (arts. 29 a 36), ainda assim subsistiriam sérias objeções quanto à constitucionalidade de alguns desses dispositivos, como o § 3o do art. 29, o § 8o do art. 30 e o inciso III do art. 34 de referido diploma legislativo, conforme advertem alguns autores (FREITAS NOBRE, “Comentários a Lei de Imprensa (Lei 5.250, de 9-2-1967)”, p. 226, 4. ed., 1989, Saraiva; LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, “Comentários a Lei e Imprensa”, p. 353/357 e 396/399, 2007, RT, v.g.). Ha, porém, a possibilidade de o Congresso Nacional aprovar proposição legislativa veiculadora da disciplina concernente ao direito de resposta. Parece-me que já há projeto de lei nesse sentido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É do Senador Marcelo Crivella.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Celso de Mello, eu até temo – não quero ser profético, porque confesso que sou um profeta mais ou menos incompetente, em geral acabo por acertar as minhas previsões – que assumamos essa jurisprudência e esse entendimento no sentido da revogação da lei, da não recepção em toda a sua extensão – especialmente em relação ao direito de resposta estou bastante preocupado –, e venhamos a ter dois fenômenos: ou um fenômeno de completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas e eventualmente até exóticas nesse campo – e podemos vir a ter uma sobrecarga com reclamação, por se tratar de uma decisão com efeito vinculante, e vamos consultar se aquela decisão do juiz é compatível, este é um fenômeno que não exclui nesse cenário; ou venhamos a ter uma outra situação, um caso estranho de ultra-atividade dessa lei que não foi recebida. O juiz, exatamente à falta de parâmetros, vai continuar aplicando o direito de resposta previsto na Lei de Imprensa. O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inspirado na lei ou na jurisprudência dela decorrente!

4049 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Inspirado na lei, por falta de outro critério.

4050 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, enquanto não venha à balha um novo diploma, ter-se-á

4051 de aguardar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Sob o ângulo político-normativo, o tema

4052 não é fácil.

4053 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, porque era o caso de deixar em vigor, até que o

4054 Congresso delibere, apontando mesmo as imperfeições, fazendo as interpretações. Essa é uma

4055 ponderação. Mas já estou, de qualquer forma, quase feliz, diante das múltiplas ressalvas que se fizeram,

4056 que certamente vão se manifestar na lavratura do acórdão e que podem ajudar na interpretação quanto,

4057 por exemplo, à possibilidade de disciplina da matéria por lei, porque, do contrário, poderíamos ter

4058 realmente um quadro de anomia. Eu fiz essa ênfase na proteção do cidadão, mas eu sou, os Senhores

4059 sabem todos, um defensor da liberdade de imprensa, estou preocupado também com a funcionalidade

4060 dos órgãos de imprensa. Estou a dizer que, na verdade, esta é uma abordagem bilateral: de um lado, a

4061 proteção do cidadão; de outro, dos próprios órgãos. Eles podem entrar num aranzel hermenêutico, em

4062 função das múltiplas concepções que podem ser desenvolvidas em torno do direito de resposta. Este,

4063 realmente, talvez aquele que mais toca o cidadão, porque, claro, a matéria criminal pode ter o seu curso,

4064 como já foi afirmado, no Código Penal. Embora haja autores, por exemplo, que justificam até o

4065 tratamento especial do crime de imprensa, tendo em vista o seu singular significado. Mas estou me

4066 posicionando, com as vênias todas de estilo e pedindo escusas pela ênfase, no sentido da preservação

4067 dessas disposições, pelo menos aquelas concernentes ao direito de resposta. Claro, foram observadas

4068 aqui, por exemplo, pela Ministra Ellen Gracie, essas proibições que já estão na Constituição, e que acredito

4069 o fato de se extrair do texto, ou a questão da proibição da propaganda de guerra ou de caráter

4070 discriminatório em geral. Temos leis suficientes para a proibição além do que se extrai do texto

4071 constitucional. Não haveria justificativa apenas por esta razão. Mas me impressiona realmente a

4072 dificuldade quanto ao direito de resposta,

4073 tendo em vista a sua quase que – diria – vitalidade para o cidadão. É a única forma de o indivíduo

4074 comum, a pessoa comum eventualmente equilibrar esta relação ou estabelecer um mínimo de equilíbrio

4075 nesta relação que é já, *ab initio*, uma relação desequilibrada. Daí, portanto, eu pedir vênias ao Ministro

4076 Carlos Britto e a todos aqueles que se manifestaram no sentido da integralidade da não recepção para,

4077 enfaticamente, fazer esta ponderação, dizendo que, depois especialmente das explicitações e

4078 fundamentos diversos dos votos quanto à posição inicialmente adotada pelo Ministro Carlos Britto, eu me

4079 sinto um tanto quanto confortado, porque, claro, creio que todos os Ministros que votaram não

4080 subscreveram a tese de que não haveria possibilidade de disciplina legal sobre a matéria, pelo que eu

depreendi de todos os pronunciamentos, inclusive do enfático pronunciamento agora trazido pelo Ministro Celso de Mello, a partir do voto, na assentada de hoje, do Ministro Menezes Direito. De modo que eu me sinto assim um pouco confortável em relação a essa preocupação, mas eu não queria deixar de, até por conta de responsabilidade histórica – eu lhes peço desculpa por ter feito estender um pouco mais o julgamento –, mas, tal como já tinha se pronunciado o Ministro Celso de Mello, não se trata de um caso qualquer. Nós, realmente, estamos a decidir um tema de grande sensibilidade para a mídia, para os órgãos de imprensa em geral, para os cidadãos, todos aqueles que, de alguma forma, são afetados, para a democracia. Há uma relação substancial, como nós vimos nessa visão republicana, entre democracia e liberdade de imprensa. Então, por todas essas razões, eu peço escusas por ter me estendido um pouco mais e ter me permitido essas considerações.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu gostaria de deixar clara a minha posição. Ela já foi adiantada, de certo modo, no voto que proferi na liminar. Parece-me que, em matéria cível geral e em matéria penal, a legislação comum deve ser aplicada pelo Judiciário. Em outras palavras, não há necessidade de nova lei para a atuação da liberdade, para a proteção da liberdade de imprensa em concreto e para a proteção dos direitos de cidadão perante a imprensa, e vice-versa. Eu acho que tanto o Código Civil, em relação à responsabilidade civil, quanto o Código Penal, em relação à responsabilidade penal, são suficientes para regular essas matérias, assim como o são outras leis sobre matérias correlatas. O que eu quis dizer no meu voto é que esse será o *status* do regime jurídico da liberdade de imprensa até que e se o Congresso entender deva regulamentar alguns aspectos dessas mesmas matérias. Em outras palavras, se o Congresso o fizer, e desde que o faça em normas compatíveis com a Constituição, não há problema nenhum; se resolver deixar como está, acho que o sistema jurídico também vai atuar de maneira eficiente. E, mais, Senhor Presidente, foi isso que me levou a mudar um pouco a minha posição em relação à liminar. Eu estou fazendo uma aposta – e não quero ser desmentido; quando Vossa Excelência se referiu à responsabilidade histórica, eu me lembrei disso – na sensatez do Poder Judiciário, que pode até, à falta de normas específicas, entre outros temas, sobre o direito de resposta, expedir remédios mais eficazes à defesa do cidadão e, quem sabe, também à liberdade de imprensa, como, aliás, o caso da *Folha* mostra bem, e onde o Poder Judiciário, até agora, segundo se sabe, a tem defendido. Eu não quero entrar em particularidades dos casos concretos, porque não os conheço, mas tudo indica que o Poder Judiciário tem respondido de maneira muito ampla e eficaz em relação à liberdade de imprensa. E quero crer que o Poder Judiciário, doravante, a persistir esse

4112 quadro de regime jurídico, também dará respostas mais eficientes e, quem sabe, curiais em proteção à
 4113 dignidade do cidadão.

4114 ESCLARECIMENTO

4115 O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para que fique bem elucidado e conste das notas
 4116 taquigráficas, sintetizo meu voto. Defronto-me com uma ação de descumprimento de preceito
 4117 fundamental, não com uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação declaratória de
 4118 constitucionalidade, quando, então, teria de partir para a análise de artigo a artigo do diploma atacado.
 4119 Articulou-se que haveria o descumprimento de preceito fundamental quanto à liberdade de expressão.
 4120 Disse que não tenho a nossa imprensa e os nossos veículos de comunicação como cerceados. Já que não
 4121 reconheci a existência do descumprimento de preceito fundamental de forma concreta, cheguei à
 4122 improcedência total dos pedidos. Isso não quer dizer que estou placitando certos artigos da lei. Não, não
 4123 estou placitando, apenas não mesclo objetos: o objeto da arguição de descumprimento de preceito
 4124 fundamental – a pressupor sempre, como está na nomenclatura, descumprimento de preceito
 4125 fundamental – e o objeto das ações a que me
 4126 referi – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, que se fazem
 4127 presentes também mediante processo objetivo – são distintos. Faço esse esclarecimento para que não
 4128 imaginem que endosso, sob o ângulo constitucional, todos os dispositivos da lei, tanto assim que disse já
 4129 haver sido essa lei depurada, nesses mais de quarenta anos de vigência, pelo Judiciário. É uma lei que foi
 4130 expungida no que apresentava conflitos com a Carta da República. Agora, entre a existência desse
 4131 diploma e a inexistência de qualquer regramento, levando inclusive a magistratura nacional a decidir –
 4132 como assentei no voto – de acordo com o critério de plantão, o critério eleito por aquele que personifique
 4133 o Estado, evidentemente fico com as balizas da lei.

4134 VOTO

4135 (Aditamento)

4136 O Sr. Ministro Cezar Peluso: Presidente, o meu voto não tem nada de específico. Acompanho o Relator
 4137 com as ressalvas quanto à fundamentação.

4138 EXPLICAÇÃO

4139 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Julgo parcialmente procedente porque mantenho as regras
 4140 constantes do direito de resposta – tal como eu disse – na lei. Faria, de qualquer forma, à guisa de *obiter*
 4141 *dictum*, uma ampliação do direito de resposta para abranger também a opinião ofensiva, tal como já
 4142 constante hoje de vários ordenamentos, inclusive da legislação de vários países europeus. Tenho a
 4143 impressão, também – encerrando –, que este julgamento, na linha do que ressaltado pelo Ministro Cezar

[JC374] Comentário: 3 –
 Dignidade como pessoa,
 confundindo-se com o Cidadã

4144 Peluso, é um convite à imprensa, aos órgãos de mídia, a fazer um processo responsável de
4145 autorregulação, tal como já ocorre em muitos países.

4146 O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O paradigma é a Inglaterra.

4147 O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De modo a dar um mínimo de segurança e aplicação, sem
4148 prejuízo do pronunciamento que o Congresso Nacional, de forma tópica ou geral, venha a assumir na
4149 matéria.

4150 VOTO

4151 A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. Quando, numa ação como a presente, se põe em foco a validade e a
4152 eficácia, ou não, de normas do período autoritário, que acanham a liberdade de imprensa, penso bem
4153 começar o meu voto tomando de empréstimo palavras de Ruy Barbosa, ao afirmar, no Senado Federal,
4154 em 11 de novembro de 1914, que, "se não estou entre os mais valentes dos seus advogados, estou entre
4155 os mais sinceros e os mais francos, os mais leais e desinteressados, os mais refletidos e mais radicais. Sou
4156 pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os
4157 de direito comum, os do Código Penal e os da Constituição em vigor. A Constituição imperial não a queria
4158 menos livre; e, se o Império não se temeu dessa liberdade, vergonha será que a República a não tolere.

4159 Mas, extremado adepto, como sou, da liberdade, sem outras restrições para a imprensa, nunca me senti
4160 mais honrado que agora em estar ao seu lado; porque nunca a vi mais digna, mais valorosa, mais útil,

[JC375] Comentário: 4.3

4161 nunca a encontrei mais cheia de inteligência, de espírito e de civismo; nunca lhe senti melhor a
4162 importância, os benefícios e a necessidade. A ela exclusivamente se deve o não ser hoje o Brasil, em toda
4163 a sua extensão, um vasto charco de lama" (*Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Aguillar, 1997, p.
4164 722). 2. A presente ação põe como necessária "a manifestação deste Supremo Tribunal Federal (i) para
4165 escoimá-la (*a Lei 5.250/1967*) de alguns dispositivos conflitantes com a Lei Maior e (ii) para conferir a
4166 outros interpretação com esta compatível, de modo a restabelecer o necessário equilíbrio entre os
4167 mencionados

4168 direitos fundamentais colidentes (...)" (fl.). 3. Fruto de período autoritário, a Lei 5.250/1967 – ela toda
4169 em sua concepção articulada nas normas que a compõem – obedeceu a parâmetros que não mais se
4170 compõem com o sistema constitucional vigente, graças a Deus, agora democrático. As expressões
4171 mesmas que se contêm em seus dispositivos esclarecem o intento de se instituir a inquisição da palavra
4172 escrita e falada como informação publicada. 4. Desde a Constituição Imperial de 1824, a liberdade de
4173 imprensa foi resguardada como matéria fundamental para a organização estatal e garantia

4174 da sociedade. É o que se tem, por exemplo, na lição de Pimenta Bueno, que, ao comentar o art. 179, §
4175 4º, da Constituição do Império, enfatizava que "de todos os meios de comunicação a imprensa é sem

dúvida o mais amplo e poderoso, sobreexcede mesmo a gravura e a litografia. É um instrumento maravilhoso, que leva as ideias ou opiniões a todas as localidades, que as apresenta a todos os olhos, atravessa os Estados, percorre o mundo, consegue o assento de muitos, porque comunica-se com todos, porque põe em movimento o pensar de milhões de homens. É por isso mesmo um instrumento poderoso, cujo uso e liberdade é característica dos povos e governos livres. (...) Enfim, posto que indiretamente, ela concorre com grande força para a liberdade dos homens porque não pode haver escravidão desde que o espírito do povo tem conseguido ilustração; a escravidão só se mantém no assento da ignorância. (...) A liberdade política é assaz preciosa; não é menos do que o direito que tem e deve ter o cidadão de participar, de intervir no governo de seu país, de expor publicamente o que pensa sobre os grandes interesses da sociedade de que ele é membro ativo. É um direito antes político do que natural ou individual, como reconhece o art. 7º, do código criminal (...) A imprensa política é a sentinela da liberdade, é um poder reformador dos abusos e defensor dos direitos individuais e coletivos. Quando bem manejado pelo talento e pela verdade esclarece as questões, prepara a opinião, interessa à razão pública, triunfa necessariamente. É o grande teatro da discussão ilustrada, cujas representações têm mudado a face do mundo político. Encadeá-la ora entronizar o abuso e o despotismo" (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e do Interior, 1958, p. 386). As Constituições brasileiras de 1891 (art. 72, § 12) e de 1934 (art. 113, 9). A Carta de 1937, contudo, alterou aquela orientação constitucional que prevalecia desde o Império brasileiro. E – fiel ao espírito que dominava aqueles tristes tempos de não liberdades – em seu art. 122, inciso 15, passou a expor o tema com cuidado restritivo da liberdade: Art. 122. (...) 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei. A lei pode prescrever: a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação; b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude; c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado. A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios: a) a imprensa exerce uma função de caráter público; b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei; c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação; d) é proibido o anonimato; e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa; f) as máquinas, caracteres e outros objetos

4208 tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou
 4209 indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa,
 4210 excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus
 4211 empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e
 4212 arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;
 4213 g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os
 4214 estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas.
 4215 A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser
 4216 exercida por brasileiros natos; A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 5º, restabeleceu a liberdade de
 4217 manifestação do pensamento (art. 141, § 5º), e com isso resgatou a liberdade de imprensa e o direito do
 4218 cidadão de informar e de ser informado. A Carta de 1967, em seu art. 150, § 8º, manteve a norma
 4219 garantidora da liberdade de manifestação de pensamento, com limites, e foi na esteira desta norma que
 4220 adveio a Lei 5.250, menos de um mês depois da outorga daquele documento constitucional (9-2-1967). 5.
 4221 Na petição inicial da presente ação, tem-se que referência a dispositivos expressos a serem objeto da
 4222 apreciação deste Supremo Tribunal, conquanto também se peça, alternativamente, a declaração de não
 4223 recepção do próprio diploma legal. Os dispositivos enfatizados são os seguintes: 5.1 Arts. 51 e 52 da Lei
 4224 de Imprensa *Art. 51.* A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por
 4225 negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia: I – a 2 salários
 4226 mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato
 4227 verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV). II – a cinco salários mínimos da região, nos casos
 4228 de publicação ou transmissão **que ofenda a dignidade ou decoro de alguém**; III – a 10 salários mínimos
 4229 da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém; IV – a 20 salários mínimos da
 4230 região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos
 4231 em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). Parágrafo único. Consideram-se jornalistas
 4232 profissionais, para os efeitos deste artigo: a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a
 4233 empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão; b)
 4234 os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou
 4235 transmitidos; c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, o editor ou produtor de
 4236 programa e o diretor referido na letra *b*, n. III, do art. 9º, do permissionário ou concessionário de serviço
 4237 de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa. *Art. 52.* A responsabilidade civil da
 4238 empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas

[JC376] Comentário: 3.

no artigo anterior, se resulta de ato culposos de algumas das pessoas referidas no art. 50. Quanto a esses dispositivos, há de se assentar não prevalecerem eles, conforme jurisprudência sobre a matéria que já se pode ter como assentada. O Supremo Tribunal Federal (RE 447.584, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 26-3-2007) e o Superior Tribunal de Justiça (REsp 213.188, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 12-8-2002) já se manifestaram, expressamente, pela não recepção da limitação indenizatória contida na Lei de Imprensa. É esta a ementa do RE 447.584: Indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva a honra e a boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei 5.250/1967. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, *caput* e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. A petição inicial menciona o RE 289.533-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 11-2-2005. Todavia, não me parece seja esse um precedente invocável a sustentar a pretensão na linha daqueles inicialmente citados, pois aqui o que se resolveu foi tão somente questão de cabimento do recurso extraordinário (inviabilidade do recurso extraordinário interposto com base na alínea *b* quando o acórdão recorrido declara a não recepção de normas anteriores à Constituição). Conquanto naquele parágrafo único do art. 51 da Lei de Imprensa se tenha a definição de jornalista profissional, sendo importante tal fixação, por exemplo, para o art. 66 da Lei de Imprensa, que dispõe: "O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades", considero inexistir o risco de se excluir do sistema jurídico dispositivo benéfico aos jornalistas e que lhes garante o pleno exercício do seu dever de informar e não ter de conviver com receio quanto a esse desempenho, porque outros diplomas legais vigentes e não maculados pela eiva de inconstitucionalidade permanecem hígidos no ordenamento. 5.2 Art. 56, na parte final do *caput*, da Lei de Imprensa Art. 56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa. Como o primeiro, esse dispositivo não subsiste conforme o que já assentou a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Foi ele, aliás, o primeiro dispositivo da Lei de Imprensa a ser declarado não recepcionado pela Constituição. Tem-se por pioneiro o julgamento do RE 348.827, Segunda Turma, Rel.

4271 Min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-8-2004. Extrai-se do voto do Relator: Mas o que deve ser tomado em linha de
4272 conta é que a Constituição de 1988 emprestou ao dano moral tratamento especial (CF, art. 5º, V e X)
4273 desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. É o que ressaltou, efetivamente, do
4274 disposto nos citados incisos V e X: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da
4275 indenização por dano material, moral ou à imagem" (inciso V); "são invioláveis a intimidade, a vida
4276 privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral
4277 decorrente de sua violação" (inciso X). Posta a questão nesses termos, considerado o tratamento especial
4278 que a Constituição emprestou à reparação decorrente do dano moral, não seria possível sujeitá-la aos
4279 limites estreitos da lei de imprensa, como bem decidiu, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Carlos
4280 Alberto Menezes Direito, no REsp 52.842 (*DJ* de 27-10-1997): "(...) De todos os modos, entendo que com
4281 a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam
4282 pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade
4283 civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no
4284 artigo 51, a meu juízo, não mais está presente. O regime da lei especial impunha a reparação por danos
4285 morais e materiais em casos de calúnia, difamação e injúria e, ainda, quando a notícia gerasse
4286 desconfiância no sistema bancário ou abalo de crédito de instituições financeiras ou de qualquer empresa,
4287 pessoa física ou jurídica, provocasse sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos
4288 mobiliários no mercado financeiro, ou para obter ou procurar obter, para si ou para outrem, favor,
4289 dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça pública transmissão ou distribuição de
4290 notícias (v. art. 49, I). E as limitações foram escalonadas em dois salários mínimos no caso de publicação
4291 ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, II, IV),
4292 a cinco salários mínimos nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a **dignidade ou decoro de**
4293 **alguém**, a dez salários mínimos nos casos de fato ofensivo à reputação e, finalmente, a 20 salários
4294 mínimos nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos
4295 casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º). O certo é que o sistema da lei de
4296 imprensa compunha no seu tempo um cenário excepcional de condenação por danos morais, daí que
4297 estritamente regulamentado, alcançando casos concretos especificados no art. 49, I, antes mencionados.
4298 A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda,
4299 direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do art. 5º, assegurando o direito de resposta
4300 proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais,
4301 invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à
4302 indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Na verdade, com essa disciplina

[JC377] Comentário: 3.

4303 clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da
4304 violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano
4305 moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se
4306 postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos
4307 privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de
4308 informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial
4309 anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa
4310 realidade é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*, isto é, a
4311 interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal
4312 interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta o 'perigo de a interpretação da Constituição de
4313 acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional' (*Direito Constitucional*, Liv. Almedina, Coimbra,
4314 5. ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no presente caso ao se pôr a Constituição de
4315 1988 na estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela lei de imprensa. Por tais
4316 razões, entendo, desde quando ainda tinha assento na 1ª Câmara Cível, período que aguardo sempre na
4317 melhor das lembranças da minha vida, que a indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é
4318 igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o
4319 meio de informação ou divulgação, mesmo porque a natureza da regra jurídica constitucional é mais
4320 ampla, indo além das estipulações da lei de imprensa. E, sendo assim, preciosa é a lição de Sílvia
4321 Rodrigues, *verbis*: 'Será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a
4322 graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima' (Direito Civil,
4323 Saraiva, S. Paulo, vol. 4, 7. ed., 1983, p. 208/209). (...)'. Se é assim relativamente à tarifação da
4324 indenização, que não deve submeter-se aos limites da lei de imprensa, com muito maior razão não
4325 poderia a ação em que se pede a reparação sujeitar-se ao exíguo prazo do art. 56 daquela lei. Vale
4326 invocar, no ponto, a lição de Darcy de Arruda Miranda ('Comentários à Lei de Imprensa', RT, 3. ed., p.
4327 735) no sentido de que 'a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para
4328 as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, em seu art. 5º, X, que 'são invioláveis a
4329 intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo
4330 dano material ou moral decorrente de sua violação.' No Supremo Tribunal Federal são encontrados,
4331 ainda, os seguintes julgados sobre a mesma matéria: RE 402.287-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos
4332 Velloso, DJ de 26-3-2004; e RE 423.141-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21-10-
4333 2005. 5.3 Paragrafo 3o do art. 57 da Lei de Imprensa Art. 57. (...) § 3º Na contestação, apresentada no
4334 prazo de 5 (cinco) dias, o réu exercerá a exceção da verdade, se for o caso, indicará as provas e

4335 diligências que julgar necessárias e arrolará as testemunhas. A contestação será acompanhada da prova
4336 documental que pretende produzir. O Arguente pede a declaração de não recepção do prazo exíguo de
4337 cinco dias para que o réu apresente contestação. Para tanto, invoca os fundamentos do voto proferido
4338 pelo Desembargador paulista Rodrigues de Carvalho, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento
4339 234.571-4/1 no Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo trecho mais relevante transcrevo: Se regras como a
4340 dos artigos 51 e 52, da “Lei de Imprensa”, que determinam o arbitramento tarifário pelo juiz em
4341 indenização por dano moral, nas hipóteses de culpa, *strictu sensu*, como também o prazo decadencial do
4342 artigo 56, bem como o § 6º do artigo 57, que exigia, como condição para recorrer, o depósito pelo
4343 apelante da quantia igual à importância total da condenação restaram derogadas, não mais incidindo,
4344 claro está que o procedimento previsto no § 3º, do artigo 57, mormente no que diz respeito ao prazo para
4345 contestar, fica também derogado. Quanto às três primeiras hipóteses lembradas, citem-se, aqui, os
4346 seguintes acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça e desta Câmara: (...). Sendo assegurado o direito de
4347 resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material e moral, ou à imagem, ou seja, a
4348 indenização por dano moral proporcional ao agravo, por conseguinte, da forma mais ampla possível, claro
4349 está que ao réu da ação deve-se também assegurar, ainda por força constitucional, o contraditório e a
4350 ampla defesa, também proporcional ao agravo que se lhe atribui. É que se há de ter em vista o
4351 tratamento igual às partes. Daí por que dever-se valer do procedimento comum em sua inteireza, não
4352 havendo motivo a restringir-se o prazo de defesa. Portanto, pode-se valer o autor, dependendo do valor
4353 da causa, tanto do procedimento ordinário, como do procedimento sumário. E pode, também, valer-se,
4354 ainda, do procedimento previsto para os Juizados Especiais Cíveis. Em resumo, se a Constituição Federal
4355 permitiu maior amplitude ao direito de resposta do ofendido, quanto ao dano moral exigível inclusive, não
4356 se projeta justo restringir ao réu da ação – que merece ter consignado em seu favor a ampla defesa, aqui,
4357 mais que nunca, como corolário lógico do *due process of law* –, não se lhe ampliando, também, seu
4358 direito de resposta, posto que prazo processual. Quando se amplia o direito de ação, tem de se ampliar,
4359 também, o direito de defesa, neste sentido, indubitavelmente, o prazo para apresentá-la. Indubitoso que
4360 esses fundamentos são fortes o bastante para se declarar a não recepção do prazo exíguo de cinco dias.
4361 De se ressaltar, ainda, assentar-se contrariedade ao princípio da isonomia. Se, eventualmente, um
4362 jornalista é caluniado por um cidadão comum, este terá prazo de quinze dias para contestar numa ação
4363 proposta pelo jornalista, enquanto este terá apenas cinco se se tratar de situação inversa. O prazo para
4364 contestar, portanto, deveria ser o mesmo previsto no Código de Processo Civil. 5.4 Paragrafo 6o do art. 57
4365 da Lei de Imprensa Art. 57. (...) § 6º Da sentença do Juiz caberá apelação, a qual somente será admitida
4366 mediante comprovação do depósito, pela apelante, de quantia igual à importância total da condenação.

4367 Com a petição de interposição do recurso o apelante pedirá expedição de guia para o depósito, sendo a
4368 apelação julgada deserta se, no prazo de sua interposição, não for comprovado o depósito. Além das
4369 mesmas razões apresentadas no item anterior (aplicáveis, também, ao § 6º do art. 57), há ainda uma
4370 série de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, invocados pelo Autor. São eles: REsp 724.261-AgR,
4371 Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 30-8-2007; REsp 241.774, Quarta Turma, Rel. Min.
4372 César Asfor Rocha, *DJ* de 10-3-2003; REsp 335.682-AgR, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de
4373 11-3-2002; REsp 168.667-ED-ED, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 16-11-1999; REsp
4374 828.107, Terceira Turma, Rel. Min. Gomes de Barros, *DJ* de 25-9-2006. Os mesmos fundamentos valem
4375 para a exigência de depósito para a interposição de apelação a contrariedade ao princípio da isonomia,
4376 posto que na situação inversa não se exige o depósito recursal. 5.5 Art. 60, § 1º e § 2º, e art. 63 da Lei
4377 de Imprensa Art. 60. Têm livre entrada no Brasil os jornais, periódicos, livros e outros quaisquer impressos
4378 que se publicarem no estrangeiro. § 1º O disposto neste artigo não se aplica aos impressos que
4379 contiverem algumas das infrações previstas nos arts. 15 e 16, os quais poderão ter a sua entrada proibida
4380 no País, por período de até dois anos, mediante portaria do Juiz de Direito ou do Ministro da Justiça e
4381 Negócios Interiores, aplicando-se neste caso os parágrafos do art. 63. § 2º Aquele que vender, expuser à
4382 venda ou distribuir jornais periódicos, livros ou impressos cuja entrada no País tenha sido proibida na
4383 forma do parágrafo anterior, além da perda dos mesmos, incorrerá em multa de até Cr\$10.000 por
4384 exemplar apreendido, a qual será imposta pelo juiz competente, à vista do auto de apreensão. Antes da
4385 decisão, ouvirá o juiz o acusado, no prazo de 48 horas. Art. 63. Nos casos dos incisos I e II do art. 61,
4386 quando a situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser determinada, independentemente de
4387 mandado judicial, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores. O Autor invoca a decisão do Ministro
4388 Carlos Velloso que deferiu liminar no MS 214, *DJ* de 2-10-1989 (mandado de segurança contra ato do
4389 então Ministro da Justiça Saulo Ramos, que determinara a apreensão de exemplares do *Pasquim*). Decisão
4390 liminar, o Ministro Carlos Velloso não desenvolveu argumentação extensa sobre o assunto. Entretanto, em
4391 face dos princípios da liberdade de expressão e da garantia do devido processo, a possibilidade de o
4392 Ministro da Justiça determinar a apreensão de materiais nos moldes previstos no dispositivo questionado
4393 parece desarrazoada. Não há dúvida de que a confirmação da decisão proferida no exame da cautelar
4394 haverá de ser feita sem ressalva. 5.6 Paragrafo 2º, primeira parte, do art. 1º da Lei de Imprensa Art. 1º
4395 (...) § 2º O disposto neste artigo não se aplica *a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à*
4396 *censura, na forma da lei*, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura
4397 sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes
4398 aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida. O Autor

4399 alega que “a parte ressaltada contraria frontalmente o disposto no art. 5º, inciso IX, e nos § 2º e § 3º do
4400 art. 220 da Lei Maior, que, em seu conjunto, vedam qualquer espécie de censura a diversões e
4401 espetáculos públicos”. Esse dispositivo é justamente ressalva posta à aplicação da Lei de Imprensa, ou
4402 seja, produz apenas efeitos negativos. Não é a ressalva que contrariaria os dispositivos constitucionais
4403 invocados, mas a lei que eventualmente fosse criada para censurar os espetáculos e diversões públicas.
4404 5.7 Arts. 3o, 4o, 5o, 6o e 65 da Lei de Imprensa Art. 3º É vedada a propriedade de empresas jornalísticas,
4405 sejam políticas ou simplesmente noticiosas, a estrangeiros e a sociedade por ações ao portador. § 1º Nem
4406 estrangeiros nem pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos nacionais, poderão ser sócios ou
4407 particular de sociedades proprietárias de empresas jornalísticas, nem exercer sobre elas qualquer tipo de
4408 controle direto ou indireto. § 2º A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das
4409 empresas jornalísticas caberão, exclusivamente, a brasileiros natos, sendo rigorosamente vedada qualquer
4410 modalidade de contrato de assistência técnica com empresas ou organizações estrangeiras, que lhes
4411 faculte, sob qualquer pretexto ou maneira, ter participação direta, indireta ou sub-reptícia, por intermédio
4412 de prepostos ou empregados, na administração e na orientação da empresa jornalística. § 3º A sociedade
4413 que explorar empresas jornalísticas poderá ter forma civil ou comercial, respeitadas as restrições
4414 constitucionais e legais relativas à sua propriedade e direção. § 4º São empresas jornalísticas, para os fins
4415 da presente Lei, aquelas que editarem jornais, revistas ou outros periódicos. Equiparam-se às empresas
4416 jornalísticas, para fins de responsabilidade civil e penal, aquelas que explorarem serviços de radiodifusão e
4417 televisão, agenciamento de notícias, e as empresas cinematográficas. § 5º Qualquer pessoa que
4418 emprestar seu nome ou servir de instrumento para violação do disposto nos parágrafos anteriores ou que
4419 emprestar seu nome para se
4420 ocultar o verdadeiro proprietário, sócio, responsável ou orientador intelectual ou administrativo das
4421 empresas jornalísticas, será punida com a pena de 1 a 3 anos de detenção e multa de 10 a 100 salários-
4422 mínimos vigorantes na Capital do País. § 6º As mesmas penas serão aplicadas àquele em proveito de
4423 quem reverter a simulação ou que a houver determinado ou promovido. § 7º Estão excluídas do disposto
4424 nos §§ 1º e 2º deste artigo as publicações científicas, técnicas, culturais e artísticas. Art. 4º Caberá
4425 exclusivamente a brasileiros natos a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dos
4426 serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas, transmitidos pelas empresas de
4427 radiodifusão. § 1º É vedado às empresas de radiodifusão manter contratos de assistência técnica com
4428 empresas ou organizações estrangeiras, quer a respeito de administração, quer de orientação, sendo
4429 rigorosamente proibido que estas, por qualquer forma ou modalidade, pretexto ou expediente,
4430 mantenham ou nomeiem servidores ou técnicos que, de forma direta ou indireta, tenham intervenção ou

4431 conhecimento da vida administrativa ou da orientação da empresa de radiodifusão. § 2º A vedação do
4432 parágrafo anterior não alcança a parte estritamente técnica ou artística da programação e do
4433 aparelhamento da empresa. Art. 5º As proibições a que se referem o § 2º do art. 3º e o § 1º do artigo 4º
4434 não se aplicam aos casos de contrato de assistência técnica, com empresa ou organização estrangeira,
4435 não superior a seis meses e exclusivamente referente à fase de instalação e início de funcionamento de
4436 equipamento, máquinas e aparelhamento técnicos. Art. 6º Depende de prévia aprovação do *Contel*
4437 qualquer contrato que uma empresa de radiodifusão pretenda fazer com empresa ou organização
4438 estrangeira, que possa, de qualquer forma, ferir o espírito das disposições dos artigos 3º e 4º, sendo
4439 também proibidas quaisquer modalidades contratuais que de maneira direta ou indireta assegurem a
4440 empresas ou organizações estrangeiras participação nos lucros brutos ou líquidos das empresas
4441 jornalísticas ou de radiodifusão. (...) Art. 65. As empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no País não
4442 poderão distribuir notícias nacionais em qualquer parte do território brasileiro, sob pena de cancelamento
4443 da autorização por ato do Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Afirmo o Autor da arguição que tais
4444 dispositivos seriam incompatíveis com o art. 222 da Constituição da República, o qual passou a disciplinar
4445 o tema por completo. Tem razão, também neste ponto, o Autor. O art. 222 da Constituição brasileira
4446 dispõe: Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer
4447 forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º
4448 Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação
4449 jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e
4450 XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei
4451 federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a
4452 natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se
4453 mostre inadequada; II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de
4454 se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221,
4455 bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio
4456 ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e
4457 terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre
4458 que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Em que pese se ter no § 4º do
4459 art. 3º da lei questionada uma norma contenedora de definição, não gerar maiores dificuldades a
4460 suspensão de seus efeitos, pois a parte suspensa do documento legal tornaria despicando tal conteúdo. O
4461 argumento do Autor de que os dispositivos questionados, além de não recepcionados pela Constituição,
4462 teriam sido revogados pela Lei 10.610/2002, não parece possível de ser examinada na via eleita pelo

4463 Autor, por se ater a questão relativa à revogação de uma lei infraconstitucional por outra. Mas deixo de
 4464 tecer maiores considerações sobre o ponto, uma vez que a constatação de não recepção dos dispositivos
 4465 pelo art. 222 da Constituição da República é suficiente para confirmar o entendimento sobre a matéria
 4466 expedido em sede de cautelar. 5.8 Arts. 20, § 1º e § 2º; 21 e 22 da Lei de Imprensa Art. 20. Caluniar
 4467 alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três)
 4468 anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários mínimos da região. § 1º Na mesma pena incorre quem,
 4469 sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa. § 2º Admite-se a prova da
 4470 verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença
 4471 irreversível. (...) Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena: Detenção,
 4472 de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários mínimos da região. § 1º A
 4473 exceção da verdade somente se admite: a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão
 4474 das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública; b) se o ofendido
 4475 permite a prova. § 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por
 4476 interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em
 4477 virtude dele. Art. 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a **dignidade ou decoro**:
 4478 Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos da região.
 4479 Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena: a) quando o ofendido, de forma reprovável,
 4480 provocou diretamente a injúria; b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. O Autor
 4481 sustenta que a previsão de penas mais graves para crimes que também estão previstos no Código Penal
 4482 apenas pelo fato de serem praticados pela Imprensa "causa grave desproporcionalidade entre os
 4483 princípios que tratam do sistema de liberdade de comunicação". Afirma ser "(...) preciso manter o delicado
 4484 equilíbrio entre a liberdade de informação jornalística e os direitos de personalidade. Ocorre que, segundo
 4485 a redação atual da Lei de Imprensa, a indenização pelo ilícito civil (danos morais e materiais) é limitada,
 4486 mas, em compensação, as sanções pelos crimes contra a honra são mais severas que as previstas no
 4487 Código Penal". A responsabilidade da imprensa e de seus profissionais há de ser cuidada segundo os
 4488 princípios constitucionais que informam este princípio basilar da convivência democrática e que não pode
 4489 onerar diversamente aqueles que, no desempenho de função que lhes é próprio, haveriam de responder
 4490 segundo as normas válidas em igualdade de condições jurídicas com todos os outros profissionais. É ainda
 4491 de João Barbalho a afirmativa de que "cada uma das liberdades garantidas pelo art. 72 (da Constituição
 4492 brasileira de 1981) a ela está sujeita, ainda mesmo que isto se não repita em cada parágrafo. É a
 4493 consagração do respeito ao direito alheio, da responsabilidade civil e criminal, pelas ofensas e danos que
 4494 se lhe façam. (...) Mas a respeito do exercício da imprensa conhecem-se dois sistemas de regulá-lo, um

[JC378] Comentário: 3.

4495 por meio de medidas preventivas e de leis repressivas de outro. O primeiro, visando acautelar a sociedade
 4496 quanto a abusos possíveis, torna-se asfixiante, meticuloso, vexatório e leva, na prática, a tolher-se a
 4497 liberdade com receio deles, ou sob pretexto de evitá-los, prejudicando a natural e utilíssima expansão da
 4498 liberdade, tão preciosa de manifestação do pensamento. A Constituição, por maior cautelar, quis proibi-lo
 4499 às legislaturas ordinárias e prescreveu o segundo, único admissível num regime liberal, o que deixa a cada
 4500 um a faculdade de manifestar-se como quiser pela imprensa e por qualquer modo de publicidade, uma
 4501 vez que responda perante os tribunais pelo mau uso que fizer
 4502 dessa faculdade” (op. cit., p. 431). A confirmação da decisão preliminarmente tomada impõe-se no caso,
 4503 de modo a tornar seguro o profissional no exercício de suas funções. 5.9 Art. 20, § 3o, e art. 23 da Lei de
 4504 Imprensa Art. 20. (...)§ 3º Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o
 4505 Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal
 4506 Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos. Art. 23. As
 4507 penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido: I –
 4508 contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro
 4509 do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes
 4510 diplomáticos; II – contra funcionário público, em razão de suas funções; III – contra órgão ou autoridade
 4511 que exerça função de autoridade pública. Quanto ao § 3º do art. 20, não remanesce qualquer dúvida
 4512 quanto à sua não-recepção pela Constituição de 1988 por absoluta incompatibilidade com os princípios
 4513 constitucionais republicanos e democráticos que fundamentam o ordenamento constitucional. Os
 4514 dispositivos constitucionais referentes à liberdade e à responsabilidade firmam a contrariedade daquelas
 4515 normas, que não mais subsistem pelo primado do sistema constitucional. Tem razão o Autor ao afirmar
 4516 que “Os princípios da publicidade (art. 37), do Estado Democrático de Direito, somam-se à liberdade de
 4517 expressão, à plena liberdade de informação jornalística e à vedação de toda e qualquer espécie de
 4518 censura, e conformam novo sistema normativo que não admite a proteção especial de órgãos ou
 4519 autoridades públicas em face da crítica da população e da imprensa. A rigor, se até o cidadão comum é
 4520 passível de ataques à sua honra, imagem e privacidade, *a fortiori* as autoridades constituídas. Não há
 4521 nenhuma justificativa ou razão plausível para que estas mereçam maior tutela jurídica que aquele.” 5.10
 4522 Arts. 61, 62, 63 e 64 da Lei de Imprensa Art. 61. Estão sujeitos à apreensão os impressos que: I –
 4523 contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que
 4524 promoverem incitamento à subversão da ordem política e social. II – ofenderem a moral pública e os bons
 4525 costumes. § 1º A apreensão prevista neste artigo será feita por ordem judicial, a pedido do Ministério
 4526 Público, que o fundamentará e o instruirá com a representação da autoridade, se houver, e o exemplar do

4527 impresso incriminado. § 2º O juiz ouvirá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o responsável
4528 pela publicação ou distribuição do impresso, remetendo-lhe cópia do pedido ou representação. § 3º Findo
4529 esse prazo, com a resposta ou sem ela, serão os autos conclusos e, dentro de vinte e quatro horas, o Juiz
4530 proferirá sentença. § 4º No caso de deferimento de pedido, será expedido um mandado e remetido à
4531 autoridade policial competente, para sua execução. § 5º Da decisão caberá recurso, sem efeito
4532 suspensivo, para o tribunal competente. § 6º Nos casos de impressos que ofendam a moral e os bons
4533 costumes, poderão os Juízes de Menores, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público,
4534 determinar a sua apreensão imediata para impedir sua circulação. Art. 62. No caso de reincidência da
4535 infração prevista no art. 61, inciso II, praticada pelo mesmo jornal ou periódico, pela mesma empresa, ou
4536 por periódicos ou empresas diferentes, mas que tenham o mesmo diretor responsável, o juiz, além da
4537 apreensão regulada no art. 61, poderá determinar a suspensão da impressão, circulação ou distribuição do
4538 jornal ou periódico. § 1º A ordem de suspensão será submetida ao juiz competente, dentro de 48
4539 (quarenta e oito) horas, com a justificação da medida. § 2º Não sendo cumprida pelo responsável a
4540 suspensão determinada pelo juiz, este adotará as medidas necessárias à observância da ordem, inclusive
4541 mediante a apreensão sucessiva das suas edições posteriores, consideradas, para efeitos legais, como
4542 clandestinas. § 3º Se houver recurso e este for provido, será levantada a ordem de suspensão e sustada a
4543 aplicação das medidas adotadas para assegurá-la. § 4º Transitada em julgado a sentença, serão
4544 observadas as seguintes normas: a) reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos que justificam a
4545 suspensão, serão extintos os registros da marca comercial e de denominação da empresa editora e do
4546 jornal ou periódico em questão, bem como os registros a que se refere o art. 9º desta Lei, mediante
4547 mandado de cancelamento expedido pelo juiz da execução; b) não reconhecendo a sentença final os fatos
4548 que justificam a suspensão, a medida será levantada, ficando a União ou o Estado obrigado à reparação
4549 das perdas e danos, apurados em ação própria. Art. 63. Nos casos dos incisos I e II do art. 61, quando a
4550 situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser determinada, independentemente de mandado
4551 judicial, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Art. 64. Poderá a autoridade judicial competente,
4552 dependendo da natureza do exemplar apreendido, determinar a sua destruição. Esses dispositivos falam
4553 em apreensão e destruição de impressos considerados "impróprios", nos termos dos incisos I e II do art.
4554 61. O art. 220, § 1º, § 2º e § 6º, da Constituição da República dispõe que: Art. 220. A manifestação do
4555 pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não
4556 sofrerão qualquer restrição,
4557 observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir
4558 embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social,

4559 observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza
4560 política, ideológica e artística. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença
4561 de autoridade. Os dispositivos afrontam, de modo direto e objetivo, os princípios e regras constitucionais
4562 relativas ao tema. São incompatíveis com a Constituição de 1988, e tudo o que há de deixar – para os que
4563 teimam ou não conseguem esquecer – são as memórias amargas de tempos em que a mordaza, não a
4564 liberdade, prevaleceu e fez-nos calados e surdos, porque não havia quem nos pudesse falar com
4565 liberdade, nem de liberdade. Também não seria possível afirmar serem esses dispositivos da Lei de
4566 Imprensa recepcionados em face da clareza dos termos do art. 220, § 3º e § 4º, da Constituição: Art. 220.
4567 (...) § 3º Compete à lei federal: I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público
4568 informar sobre a natureza dele, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua
4569 apresentação se mostre inadequada; II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a
4570 possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o
4571 disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à
4572 saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos,
4573 medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e
4574 conerá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. De qualquer
4575 modo, o art. 220, § 3º e § 4º, da Constituição refere-se à regulação de diversões e espetáculos públicos e
4576 propagandas comerciais. Não poderiam ser invocados para as produções jornalísticas, ou seja, à
4577 informação, que poderia ser afetada por esses dispositivos da lei questionada. Não recepcionados os arts.
4578 61 a 64 da lei em pauta, há de se confirmar a decisão liminarmente proferida pelo Plenário deste Supremo
4579 Tribunal. 6. Interpretação conforme das expressões contidas no art. 1º, § 1º; art. 2º, parte final do *caput*;
4580 art. 14; art. 16, inciso I; e art. 17 da Lei de Imprensa Art. 1º (...) § 1º Não será tolerada a propaganda de
4581 guerra, de processos de *subversão da ordem política e social* ou de preconceitos de raça ou classe. Art. 2º
4582 É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se
4583 clandestinos (art. 11) *ou quando atentem contra a moral e os bons costumes*. Art. 14. Fazer propaganda
4584 de guerra, *de processos para subversão da ordem política e social* ou de preconceitos de raça ou classe:
4585 Pena: de 1 a 4 anos de detenção. Art. 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros
4586 truncados ou deturpados, que provoquem: I – *perturbação da ordem pública ou alarma social*; Pena: De
4587 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e
4588 multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários mínimos da região. Art. 17. Ofender *a moral pública e os bons*
4589 *costumes*. Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários
4590 mínimos da região. Alega-se, na inicial, que “essas disposições legais, à luz do Estado Democrático de

4591 Direito, já não podem ter o mesmo sentido de outrora, por isso que carecem de interpretação conforme o
4592 art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, excluindo-se qualquer hipótese
4593 hermenêutica que represente censura de natureza política, ideológica e artística ou constitua embaraço à
4594 liberdade de expressão e informação jornalística”. No item anterior, ficou claro que a Constituição impôs
4595 algumas restrições relativamente a diversões e espetáculos públicos e propagandas comerciais. No
4596 entanto, essas mesmas restrições não valem para matérias jornalísticas, dado o direito à informação (a
4597 este a Constituição de 1988 preferiu impor como limite os direitos da personalidade, cuja ofensa ensejará
4598 a responsabilização do autor). Na esteira do que antes concluído, as disposições contrariam os princípios
4599 constitucionais, que não permite o seu acolhimento no sistema vigente. A situação não é, pois, de
4600 interpretação conforme, senão que, à evidência, de não recepção também destas normas. 7.
4601 Interpretação conforme do art. 37 da Lei de Imprensa Art. 37. São responsáveis pelos crimes cometidos
4602 através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, sucessivamente: I – o autor do escrito ou
4603 transmissão incriminada (art. 28 e § 1º), sendo pessoa idônea e residente no País, salvo tratando-se de
4604 reprodução feita sem o seu consentimento, caso em que responderá como seu autor quem a tiver
4605 reproduzido; II – quando o autor estiver ausente do País, ou não tiver idoneidade para responder pelo
4606 crime: a) o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico; ou b) o diretor ou redator registrado de acordo
4607 com o art. 9º, inciso III, letra b,
4608 no caso de programa de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas, transmitidos por
4609 emissoras de radiodifusão; III – se o responsável, nos termos do inciso anterior, estiver ausente do País
4610 ou não tiver idoneidade para responder pelo crime: a) o gerente ou proprietário das oficinas impressoras
4611 no caso de jornais ou periódicos; ou b) o diretor ou o proprietário da estação emissora de serviços de
4612 radiodifusão. IV – os distribuidores ou vendedores da publicação ilícita ou clandestina, ou da qual não
4613 constar a indicação do autor, editor, ou oficina onde tiver sido feita a impressão. § 1º Se o escrito, a
4614 transmissão ou a notícia forem divulgados sem a indicação do seu autor, aquele que, nos termos do art.
4615 28, § 1º e § 2º, for considerado como tal, poderá nomeá-lo, juntando o respectivo original e a declaração
4616 do autor assumindo a responsabilidade. § 2º O disposto neste artigo se aplica: a) nas empresas de
4617 radiodifusão; b) nas agências noticiosas. § 3º A indicação do autor, nos termos do § 1º, não prejudica a
4618 responsabilidade do redator de seção, diretor ou redator-chefe, ou do editor, produtor ou diretor. § 4º
4619 Sempre que o responsável gozar de imunidade, a parte ofendida poderá promover a ação contra o
4620 responsável sucessivo, na ordem dos incisos deste artigo. § 5º Nos casos de responsabilidade por culpa
4621 previstos no art. 37, se a pena máxima privativa da liberdade for de 1 (um) ano, o juiz poderá aplicar
4622 somente a pena pecuniária. O Arguente pede seja dada interpretação conforme do art. 37 da lei

questionada, para que o jornalista não seja penalmente responsável pelo conteúdo de entrevistas autorizadas e, para tanto, invoca precedente do Supremo Tribunal Federal: *Habeas corpus. Crime de imprensa. Ação penal pública. Denúncia. Nulidades afastadas*. 1 – Legitimidade passiva *ad causam*: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite, em tese, a responsabilidade do entrevistado pelas opiniões atentatórias à honra de outrem e não do jornalista que as veiculou. (...). (HC 73.432, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 26-4-1996.) No mesmo sentido, RHC 63.534, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, DJ de 30-5-1986.

A responsabilização do entrevistado, e não do jornalista, não decorre de uma interpretação da Constituição, mas da legislação infraconstitucional. Entretanto, a matéria aqui imbrica-se com outros itens contidos na lei e que não se coordenam com os princípios constitucionais antes mencionados, aos quais haveria de guardar observância. 8. Interpretação conforme de toda a Lei de Imprensa ou não recepção da Lei 5.250/1967 O Arguente sustenta que: Por fim, no que se refere à Lei de Imprensa como um todo – seja em relação às indenizações por danos morais e materiais, às sanções penais, ao direito de resposta ou a qualquer outro dispositivo –, é necessário que a Excelsa Corte fixe interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de afastar qualquer possibilidade hermenêutica que represente censura de natureza política, ideológica e artística, constitua embaraço à liberdade de expressão e de informação jornalística ou ainda contrarie quaisquer preceitos fundamentais ora invocados. A interpretação conforme à Constituição seria aceitável se a) as normas questionadas fossem compatíveis com os princípios constitucionais segundo interpretação que pudesse ser adotada, o que não é o caso; b) se se transpusessem dados prejudiciais que se refere à forma da lei. 9. Inexistência da lei como diploma válido já sob a égide da Carta de 1967 O Arguente sustentou, para fins de medida cautelar, que ameaças “judiciais” estariam a submeter a imprensa nacional. Citou notícia relacionada a relatório da ONG “Repórteres sem Fronteira” sobre as ações judiciais que a imprensa brasileira tem sofrido, além de notícias relacionadas com o caso recentemente divulgado da Igreja Universal do Reino de Deus contra alguns repórteres e meios de comunicação. É perigoso tratar o direito de ação como ameaça. Assim como é perigoso o abuso do direito de ação. Para esse – ou qualquer abuso a direito –, o próprio Poder Judiciário é o remédio, na medida em que os juízes têm plena liberdade de identificar os casos e aplicar as punições previstas na legislação processual (como tem ocorrido, segundo notícia a imprensa nacional). O deferimento da liminar para impedir que se tomem decisões com base nos dispositivos suspensos ou, na hipótese de ser impossível decidir sem examinar esses dispositivos, suspender processos judiciais foi medida necessária e eficaz. No entanto, é preciso respeitar o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição) sempre que alguém se sentir lesado nos seus direitos de personalidade tendo do

4655 outro lado o exercício da liberdade de expressão e informação. Caberá ao Judiciário (em todas as suas
 4656 instâncias) decidir como essa relação voltará ao equilíbrio no caso concreto. Nenhum desses direitos são
 4657 absolutos. O Judiciário Brasileiro não pode ser considerado uma ameaça. É inadmissível considerar que,
 4658 com duas instâncias ordinárias e ao menos uma extraordinária, os juízes sejam tão incompetentes a ponto
 4659 de não fazerem justiça no caso concreto. Do mesmo modo, o Poder Judiciário não pode ser usado como
 4660 ameaça, mas para esse caso há remédio. E ele é acessível a todos. 10. A Lei 5.250/1967 sob o regime da
 4661 Carta de 1967 Este Supremo Tribunal confirmou a cautelar deferida pelo Relator, o eminente Ministro
 4662 Carlos Britto, "para o efeito de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e
 4663 os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versem sobre os" dispositivos da Lei de
 4664 Imprensa questionados nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, menos os relativos à
 4665 interpretação conforme. Entretanto, quando daquele julgamento, não se considerou a validade formal, ou
 4666 não, do diploma legal questionado. Explico. A Lei 5.250 foi promulgada em 9 de fevereiro de 1967, exatos
 4667 quinze dias subsequentes à outorga da Carta de 24 de janeiro daquele ano. Em seu art. 150, § 8º,
 4668 garantia-se ser "livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de
 4669 informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada
 4670 um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de
 4671 livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda
 4672 de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe." A lei em questão teria vindo,
 4673 supostamente, para fixar os termos previstos naquele dispositivo constitucional. Entretanto, o que se
 4674 continha ali era a conferência ao legislador da responsabilidade de "cada um" pelos abusos. A ementa
 4675 mesmo da Lei 5.250/1967 parece contrariar o que se continha no texto constitucional ao fixar que
 4676 "regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação". A regulação tem espaço onde não
 4677 há liberdade. Se a manifestação do pensamento e de informação é regulada deixa de ser livre. O que
 4678 definia a Carta de 1967 era a possibilidade de o legislador cuidar dos termos nos quais se daria a
 4679 responsabilização de "cada um" pelos abusos que viesse a cometer no desempenho das funções
 4680 jornalísticas.
 4681 O que se tem, pois, no diploma examinado é abuso do poder de legislar, em contrariedade ao que
 4682 determinado constitucionalmente. E tal abuso fica mais patente quando se confronta o diploma legal com
 4683 a Constituição brasileira de 1988. A liberdade de imprensa é manifestação da liberdade, considerada em
 4684 sua amplitude humana. Sem a liberdade de manifestação do pensamento para informar, se informar e ser
 4685 informado, garantia de cada um, compromete-se a dignidade da pessoa humana. A liberdade de
 4686 manifestação do pensamento dá o quadro no qual se há de realizar o ser humano em seu crescimento

[JC379] Comentário: 3 - Ela
 fica comprometida.

4687 pessoal e social, particular e político. A liberdade é dado complementar, senão integrante da dignidade
 4688 humana. Por isso é que, sem liberdade – aí encarecida a de manifestação do pensamento, da imprensa e
 4689 da função do jornalista em razão da matéria objeto do presente julgamento –, não há democracia. É certo
 4690 que, em muitos Estados Democráticos, há lei de imprensa. Pelo que não se poderia adotar como exato
 4691 que lei de imprensa – qualquer uma – fosse incompatível com a Democracia. Entretanto, a Lei 5.250/1967
 4692 põe os seus termos normativos de tal modo que a liberdade de imprensa, que pretensamente seria por ela
 4693 “regulada”, seria extinta. A rigor, sob a égide da Carta de 1967 já não se poderia ter como válidas as
 4694 normas questionadas na presente ação, porque destoantes da norma insculpida no art. 150, § 8º, daquele
 4695 documento fundamental. 11. A imprensa livre é instituição de interesse primário da sociedade
 4696 democrática. Sua garantia tem sede constitucional. Tudo quanto se lhe atalhe, há de ser considerado
 4697 incompatível com o sistema fundamental democrático vigente. É ela, assim, uma das garantias das
 4698 liberdades públicas, ou, na frase de Laboulaye, citado por João Barbalho, “a garantia das garantias”. Se há
 4699 – e pode haver – excessos, nesta como em qualquer outra profissão, é bem certo que somente a
 4700 imprensa livre pode fazer face a tais situações. Como acentuou Ruy Barbosa, que comecei lembrando
 4701 neste voto, “o jornalismo (...) nunca me respeitou a vida privada. Os rancores políticos não se detêm à
 4702 soleira do meu lar (...) Mas o meu lar está bem alto, a minha vida íntima bem segura (...) Quando nos
 4703 sitiam (...) sinto bater-me descansado o coração, encaro a minha consciência e durmo em sossego. Quem
 4704 me assegura o gozo dessa tranquilidade? A mesma imprensa que, livre para os que me acometem, é
 4705 igualmente livre para os que me defendem. Necessário será sempre que essas duas liberdades coexistam
 4706 (...) Porque opostas restrições à liberdade ampla de manifestação do pensamento, não é a liberdade
 4707 honesta a que prevalecerá: é a liberdade, sempre cara ao poder, a liberdade, o privilégio, o monopólio dos
 4708 aduladores, dos mercenários (...) se instituirdes a inquisição da palavra escrita, o que teres feito, é banir
 4709 do jornalismo os homens de alma, as penas independentes, os caracteres ilibados, os escritores mais
 4710 capazes. (...) Deixai a imprensa com as suas virtudes e os seus vícios. Os seus vícios encontrarão
 4711 corretivos nas suas virtudes” (op. cit., p. 723). Por tudo, pois, que tenho como princípio das liberdades
 4712 constitucionalmente assegurado, é que voto acompanhando o eminente Relator, julgando procedente a
 4713 presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[JC380] Comentário: 2 - DH é recipiente que acomoda agora a liberdade de expressão.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4277**ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 132**

O **Senhor Ministro Ayres Britto** (Relator): Começo este voto pelo exame do primeiro pedido do autor da ADPF nº 132-RJ, consistente na aplicação da técnica da “interpretação conforme à Constituição” aos incisos II e V do art. 19, mais o art. 33, todos do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro). Técnica da “interpretação conforme” para viabilizar o descarte de qualquer interpretação desfavorecedora da convivência estável de servidores homoafetivos, em comparação com a tutela juridicamente conferida à união igualmente estável de servidores heterossexuais. O que, em princípio, seria viável, pois entendo que os dispositivos em foco tanto se prestam para a perpetração da denunciada discriminação odiosa quanto para a pretendida equiparação de direitos subjetivos. E o fato é que tal plurissignificatividade ou polissemia desse ou daquele texto normativo é pressuposto do emprego dessa técnica especial de controle de constitucionalidade que atende pelo nome, justamente, de “interpretação conforme à Constituição”, quando uma das vertentes hermenêuticas se põe em rota de colisão com o Texto Magno Federal. 2. Devo reconhecer, porém, que a legislação fluminense, desde 2007 (art. 1º da Lei nº 5.034/2007), equipara “à condição de companheira ou companheiro (...) os parceiros homoafetivos que mantenham relacionamento civil permanente, desde que devidamente comprovado, aplicando-se, para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável de parceiros de sexos diferentes”¹. Sendo que tal equiparação fica limitada ao gozo de benefícios previdenciários, conforme se vê do art. 2º da mesma lei, assim redigido: “aos servidores públicos estaduais, titulares de cargo efetivo, (...) o direito de averbação, junto à autoridade competente, para fins previdenciários, da condição de parceiros homoafetivos”. O que implica, ainda que somente quanto a direitos previdenciários, a perda de objeto dessa presente ação. Perda de objeto que de logo assento quanto a esse específico ponto. Isso porque a lei em causa já confere aos companheiros homoafetivos o pretendido reconhecimento jurídico da sua união. 3. Já de pertinência ao segundo pedido do autor da mesma ADPF 132, consistente no reconhecimento da incompatibilidade material entre os citados preceitos fundamentais da nossa Constituição e as decisões administrativas e judiciais que espocam em diversos Estados sobre o tema aqui versado, imperioso é dizer que tal incompatibilidade em si não constitui novidade. É que ninguém ignora o dissenso que se abre em todo tempo 1 Art. 1º da Lei Estadual nº 5.034/2007, que acrescentou ao art. 29 da Lei nº 285, de 03 de dezembro de 1979 (Lei que dispõe sobre o regime previdenciário dos servidores públicos do Estado do Rio

31 de Janeiro), o seguinte parágrafo: §7º -“Equiparam-se à condição de companheira ou companheiro de
32 que trata o inciso I deste artigo, os parceiros homoafetivos, que mantenham relacionamento civil
33 permanente, aplicando-se para configuração deste, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a
34 união estável entre parceiros de sexos diferentes”. e lugar sobre a liberdade da inclinação sexual das
35 pessoas, por modo quase sempre temerário (o dissenso) para a estabilidade da vida coletiva. Dissenso a
36 que não escapam magistrados singulares e membros de Tribunais Judiciários, com o sério risco da
37 indevida mescla entre a dimensão exacerbadamente subjetiva de uns e de outros e a dimensão objetiva
38 do Direito que lhes cabe aplicar. 4. Seja como for, o fato é que me foi redistribuída a ADI 4.277, versando
39 o mesmo tema central da ADPF nº 132. Dando-se, por efeito mesmo dessa distribuição, uma convergência
40 de objetos que me leva a subsumir ao mais amplo regime jurídico da ADI os pedidos insertos na ADPF,
41 até porque nela mesma, ADPF, se contém o pleito subsidiário do seu recebimento como ADI. Por igual,
42 entendendo francamente encampados pela ADI nº 4.277 os fundamentos da ADPF em tela (a de nº 132-DF).
43 Fundamentos de que se fez uso tanto para a pretendida “interpretação conforme” dos incisos II e V do
44 art. 19 e do art. 33 do Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Rio
45 de Janeiro) quanto para o art. 1.723 do Código Civil brasileiro, assim vernacularmente posto: “É
46 reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na
47 convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. É o
48 que me basta para converter a ADPF em ADI e, nessa condição, recebê-la em par com a ADI nº 4.277, a
49 mim distribuída por prevenção. Com o que este Plenário terá bem mais abrangentes possibilidades de,
50 pela primeira vez no curso de sua longa história, apreciar o mérito dessa tão recorrente quanto
51 intrinsecamente relevante controvérsia em torno da união estável entre pessoas do mesmo sexo, com
52 todos os seus consectários jurídicos. Em suma, estamos a lidar com um tipo de dissenso judicial que
53 reflete o fato histórico de que nada incomoda mais as pessoas do que a preferência sexual alheia, quando
54 tal preferência já não corresponde ao padrão social da heterossexualidade. É a perene postura de reação
55 conservadora aos que, nos insondáveis domínios do afeto, soltam por inteiro as amarras desse navio
56 chamado coração. 5. Em outras palavras, conheço da ADPF nº 132-RJ como ação direta de
57 inconstitucionalidade. Ação cujo centrado objeto consiste em submeter o art. 1.723 do Código Civil
58 brasileiro à técnica da “interpretação conforme à Constituição”. O que vem reprisado na ADI nº 4.277-DF,
59 proposta, conforme dito, pela Exma. Sra. Vice-Procuradora Geral da República, Débora Duprat, no
60 exercício do cargo de Procurador Geral, e a mim redistribuída por prevenção. E assim procedo com base
61 nos seguintes precedentes deste nosso Tribunal: ADPF-QO 72 e ADPF 178), dos quais seleciono as
62 seguintes passagens: “(...)Assim sendo, demonstrada a impossibilidade de se conhecer da presente ação

como ADPF, pela existência de outro meio eficaz, sendo evidente o perfeito encaixe de seus elementos ao molde de pressupostos da ação direta de inconstitucionalidade e, ainda, demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente a conflito surgido entre dois Estados da federação, resolvo a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, a ela aplicando, desde logo, o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99” (ADPFQO 72, Min. Relatora Ellen Gracie)”. “Porém, em pedido subsidiário, a Procuradoria-Geral da República requer o conhecimento da presente ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil. Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF-QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil.” (ADPF 178, Min. Gilmar Mendes, no exercício da Presidência.”

6. Indicados tais fundamentos, devo acrescentar, ainda como preliminar de mérito, que tenho por satisfeito o requisito da pertinência temática para a propositura da primeira ação de controle concentrado de constitucionalidade. Requisito que se constitui em “verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e os direitos da classe representada pela entidade requerente” (ADI-MC 4.356/CE, Relator Ministro Dias Toffoli). É que, no caso da ação proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, tal unidade federada só pode reconhecer e efetivar os direitos de seus servidores se vier a trabalhar com elementos conceituais que já se encontram positivados na Constituição e no Código Civil, nessa ordem. É como dizer: a correta aplicação das normas estaduais inerentes à união duradoura entre pessoas do mesmo sexo reclama, para a sua concretização, a incidência de institutos de Direito Constitucional e de Direito Civil, como, verbi gratia, os institutos da família, do casamento, da entidade familiar, da união estável e da adoção. Entendimento que se coaduna com a “posição mais abrangente” da legitimação para a propositura da ADI e da ADPF, conforme tese pioneiramente esgrimida pelo Min. Sepúlveda Pertence e versada com pena de mestre pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da ADIMC 2396. Já no plano da habilitação processual ativa do Procurador-Geral da República em tema de ADI, a reconhecida finalidade institucional do Ministério Público em defesa de toda a ordem jurídica (caput do art. 127 da Constituição Federal) o torna imune a qualquer exigência de adequação temática entre o que postula em sede de controle abstrato de constitucionalidade e o que se põe como finalidade da instituição por ele apresentada (é o que se tem chamado de habilitação universal, porquanto adrede cancelada pela Constituição).

Conheço também da ADI nº 4.277-DF, por consequência. 7. Pronto! Não havendo outra questão preliminar remanescente, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da causa. E, desde logo, verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de

95 "interpretação conforme à Constituição" do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil),
96 porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento
97 jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento
98 do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de
99 constituição de uma família. 8. Ainda nesse ponto de partida da análise meritória da questão, calha anotar
100 que o termo "homoafetividade", aqui utilizado para identificar o vínculo de afeto e solidariedade entre os
101 pares ou parceiros do mesmo sexo, não constava dos dicionários da língua portuguesa. O vocábulo foi
102 cunhado pela vez primeira na obra "União Homossexual, o Preconceito e a Justiça", da autoria da
103 desembargadora aposentada e jurista Maria Berenice Dias, consoante a seguinte passagem: "Há palavras
104 que carregam o estigma do preconceito. Assim, o afeto a pessoa do mesmo sexo chamava-se
105 'homossexualismo'. Reconhecida a inconveniência do sufixo 'ismo', que está ligado a doença, passou-se a
106 falar em 'homossexualidade', que sinaliza um determinado jeito de ser. Tal mudança, no entanto, não foi
107 suficiente para pôr fim ao repúdio social ao amor entre iguais" (Homoafetividade: um novo substantivo)".
108 9. Sucede que não foi somente a comunidade dos juristas, defensora dos direitos subjetivos de natureza
109 homoafetiva, que popularizou o novo substantivo, porque sua utilização corriqueira já deita raízes nos
110 dicionários da língua portuguesa, a exemplo do "Dicionário Aurélio"². Verbete de que me valho no
111 presente voto para dar conta, ora do enlace por amor, por afeto, por intenso carinho entre pessoas do
112 mesmo sexo, ora da união erótica ou por atração física entre esses mesmos pares de seres humanos.
113 União, aclare-se, com perdurabilidade o bastante para a constituição de um novo núcleo doméstico, 2
114 "Homoafetividade 1. Qualidade ou caráter de homoafetivo. 2. Relação afetiva e sexual entre pessoas do
115 mesmo sexo. Homoafetivo 1. Que diz respeito à afetividade e a sexualidade entre pessoas do mesmo
116 sexo. 2. Realizado entre as pessoas do mesmo sexo: casamento homoafetivo. 3. Relativo ou pertencente a,
117 ou próprio de duas pessoas que mantém relação conjugal, ou que pretendem fazê-lo: direito
118 homoafetivo." (Dicionário Aurélio, 5ª Edição, fl. 1105). tão socialmente ostensivo na sua existência quanto
119 vocacionado para a expansão de suas fronteiras temporais. Logo, vínculo de caráter privado, mas sem o
120 viés do propósito empresarial, econômico, ou, por qualquer forma, patrimonial, pois não se trata de u'a
121 mera sociedade de fato ou interesseira parceria mercantil. Trata-se, isto sim, de um voluntário navegar
122 por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a experimentação de um novo a dois
123 que se alonga tanto que se faz universal. E não compreender isso talvez comprometa por
124 modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois - é
125 Platão quem o diz -, "quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia". É a categoria do afeto
126 como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "O ser humano, antes

de um ser volitivo, é um ser amante” pensante ou 10. Com esta elucidativa menção à terminologia em debate, que bem me anima a cunhar, por conta própria, o antônimo da heteroafetividade, passo ao enfoque propriamente constitucional do mérito das ações. Isto para ajuizar, de pronto, que a primeira oportunidade em que a nossa Constituição Federal emprega o vocábulo “sexo” é no inciso IV do seu art. 3º. O artigo, versante sobre os “objetivos 3 Textos recolhidos de ensaio escrito por Sérgio da Silva Mendes e a ser publicado no XX Compedi, com o nome de “Unidos pelo afeto, separados por um parágrafo”, a propósito, justamente, da questão homoafetiva perante o §3º do art. 226 da CF), 4 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. fundamentais” da nossa República Federativa; o inciso, a incorporar a palavra “sexo” para emprestar a ela o nítido significado de conformação anátomo-fisiológica descoincidente entre o homem e a mulher. Exatamente como se verifica nas três outras vezes em que o mesmo termo é constitucionalmente usado (inciso XLVIII do art. 5º, inciso XXX do art. 7º e inciso II do § 7º do art. 201). 11. Trata-se, portanto, de um laborar normativo no sítio da mais natural diferenciação entre as duas tipologias da espécie humana, ou, numa linguagem menos antropológica e mais de lógica formal, trata-se de um laborar normativo no sítio da mais elementar diferenciação entre as duas espécies do gênero humano: a masculina e a feminina. Dicotomia culturalmente mais elaborada que a do macho e da fêmea, embora ambas as modalidades digam respeito ao mesmo reino animal, por oposição aos reinos vegetal e mineral. 12. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos” (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco). 13. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela

159 imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que
 160 simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados.
 161 Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos
 162 portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser
 163 referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com
 164 leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena
 165 aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-políticocultural. Que é um dos explícitos
 166 valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do
 167 Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia
 168 material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa
 169 convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a
 170 superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de
 171 diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio
 172 Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da
 173 coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008). 14. Mas é preciso lembrar que o
 174 substantivo “preconceito” foi grafado pela nossa Constituição com o sentido prosaico ou dicionarizado que
 175 ele porta; ou seja, preconceito é um conceito prévio. Uma formulação conceitual antecipada ou
 176 engendrada pela mente humana fechada em si mesma e por isso carente de apoio na realidade. Logo,
 177 juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo
 178 de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não
 179 voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de trave no
 180 olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda
 181 uma gente ou população geograficamente situada. O que a torna ainda mais perigosa para a harmonia
 182 social e a verdade objetiva das coisas. Onde René Descartes emitir a célebre e corajosa proposição de
 183 que “Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, sim, a autoridade do argumento”, numa
 184 época tão marcada pelo dogma da infalibilidade papal e da fórmula absolutista de que “O rei não pode
 185 errar” (The king can do no wrong). Reverência ao valor da verdade que também se lê nestes conhecidos
 186 versos de Fernando Pessoa, três séculos depois da proclamação cartesiana: “O universo não é uma idéia
 187 minha./A idéia que eu tenho do universo é que é uma idéia minha”. 15. Há mais o que dizer desse
 188 emblemático inciso IV do art. 3º da Lei Fundamental brasileira. É que, na sua categórica vedação ao
 189 preconceito, ele nivela o sexo à origem social e geográfica da pessoas, à idade, à raça e à cor da pele de
 190 cada qual; isto é, o sexo a se constituir num dado empírico que nada tem a ver com o merecimento ou o

191 desmerecimento inato das pessoas, pois não se é mais digno ou menos digno pelo fato de se ter nascido
192 mulher, ou homem. Ou nordestino, ou sulista. Ou de pele negra, ou mulata, ou morena, ou branca, ou
193 avermelhada. Cuida-se, isto sim, de algo já alocado nas tramas do acaso ou das coisas que só dependem
194 da química da própria Natureza, ao menos no presente estágio da Ciência e da Tecnologia humanas. 16.
195 Ora, como essa diferente conformação anatomo-fisiológica entre o homem e a mulher se revela,
196 usualmente, a partir dos respectivos órgãos genitais (o critério biológico tem sido esse), cada qual desses
197 órgãos de elementar diferenciação entre partes passou a também se chamar, coloquialmente, de "sexo".
198 O órgão a tomar o nome do ser em que anatomicamente incrustado. Mas "sexo" ou "aparelho sexual"
199 como signo lingüístico de um sistema de órgãos cumpridores das elementares funções de estimulação
200 erótica, conjunção carnal e reprodução biológica. Três funções congênicas, como sabido, e que, por isso
201 mesmo, prescindentes de livros, escola, cultura ou até mesmo treinamento para o seu concreto
202 desempenho. Onde sua imediata definição, não propriamente como categoria mental ou exclusiva
203 revelação de sentimento, mas como realidade também situada nos domínios do instinto e não raro com a
204 prevalência dele no ponto de partida das relações afetivas. "Instinto sexual ou libido", como
205 prosaicamente falado, a retratar o fato da indissociabilidade ou unidade incindível entre o aparelho genital
206 da pessoa humana e essa pessoa mesma. Ficando de fora da expressão, claro, as funções meramente
207 mecânicas de atendimento às necessidades ditas "fisiológicas" de todo indivíduo. 17. Nada obstante,
208 sendo o Direito uma técnica de controle social (a mais engenhosa de todas), busca submeter, nos limites
209 da razoabilidade e da proporcionalidade, as relações deflagradas a partir dos sentimentos e dos próprios
210 instintos humanos às normas que lhe servem de repertório e essência. Ora por efeito de uma "norma
211 geral positiva" (Hans Kelsen), ora por efeito de uma "norma geral negativa" (ainda segundo Kelsen, para
212 cunhar as regras de clausura ou fechamento do Sistema Jurídico, doutrinariamente concebido como
213 realidade normativa que se dota dos atributos da plenitude, unidade e coerência). Precisamente como, em
214 parte, faz a nossa Constituição acerca das funções sexuais das pessoas. Explico. 18. Realmente, em tema
215 do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução
216 biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante
217 o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual "tudo que não estiver juridicamente proibido,
218 ou obrigado, está juridicamente permitido" (regra de clausura ou fechamento hermético do Direito, que a
219 nossa Constituição houve por bem positivar no inciso II do seu art. 5º, debaixo da altissonante fórmula
220 verbal de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e
221 que me parece consagradora do que se poderia chamar de direito de não ter dever). É falar: a
222 Constituição Federal não dispõe, por modo expreso, acerca das três clássicas modalidades do concreto

223 emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar
 224 pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-
 225 lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparelhado. Logo, a Constituição
 226 entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio
 227 normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em
 228 particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de
 229 ser a “preferência” ou “orientação” de cada qual das pessoas naturais. Evidente! Como se dá, já de forma
 230 até mesmo literal, com ordenamentos jurídicos da Comunidade Européia. O que Resolução do Parlamento
 231 Europeu, de 08 de fevereiro de 1994: “A comunidade européia tem o dever, em todas as normas jurídicas
 232 já adotadas e nas que serão adotadas no futuro, de dar realização ao princípio de igualdade de
 233 tratamento das pessoas, independentemente de suas tendências sexuais”. Resolução sobre o respeito
 234 pelos Direitos do Homem na União Européia, de 16 de março de 2000: “Os Estados-membros são
 235 incitados a adotar “políticas de equiparação entre uniões heterossexuais e homossexuais designadamente,
 236 a garantirem às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo matrimónio e aos do mesmo sexo, a
 237 igualdade de direitos relativamente aos casais e famílias tradicionais, principalmente, no que se refere a
 238 obrigações fiscais, regimes patrimoniais e direitos sociais, e conclama todos os Estados nos quais não
 239 exista ainda esse reconhecimento jurídico a alterarem a sua legislação no sentido do reconhecimento
 240 jurídico das uniões sem laços matrimoniais independentemente do sexo dos intervenientes, entendendo
 241 ser também se lê em Constituições como a do Estado de Sergipe⁶ e do Mato Grosso⁷, aqui mesmo em
 242 nosso País, que também por modo textual vedam o preconceito contra a “orientação” sexual alheia. **Que**
 243 **não tem nada a ver - repita-se à exaustão -com a maior ou menor dignidade dos seres humanos.** 19.
 244 Noutra maneira de falar sobre o mesmo tema, tanto nos mencionados países quanto aqui na Terra Brasilis
 245 pós-Constituição de 1988, o sexo das pessoas é um todo próindiviso, por alcançar o ser e o respectivo
 246 aparelho genital. Sem a menor possibilidade de dissociação entre o órgão e a pessoa natural em que
 247 sediado. Pelo que proibir a discriminação em razão do sexo (como faz o inciso III do art. 1º da nossa
 248 Constituição Republicana) é proteger o homem e a mulher como um todo psicossomático e espiritual
 249 necessário conseguir rapidamente progressos quanto ao reconhecimento mútuo na União Europeia destas
 250 diversas formas legais de uniões de fato e de matrimônios entre pessoas do mesmo sexo.” Art. 3º O
 251 Estado assegura por suas leis e pelos atos dos seus agentes, além dos direitos e garantias individuais
 252 previstos na Constituição Federal e decorrentes do regime e dos princípios que ela adota, ainda os
 253 seguintes: (...) II – proteção contra discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idade, classe social,
 254 orientação sexual, deficiência física, mental ou sensorial, convicção político ideológica, crença em

[JC381] Comentário: 4.2 Maior ou Menor dignidade. Modalizadores adverbiais.

255 manifestação religiosa, sendo os infratores passíveis de punição por lei.” “Art. 10 – O Estado do Mato
 256 Grosso e seus Municípios assegurarão, pela lei e pelos atos dos agentes de seus Poderes, a imediata e
 257 plena efetividade e todos os direitos e garantias individuais e coletivas, além dos correspondentes deveres,
 258 (...), nos termos seguintes: (...) III – a implantação de meios assecuratórios de que ninguém será
 259 prejudicado ou privilegiado em razão de nascimento, raça, cor, sexo, estado civil, natureza de seu
 260 trabalho, idade, religião, orientação sexual, convicções políticas ou filosóficas, deficiência física ou mental
 261 e qualquer particularidade ou condição” que abarca a dimensão sexual de cada qual deles. Por
 262 conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo
 263 um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de
 264 personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte.
 265 Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia de vontade do indivíduo, na
 266 medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer)
 267 do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo, na
 268 luminosa trilha do “Torna-te quem és”, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma
 269 busca da irrepetível identidade individual que, transposta para o plano da aventura humana como um
 270 todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na
 271 direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). Afinal, a sexualidade, no seu notório transitar
 272 do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa, se põe como um plus ou
 273 superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um
 274 regalo da natureza, e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda a uma
 275 reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação perante o gênero humano. No
 276 particular, o derramamento de bÍlis que tanto prejudica a produção dos neurônios é coisa dos homens;
 277 não dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. O que, por certo, inspirou Jung (Carl Gustav) a
 278 enunciar que “A homossexualidade, porém, é entendida não como anomalia patológica, mas como
 279 identidade psíquica e, portanto, como equilíbrio específico que o sujeito encontra no seu processo de
 280 individuação”. Como que antecipando um dos conteúdos do preâmbulo da nossa Constituição,
 281 precisamente aquele que insere “a liberdade” e “a igualdade” na lista dos “valores supremos de uma
 282 sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. 20. Nesse fluxo de interpretação constitucional das
 283 coisas, vê-se que estamos a lidar com normas que não distinguem a espécie feminina da espécie
 284 masculina, como não excluem qualquer das modalidades do concreto uso da sexualidade de cada pessoa
 285 natural. É ajuizar: seja qual for a preferência sexual das pessoas, a qualificação dessa preferência como
 286 conduta juridicamente lícita se dá por antecipação. Até porque, reconheçamos, nesse movediço terreno da

[JC382] Comentário: 1 –
 Orientação. Intrínseca
 expressa algo de dentro. O
 PDPH estaria dentro do ser
 humano.

287 sexualidade humana é impossível negar que a presença da natureza se faz particularmente forte.
 288 Ostensiva. Tendendo mesmo a um tipo de mescla entre instinto e sentimento que parece começar pelo
 289 primeiro, embora sem o ortodoxo sentido de pulsão. O que já põe o Direito em estado de alerta, para não
 290 incorrer na temeridade de regulamentar o factual e axiologicamente irregulamentável. A não ser quando a
 291 sexualidade de uma pessoa é manejada para negar a sexualidade da outra, como sucede, por exemplo,
 292 com essa ignominiosa violência a que o Direito apõe o rótulo de estupro. Ou com o desvario ético-social
 293 da pedofilia e do incesto. Ou quando resvalar para a zona legalmente proibida do concubinato. 21. Óbvio
 294 que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe
 295 como direta emanção do princípio da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º da CF), e,
 296 assim, poderoso fator de afirmação e elevação pessoal. De auto-estima no mais elevado ponto da
 297 consciência. Auto-estima, de sua parte, a aplainar o mais abrangente caminho da felicidade, tal como
 298 positivamente normada desde a primeira declaração norte-americana de direitos humanos (Declaração de
 299 Direitos do Estado da Virgínia, de 16 de junho de 1776) e até hoje perpassante das declarações
 300 constitucionais do gênero. Afinal, se as pessoas de preferência heterossexual só podem se realizar ou ser
 301 felizes heterossexualmente, as de preferência homossexual seguem na mesma toada: só podem se
 302 realizar ou ser felizes homossexualmente. Ou "homoaferivamente", como hoje em dia mais e mais se fala,
 303 talvez para retratar o relevante fato de que o século XXI já se marca pela preponderância da afetividade
 304 sobre a biologicidade. Do afeto sobre o biológico, este último como realidade tão somente mecânica ou
 305 automática, porque independente da vontade daquele que é posto 8 "Art. 1º -Todos os homens nascem
 306 igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por
 307 nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade
 308 com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança" no mundo
 309 como consequência da fecundação de um individualizado óvulo por um também individualizado
 310 espermatozóide. 22. Muito bem. Consignado que a nossa Constituição vedou às expressas o preconceito
 311 em razão do sexo e intencionalmente nem obrigou nem proibiu o concreto uso da sexualidade humana, o
 312 que se tem como resultado dessa conjugada técnica de normação é o reconhecimento de que tal uso faz
 313 parte da autonomia de vontade das pessoas naturais, constituindo-se em direito subjetivo ou situação
 314 jurídica ativa. Direito potestativo que se perfila ao lado das clássicas liberdades individuais que se impõem
 315 ao respeito do Estado e da sociedade (liberdade de pensamento, de locomoção, de informação, de
 316 trabalho, de expressão artística, intelectual, científica e de comunicação, etc). Mais ainda, liberdade que se
 317 concretiza: I-sob a forma de direito à intimidade, se visualizada pelo prisma da abstenção, ou, então, do
 318 solitário desfrute (onanismo); II – sob a forma de direito à privacidade, se a visualização já ocorrer pelo

[JC383] Comentário: 2 - O PDP é um recipiente que comporta várias coisas; dele se extrai, emana-se ... algo

319 ângulo do intercurso ou empareirado desfrute (plano da intersubjetividade, por conseguinte). 23. Não
320 pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua
321 própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico
322 encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídicos fundamentais da intimidade e da
323 privacidade das pessoas naturais. Tal como sobre essas duas figuras de direito dispõe a parte inicial do
324 art. 10 da Constituição, verbis: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das
325 pessoas". Com o aporte da regra da auto-aplicabilidade possível das normas consubstanciadoras dos
326 direitos e garantias fundamentais, a teor do §1º do art. 5º da nossa Lei Maior, assim redigido: "As normas
327 definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata". 24. Daqui se deduz que a
328 liberdade sexual do ser humano somente deixaria de se inscrever no âmbito de incidência desses últimos
329 dispositivos constitucionais (inciso X e §1º do art. 5º), se houvesse enunciação igualmente constitucional
330 em sentido diverso. Coisa que não existe. Sendo certo que o direito à intimidade diz respeito ao indivíduo
331 consigo mesmo (pense-se na lavratura de um diário), tanto quanto a privacidade se circunscreve ao âmbito
332 do indivíduo em face dos seus parentes e pessoas mais chegadas (como se dá na troca de e-mails, por
333 exemplo). 25. Faço uma primeira síntese, a título de fundamentação de mérito do presente voto. Ei-la: I -
334 a Constituição do Brasil proíbe, por modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural
335 diferença entre a mulher e o homem. Uma proibição que nivela o fato de ser homem ou de ser mulher às
336 contingências da origem social e geográfica das pessoas, assim como da idade, da cor da pele e da raça,
337 na acepção de que nenhum desses fatores acidentais ou fortuitos se põe como causa de merecimento ou
338 de desmerecimento intrínseco de quem quer que seja; II - Não se prestando como fator de merecimento
339 inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo
340 feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. Do
341 incognoscível. Da química da própria natureza. Quem sabe, algo que se passa nas secretíssimas
342 confabulações do óvulo feminino e do espermatozóide masculino que o fecunda, pois o tema se expõe,
343 em sua faticidade mesma, a todo tipo de especulação metajurídica. Mas é preciso aduzir, já agora no
344 espaço da cognição jurídica propriamente dita, que a vedação de preconceito em razão da compostura
345 masculina ou então feminina das pessoas também incide quanto à possibilidade do concreto uso da
346 sexualidade de que eles são necessários portadores. Logo, é tão proibido discriminar as pessoas em razão
347 da sua espécie masculina ou feminina quanto em função da respectiva preferência sexual. Numa frase: há
348 um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação
349 pelo fato em si da contraposta conformação anátomofisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da
350 respectiva sexualidade; c) de, nas situações de uso empareirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas

351 adultas do mesmo sexo, ou não; quer dizer, assim como não assiste ao espécime masculino o direito de
 352 não ser juridicamente equiparado ao espécime feminino - tirante suas diferenças biológicas -, também não
 353 assiste às pessoas heteroafetivas o direito de se contrapor à sua equivalência jurídica perante sujeitos
 354 homoafetivos. O que existe é precisamente o contrário: o direito da mulher a tratamento igualitário com
 355 os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos; III –
 356 cuida-se, em rigor, de um salto normativo da proibição de preconceito para a proclamação do próprio
 357 direito a uma concreta liberdade do mais largo espectro, decorrendo tal liberdade de um intencional
 358 mutismo da Constituição em tema de empírico emprego da sexualidade humana. É que a total ausência
 359 de previsão normativoconstitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz
 360 entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver
 361 juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (esse o conteúdo do inciso II do art. 5º
 362 da nossa Constituição); em segundo lugar, porque nada é de maior intimidade ou de mais entranhada
 363 privacidade do que o factual emprego da sexualidade humana. E o certo é que intimidade e vida privada
 364 são direitos individuais de primeira grandeza constitucional, por dizerem respeito à personalidade ou ao
 365 modo único de ser das pessoas naturais. Por isso mesmo que de sua rasa e crua desproteção jurídica, na
 366 matéria de que nos ocupamos, resultaria brutal intromissão do Estado no direito subjetivo a uma troca de
 367 afetos e satisfação de desejos tão in natura que o poeta cantor Caetano Velloso bem traduziu na
 368 metafórica locução “bruta flor do querer”. E em terceiro lugar, a âncora normativa do §1º do mesmo art.
 369 5º da Constituição; IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos
 370 fundamentais do indivíduo, expressão que é de autonomia de vontade, **direta emanção do princípio da**
 371 **dignidade da pessoa humana e até mesmo “cláusula pétrea”, nos termos do inciso IV do §4º do art. 60 da**
 372 **CF (cláusula que abrange “os direitos e garantias individuais” de berço diretamente constitucional); V –**
 373 esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no
 374 plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa
 375 que o valha). Pouco importando, nesta última suposição, que o parceiro adulto seja do mesmo sexo, ou
 376 não, pois a situação jurídica em foco é de natureza potestativa (disponível, portanto) e de espectro
 377 funcional que só pode correr parelha com a livre imaginação ou personalíssima alegria amorosa, que outra
 378 coisa não é senão a entrega do ser humano às suas próprias fantasias ou expectativas erótico-afetivas. A
 379 sós, ou em parceria, renove-se o juízo. É como dizer: se o corpo se divide em partes, tanto quanto a alma
 380 se divide em princípios, o Direito só tem uma coisa a fazer: tutelar a voluntária mescla de tais partes e
 381 princípios numa amorosa unidade. Que termina sendo a própria simbiose do corpo e da alma de pessoas
 382 que apenas desejam conciliar pelo modo mais solto e orgânico possível sua dualidade personativa em um

[JC384] Comentário: 2 – O PDP é um recipiente de onde se emana algo.

383 sólido conjunto, experimentando aquela nirvânica aritmética amorosa que Jean-Paul Sartre sintetizou na
384 fórmula de que: na matemática do amor, um mais um... é igual a um; VI – enfim, assim como não se
385 pode separar as pessoas naturais do sistema de órgãos que lhes timbra a anatomia e funcionalidade
386 sexuais, também não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão
387 sexual do seu telúrico existir. Dimensão que, de tão natural e até mesmo instintiva, só pode vir a lume
388 assim por modo predominantemente natural e instintivo mesmo, respeitada a mencionada liberdade do
389 concreto uso da sexualidade alheia. Salvo se a nossa Constituição lavrasse no campo da explícita proibição
390 (o que seria tão obscurantista quanto factualmente inútil), ou do levantamento de diques para o fluir da
391 sexuada imaginação das pessoas (o que também seria tão empiricamente ineficaz quanto ingênuo até, pra
392 não dizer ridículo). Despautério a que não se permitiu a nossa Lei das Leis. Por conseqüência, homens e
393 mulheres: a) não podem ser discriminados em função do sexo com que nasceram; b) também não podem
394 ser alvo de discriminação pelo empírico uso que vierem a fazer da própria sexualidade; c) mais que isso,
395 todo espécime feminino ou masculino goza da fundamental liberdade de dispor sobre o respectivo
396 potencial de sexualidade, fazendo-o como expressão do direito à intimidade, ou então à privacidade
397 (nunca é demais repetir). O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da
398 espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com
399 exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais
400 para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus
401 e interesses também juridicamente positivados. 26. Se é assim, e tratando-se de direitos clausulados
402 como pétreos (inciso IV do §4º do artigo constitucional de nº 60), cabe perguntar se a Constituição
403 Federal sonega aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união, o mesmo
404 regime jurídico-protetivo que dela se desprende para favorecer os casais heteroafetivos em situação de
405 voluntário enlace igualmente caracterizado pela estabilidade. Que, no fundo, é o móvel da propositura das
406 duas ações constitucionais sub judice. 27. Bem, para responder a essa decisiva pergunta, impossível
407 deixar de começar pela análise do capítulo constitucional que tem como seu englobado conteúdo,
408 justamente, as figuras jurídicas da família, do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar
409 e da adoção. É o capítulo de nº VII, integrativo do título constitucional versante sobre a “Ordem Social”
410 (Título VIII). Capítulo nitidamente protetivo dos cinco mencionados institutos, porém com ênfase para a
411 família, de logo aquinhoadada com a cláusula expressa da especial proteção do Estado, verbis: “A família,
412 base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (caput do ar. 226). Em seqüência é que a nossa Lei
413 Maior aporta consigo os dispositivos que mais de perto interessam ao equacionamento das questões de
414 que tratam as duas ações sob julgamento, que são os seguintes: a) “O casamento é civil e gratuita a sua

415 celebração” (§1º); b) “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei” (§2º); c) “Para efeito de
 416 proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar,
 417 devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (§3º); d) “Entende-se, também, como entidade
 418 familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (§4º); e) “Os direitos e
 419 deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (§5º); f) “O
 420 casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (§6º); g) “Fundado nos princípios da dignidade da
 421 pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal,
 422 competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada
 423 qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas” (§7º); h) “O Estado assegurará a
 424 assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a
 425 violência no âmbito de suas relações” (§8º); i) “A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei,
 426 que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (§5º do art. 227); j) “Os
 427 filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,
 428 proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (§6º do art. 227). 28. De toda essa
 429 estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a
 430 parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela -
 431 insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas
 432 família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou
 433 informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente
 434 homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como
 435 fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional
 436 (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”,
 437 mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a
 438 subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como
 439 autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que
 440 servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art. 191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203;
 441 art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação
 442 da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia
 443 religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da
 444 família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o
 445 Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Sem embargo de, num solitário parágrafo
 446 §1º do art. 183, referir-se à dicotomia básica do homem e da mulher, mas, ainda assim: a) como forma

[JC385] Comentário: 6.1 – O PDPH é edifício.

447 especial de equiparação da importância jurídica do respectivo labor masculino e feminino; b) como
448 resposta normativa ao fato de que, não raro, o marido ou companheiro abandona o lar e com mais
449 facilidade se predispõe a negociar seu título de domínio ou de concessão de uso daquele bem imóvel até
450 então ocupado pelo casal. Base de inspiração ou vetores que já obedecem a um outro tipo de serviência a
451 valores que não se hierarquizam em função da heteroafetividade ou da homoafetividade das pessoas. 29.
452 Deveras, mais que um singelo instituto de Direito em sentido objetivo, a família é uma complexa
453 instituição social em sentido subjetivo. Logo, um aparelho, uma entidade, um organismo, uma estrutura
454 das mais permanentes relações intersubjetivas, um aparato de poder, enfim. Poder doméstico, por
455 evidente, mas no sentido de centro subjetivado da mais próxima, íntima, natural, imediata, carinhosa,
456 confiável e prolongada forma de agregação humana. Tão insimilar a qualquer outra forma de
457 agrupamento humano quanto a pessoa natural perante outra, na sua elementar função de primeiro e
458 insubstituível elo entre o indivíduo e a sociedade. Ambiente primaz, acresça-se, de uma convivência
459 empiricamente instaurada por iniciativa de pessoas que se vêem tomadas da mais qualificada das
460 empatias, porque envolta numa atmosfera de afetividade, aconchego habitacional, concreta admiração
461 ético-espiritual e propósito de felicidade tão emparceiramente experimentada quanto distendida no
462 tempo e à vista de todos. Tudo isso permeado da franca possibilidade de extensão desse estado
463 personalizado de coisas a outros membros desse mesmo núcleo doméstico, de que servem de amostra os
464 filhos (consangüíneos ou não), avós, netos, sobrinhos e irmãos. Até porque esse núcleo familiar é o
465 principal lócus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade
466 e vida privada” (inciso X do art. 5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo
467 “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que
468 responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um
469 igualmente personalizado pedaço de chão no mundo. E sendo assim a mais natural das coletividades
470 humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada
471 conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero,
472 insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar.
473 30. Daqui se desata a nítida compreensão de que a família é, por natureza ou no plano dos fatos,
474 vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se, no espaço ideal
475 das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada. O que a
476 credencia como base da sociedade, pois também a sociedade se deseja assim estável, afetiva, solidária e
477 espiritualmente estruturada (não sendo por outra razão que Rui Barbosa definia a família como “a Pátria
478 amplificada”). Que termina sendo o alcance de uma forma superior de vida coletiva, porque especialmente

479 inclinada para o crescimento espiritual dos respectivos integrantes. Integrantes humanos em concreto
 480 estado de comunhão de interesses, valores e consciência da partilha de um mesmo destino histórico. Vida
 481 em comunidade, portanto, sabido que comunidade vem de “comum unidade”. E como toda comunidade,
 482 tanto a família como a sociedade civil são usinas de comportamentos assecuratórios da sobrevivência,
 483 equilíbrio e evolução do Todo e de cada uma de suas partes. Espécie de locomotiva social ou cadinho em
 484 que se tempera o próprio caráter dos seus individualizados membros e se chega à serena compreensão de
 485 que ali é verdadeiramente o espaço do mais entranhado afeto e desatada cooperação. Afinal, é no regaço
 486 da família que desabrocham com muito mais viço as virtudes subjetivas da tolerância, sacrifício e
 487 renúncia, adensadas por um tipo de compreensão que certamente esteve presente na proposição
 488 spnozista de que, “Nas coisas ditas humanas, não há o que crucificar, ou ridicularizar. Há só o que
 489 compreender”. 31. Ora bem, é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art.
 490 226 da Constituição. Onde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim normada como
 491 figura central ou verdadeiro continente para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a
 492 interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não o
 493 inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento
 494 familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e
 495 funcionalidade na medida em que imersos no continente (reitere-se o uso da metáfora) em que a
 496 instituição da família consiste. 32. E se insistimos na metáfora do “continente” é porque o núcleo
 497 doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo
 498 individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art.
 499 226. Refiro-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia
 500 para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do
 501 trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais
 502 por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber: I – “Art. 205. A educação,
 503 direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da
 504 sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua
 505 qualificação para o trabalho”; II – “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à
 506 criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,
 507 ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e
 508 comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,
 509 crueldade e opressão”; III – “Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as
 510 pessoas dasas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e

[JC386] Comentário: 6.1
Edifício.

[JC387] Comentário: 5.1 –
Sinédoque, parte do
ordenamento jurídico.

[JC388] Comentário: 4.1 O PDP
é algo para ser defendido.
Supõe-se uma guerra, na qua
o PDPH deve ser defendido.

511 garantindo-lhes o direito à vida” (sem os caracteres negritados, no original). 33. E assim é que, mais uma
 512 vez, a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela
 513 existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos
 514 heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma
 515 ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não
 516 emprestou ao substantivo “família” nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Recolheu-o
 517 com o sentido coloquial praticamente aberto que sempre portou como realidade do mundo do ser. Assim
 518 como dá para inferir que, quanto maior o número dos espaços doméstica e autonomamente estruturados,
 519 maior a possibilidade de efetiva colaboração entre esses núcleos familiares, o Estado e a sociedade, na
 520 perspectiva do cumprimento de conjugados deveres que são funções essenciais à plenificação da
 521 cidadania, da **dignidade** da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Isso numa projeção exógena
 522 ou extra-muros domésticos, porque, endogenamente ou interna corporis, os beneficiários imediatos dessa
 523 multiplicação de unidades familiares são os seus originários formadores, parentes e agregados. Incluído
 524 nestas duas últimas categorias dos parentes e agregados o contingente das crianças, dos adolescentes e
 525 dos idosos. Também eles, crianças, adolescentes e idosos, tanto mais protegidos quanto partícipes dessa
 526 vida em comunhão que é, por natureza, a família. Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é
 527 propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo
 528 de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto o espaço de vida ideal para os idosos não são os albergues
 529 ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim em que levas e levas de seres humanos
 530 despejam suas últimas sobras de gente. mas o comunitário ambiente da própria família. Tudo conforme os
 531 expressos dizeres dos artigos 227 e 229 da Constituição, este último alusivo às pessoas idosas, e, aquele,
 532 pertinente às crianças e aos adolescentes. 34. Assim interpretando por forma não reducionista o conceito
 533 de família, penso que este STF fará o que lhe compete: manter a Constituição na posse do seu
 534 fundamental atributo da coerência, pois o conceito contrário implicaria forçar o nosso Magno Texto a
 535 incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico. Quando o certo -
 536 data vênha de opinião divergente -é extrair do sistema de comandos da Constituição os encadeados juízos
 537 que precedentemente verbalizamos, agora arrematados com a proposição de que a isonomia entre casais
 538 heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito
 539 subjetivo à formação de uma autonomizada família. Entendida esta, no âmbito das duas tipologias de
 540 sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra,
 541 com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade. Pena de se consagrar uma
 542 liberdade homoafetiva pela metade ou condenada a encontros tão ocasionais quanto clandestinos ou

[JC389] Comentário: 5.1
 Sinédoque. O PDPH expressa
 ordenamento jurídico. Parte
 pelo todo.

543 subterrâneos. Uma canhestra liberdade “mais ou menos”, para lembrar um poema alegadamente
544 psicografado pelo tão prestigiado médium brasileiro Chico Xavier, hoje falecido, que, iniciando pelos
545 versos de que “A gente pode morar numa casa mais ou menos,/ Numa rua mais ou menos,/ Numa cidade
546 mais ou menos”/ E até ter um governo mais ou menos”, assim conclui a sua lúcida mensagem: “O que a
547 gente não pode mesmo,/ Nunca, de jeito nenhum,/ É amar mais ou menos,/ É sonhar mais ou menos,/ É
548 ser amigo mais ou menos,/ (...) Senão a gente corre o risco de se tornar uma pessoa mais ou menos”. 35.
549 Passemos, então, a partir desse contexto normativo da família como base da sociedade e entidade credora
550 da especial tutela do Estado, à interpretação de cada qual dos institutos em que se desdobra esse
551 emblemático art. 226 da Constituição. Institutos que principiam pelo casamento civil, a saber: I – “O
552 casamento é civil e gratuita a celebração”. Dando-se que “O casamento religioso tem efeito civil, nos
553 termos da lei” (§§1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente
554 celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. Não a única
555 forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, literis: “A família é constituída pelo
556 casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos” (caput do art. 175, já considerada a Emenda
557 Constitucional nº1, de 1969). É deduzir: se, na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o
558 casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a
559 ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver
560 descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a
561 família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi
562 jogada, em hora mais que ansiada, a última pá de cal. Sem embargo do reconhecimento de que essa
563 primeira referência ao casamento de papel passado traduza uma homenagem da nossa Lei Fundamental
564 de 1988 à tradição. Melhor dizendo, homenagem a uma tradição ocidental de maior prestígio
565 sociocultural-religioso a um modelo de matrimônio que ocorre à vista de todos, com pompa e
566 circunstância e revelador de um pacto afetivo que se deseja tão publicamente conhecido que celebrado
567 ante o juiz, ou o sacerdote juridicamente habilitado, e sob o testemunho igualmente formal de pessoas da
568 sociedade. Logo, um pacto formalmente predisposto à perdurabilidade e deflagrador de tão conhecidos
569 quanto inquestionáveis efeitos jurídicos de monta, como, por exemplo, a definição do regime de bens do
570 casal, sua submissão a determinadas regras de direito sucessório, pressuposição de paternidade na
571 fluência do matrimônio e “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I -
572 nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II -nascidos nos
573 trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e
574 anulação do casa (...)” mudança do estado civil dos contraentes, que de solteiros ou viúvos passam

automaticamente à condição de casados. A justificar, portanto, essas primeiras referências que a ele, casamento civil, faz a nossa Constituição nos dois parágrafos em causa (§§1º e 2º do art. 226); ou seja, nada mais natural que prestigiar por primeiro uma forma de constituição da família que se apresenta com as vestes da mais ampla notoriedade e promessa igualmente pública de todo empenho pela continuidade do enlace afetivo, pois, ao fim e ao cabo, esse tipo de prestígio constitucional redonda em benefício da estabilidade da própria família. O continente que não se exaure em nenhum dos seus conteúdos, inclusive esse do casamento civil; II – com efeito, após falar do casamento civil como uma das formas de constituição da família, a nossa Lei Maior adiciona ao seu art. 226 um §3º para cuidar de uma nova modalidade de formação de um autonomizado núcleo doméstico, por ela batizado de “entidade familiar”. É o núcleo doméstico que se constitui pela “união estável entre o homem e a mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Donde a necessidade de se aclarar: II.1. -que essa referência à dualidade básica homem/mulher tem uma lógica inicial: dar imediata seqüência àquela vertente constitucional de incentivo ao casamento como forma de reverência à tradição sócio-cultural-religiosa do mundo ocidental de que o Brasil faz parte (§1º do art. 226 da CF), sabido que o casamento civil brasileiro tem sido protagonizado por pessoas de sexos diferentes, até hoje. Casamento civil, aliás, regrado pela Constituição Federal sem a menor referência aos substantivos “homem” e “mulher”; II.2. que a normação desse novo tipo de união, agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou sem papel passado ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós (não se pode esquecer que até 1962, a mulher era juridicamente categorizada como relativamente incapaz, para os atos da vida civil, nos termos da redação original do art. 6º do Código Civil de 1916); tanto é assim que o §4º desse mesmo art. 226 (antecipo o comentário) reza que “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Preceito, este último, que relança o discurso do inciso I do art. 5º da Constituição (“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”) para atuar como estratégia de reforço normativo a um mais eficiente combate àquela renitência patriarcal dos nossos costumes. Só e só, pois esse combate mais eficaz ao preconceito que teimosamente persiste para inferiorizar a mulher perante o homem é uma espécie de briga particular ou bandeira de luta que a nossa Constituição desfralda numa outra esfera de arejamento mental da vida brasileira, nada tendo a ver com a dicotomia da heteroafetividade e da homoafetividade. Logo, que não se faça uso da letra da Constituição para matar o seu espírito, no fluxo de uma postura interpretativa que faz ressuscitar o mencionado caput

do art. 175 da Constituição de 1967/69. Ou como diz Sérgio da Silva Mendes, que não se separe por um parágrafo (esse de nº 3) o que a vida uniu pelo afeto. Numa nova metáfora, não se pode fazer rolar a cabeça do artigo 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro; II.3. que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou a dizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas a meio caminho da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura da sub-família, família de segunda classe ou família "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da própria união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, Uma nova "entidade familiar", seja a constituída por pares homoafetivos, seja a formada por casais heteroafetivos. Afinal, se a família, como entidade que é, não se inclui no rol das "entidades associativas" (inciso XXI do art. 5º da CF), nem se constitui em "entidade de classe" (alínea b do inciso XXI do mesmo art. 5º), "entidades governamentais" (ainda esse art. 5º, alínea A do inciso LXXII), "entidades sindicais" (alínea c do inciso III do art. 150), "entidades beneficentes de assistência social" (§7º do art. 195), "entidades filantrópicas" (§1º do art. 199), ou em nenhuma outra tipologia de entidades a que abundantemente se reporta a nossa Constituição, ela, família, só pode ser uma "entidade ... familiar". Que outra entidade lhe restaria para ser? Em rigor, trata-se da mesma técnica redacional que a nossa Lei das Leis usou, por exemplo, para chamar de "entidades autárquicas" (inciso I do §1º do art. 144) as suas "autarquias" (§3º do art. 202). Assim como chamou de "entidade federativa" §11 do art. 100) cada personalizada unidade política da nossa "Federação" (inciso II do art. 34). E nunca apareceu ninguém, nem certamente vai aparecer, para sustentar a tese de que "entidade autárquica" não é "autarquia", nem "entidade federativa" é algo diferente de "Federação". Por que entidade familiar não é família? E família por inteiro (não pela metade)? II.4. que as diferenças nodulares entre "união estável" e "casamento civil" já são antecipadas pela própria Constituição, como, por ilustração, a submissão da união estável à prova dessa estabilidade (que só pode ser um requisito de natureza temporal), exigência que não é feita para o casamento. Ou quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§6º do art. 226). Mas tanto numa quanto noutra modalidade de legítima constituição da família, nenhuma referência é feita à interdição, ou à possibilidade, de protagonização por

639 pessoas do mesmo sexo. Desde que preenchidas, também por evidente, as condições legalmente
640 impostas aos casais heteroafetivos. Inteligência que se robustece com a proposição de que não se proíbe
641 nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um interesse de outrem. E já vimos que a
642 contraparte específica ou o focado contraponto jurídico dos sujeitos homoafetivos só podem ser os
643 indivíduos heteroafetivos, e o fato é que a tais indivíduos não assiste o direito à não-equiparação jurídica
644 com os primeiros. Visto que sua heteroafetividade em si não os torna superiores em nada. Não os
645 beneficia com a titularidade exclusiva do direito à constituição de uma família. Aqui, o reino é da igualdade
646 pura e simples, pois não se pode alegar que os heteroafetivos perdem se os homoafetivos ganham. E
647 quanto à sociedade como um todo, sua estruturação é de se dar, já o dissemos, com fincas na
648 fraternidade, no pluralismo e na proibição do preconceito, conforme os expressos dizeres do preâmbulo da
649 nossa Constituição. III – salto para o §4º do art. 226, apenas para dar conta de que a família também se
650 forma por uma terceira e expressa modalidade, traduzida na concreta existência de uma “comunidade
651 formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. É o que a doutrina entende por “família
652 monoparental”, sem que se possa fazer em seu desfavor, pontuo, qualquer inferiorizada comparação com
653 o casamento civil ou união estável. Basta pensar no absurdo que seria uma mulher casada enviudar e
654 manter consigo um ou mais filhos do antigo casal, passando a ter que suportar o rebaixamento da sua
655 família à condição de “entidade familiar”; ou seja, além de perder o marido, essa mulher perderia o status
656 de membro de uma consolidada família. Sua nova e rebaixada posição seria de membro de uma simplória
657 “entidade familiar”, porque sua antiga família morreria com seu antigo marido. Baixaria ao túmulo com
658 ele. De todo modo, também aqui a Constituição é apenas enunciativa no seu comando, nunca taxativa,
659 pois não se pode recusar a condição de família monoparental àquela constituída, por exemplo, por
660 qualquer dos avós e um ou mais netos, ou até mesmo por tios e sobrinhos. Como não se pode pré-excluir
661 da adoção ativa pessoas de qualquer preferência sexual, sozinhas ou em regime de emparceiramento. 36.
662 Por último, anoto que a Constituição Federal remete à lei a incumbência de dispor sobre a assistência do
663 Poder Público à adoção, inclusive pelo estabelecimento de casos e condições da sua (dela, adoção)
664 efetivação por parte de estrangeiros (§5º do art. 227); E também nessa parte do seu estoque normativo
665 não abre distinção entre adotante “homo” ou “heteroafetivo”. E como possibilita a adoção por uma só
666 pessoa adulta, também sem distinguir entre o adotante solteiro e o adotante casado, ou então em regime
667 de união estável, penso aplicar-se ao tema o mesmo raciocínio de proibição do preconceito e da regra do
668 inciso II do art. 5º da CF, combinadamente com o inciso IV do art. 3º e o §1º do art. 5º da Constituição.
669 Mas é óbvio que o mencionado regime legal há de observar, entre outras medidas de defesa e proteção
670 do adotando, todo o conteúdo do art. 227, cabeça, da nossa Lei Fundamental. 37. Dando por suficiente a

671 presente análise da Constituição, julgo, em caráter preliminar, parcialmente prejudicada a ADPF nº 132-
 672 RJ, e, na parte remanescente, dela conheço como ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, julgo
 673 procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à
 674 Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua,
 675 pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como "entidade familiar", entendida esta como
 676 sinônimo perfeito de "família". Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as
 677 mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

678 É como voto.

679 O **Senhor Ministro Ricardo Lewandowski** - A pretensão que se busca materializar neste julgamento
 680 diz respeito, em síntese, à possibilidade de conferir-se uma interpretação
 681 conforme à Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, bem como a dispositivos do Estatuto dos
 682 Servidores Públicos Civis do Estado do Rio de Janeiro, a fim de estender-se o regime jurídico das uniões
 683 estáveis às relações duradouras entre pessoas do mesmo sexo.

684 Princípio recordando que, na dicção do art. 226, *caput*, da Carta da República, a família, considerada
 685 "base da sociedade", "tem especial proteção do Estado". Vê-se, pois, que para solucionar a questão posta
 686 nos autos é preciso, antes de tudo, desvendar o conceito jurídicoconstitucional de família. De início,
 687 cumpre fazer uma resenha da noção de família abrigada nas Constituições anteriores à presente em
 688 vigor, registrando, desde logo, que todas que trataram do tema vinculavam a idéia de família ao instituto
 689 do casamento. Senão vejamos: i) Constituição de 1937: "**Art. 124. A família, constituída pelo**
 690 **casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão
 691 atribuídas compensações na proporção dos seus encargos." ii) Constituição de 1946: "**Art. 163. A família**
 692 **é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.**"
 693 iii) Constituição de 1967: "**Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção**
 694 **dos Poderes Públicos.**" iv) Emenda Constitucional 1/1969: "**Art. 175. A família é constituída pelo**
 695 **casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos**" (grifos meus). A vigente Carta republicana,
 696 todavia, não estabelece essa vinculação com o casamento para definir o conceito de família tal como o
 697 faziam as anteriores. Na verdade, a partir de uma primeira leitura do texto magno, é possível identificar,
 698 pelo menos, três tipos de família, a saber: a constituída pelo casamento, a configurada pela união estável
 699 e, ainda, a que se denomina monoparental.

700 Essa constatação, aliás, já foi feita pelo Min. Ayres Britto, no julgamento do RE 397.762/BA, Rel. Min.

701 Marco Aurélio, nos seguintes termos: "*Por esse mais largo espectro de intelecção da família como*

702 categoria de Direito Constitucional, ajuízo que a primeira modalidade de família de sua formação é, para a
703 nossa Lei Maior, o casamento civil (‘O casamento é civil e gratuita a sua celebração’, conforme dicção do §
704 1º do art. 226). A segunda forma de ‘entidade familiar’ é a que vem no parágrafo imediato, a designá-la
705 como ‘união estável’ (‘Para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a
706 mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’). Uma terceira
707 modalidade é a doutrinariamente chamada de ‘família monoparental’, que o Magno Texto Republicano
708 regula por esta forma: ‘Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer
709 dos pais e seus descendentes (§ 3º).’ E disse mais esse ilustrado membro da Suprema Corte: “(...) a
710 união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que
711 sobra dessas duas formações, de modo a constituir uma terceira via: **o tertium genus do**
712 **companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou,**
713 **reversamente, ainda, sem condições jurídicas para tanto** (grifos no original)” De tal entendimento,
714 todavia, dissentiram, em parte, tanto o relator, Min. Marco Aurélio, como os demais Ministros que, à
715 época, integravam a egrégia Primeira Turma deste Tribunal. Para este magistrado a possibilidade de
716 conversão da união estável em casamento constituiria condição *sine qua non* para o reconhecimento de
717 tal entidade familiar, sob pena de ter-se mera relação de concubinato. Nessa mesma linha, o Min.
718 Menezes Direito assentou que “*nós não temos condições de equiparar uma entidade familiar ‘união estável’*
719 *a uma situação de fato (...)*”. Em idêntico diapasão manifestou-se a Min. Cármen Lúcia no tocante à união
720 estável, afirmando que “*a Constituição quer que um homem e uma mulher possam unir-se e que essa*
721 *união, adquirindo estabilidade, possa vir a se converter em casamento*”. Tal como o Min. Menezes Direito,
722 entendi, naquele julgamento, que o legislador constituinte remeteu a definição da entidade familiar
723 denominada união estável, respeitadas as balizas do texto magno, para o âmbito do direito positivo
724 infraconstitucional, o qual é expresso em consignar, seja no art. 1º da Lei 9.278/96, seja no art. 1.723 do
725 Código Civil, que tal instituto caracteriza-se pela “*convivência pública contínua e duradoura e estabelecida*
726 *como o objetivo de constituição de família*”, sempre “**entre o homem e a mulher**” (grifei). É exatamente
727 o que estabelece, como parâmetro, a nossa Carta Republicana, no citado art. 226, § 3º, averbando que se
728 trata de uma a união “**entre o homem e a mulher**”, ou seja, uma relação duradoura desenvolvida entre
729 pessoas de gênero distinto, à qual se assegura a conversão em casamento, nos termos da lei (grifei).
730 Assim, segundo penso, não há como enquadrar a união entre pessoas do mesmo sexo em nenhuma
731 dessas espécies de família, quer naquela constituída pelo casamento, quer na união estável, estabelecida
732 a partir da relação entre um homem e uma mulher, quer, ainda, na monoparental. Esta, relembro, como
733 decorre de expressa disposição constitucional, corresponde à que é formada por qualquer dos pais e seus

734 descendentes. Não se trata, evidentemente, de interpretar a Carta Magna à luz do direito ordinário - o que
 735 configuraria prática proscria segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional –
 736 mas, como afirmou o Min. Menezes Direito, ao debruçar-se sobre o tema, no RE acima mencionado,
 737 cuida-se de integrar os conceitos explicitados na Lei Maior com o Direito de Família, por indicação do
 738 próprio legislador constituinte. Verifico, ademais, que, nas discussões travadas na Assembléia Constituinte
 739 a questão do gênero na união estável foi amplamente debatida, quando se votou o dispositivo em tela,
 740 concluindo-se, de modo insofismável, que a união estável abrange, única e exclusivamente, pessoas de
 741 sexo distinto. Confira-se abaixo: “**O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI:** - Finalmente a emenda do
 742 constituinte Roberto Augusto. É o art. 225 (sic), § 3º. Este parágrafo prevê:
 743 ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade
 744 familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’ Tem-se prestado a amplos comentários
 745 jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos **gays** através do
 746 País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita,
 747 inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no **show** do
 748 Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de
 749 deixar bem definido, e pede que se coloque no §3º dois artigos: ‘Para efeito de proteção do Estado, é
 750 reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua
 751 conversão em casamento’. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar
 752 toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Exa. que me
 753 permitam aprovar pelo menos uma emenda. **O SR. CONSTITUINTE ROBERTO FREIRE:** - Isso é coação
 754 moral irresistível. **O SR. PRESIDENTE (ULYSSES GUIMARÃES):** - Concedo a palavra ao relator. **O SR.**
 755 **CONSTITUINTE GERSON PERES:** - A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo. **O SR.**
 756 **RELATOR (BERNARDO CABRAL):** - Sr. Presidente, estou de acordo. **O SR. PRESIDENTE (ULYSSES**
 757 **GUIMARÃES):** - Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa).** Aprovada
 758 **(Palmas).** 1 Os constituintes, como se vê, depois de debaterem o assunto, optaram, inequivocamente,
 759 pela impossibilidade de se abrigar a relação entre pessoas do mesmo sexo no conceito jurídico de união
 760 estável.
 761 Não há, aqui, penso eu, com o devido respeito pelas opiniões divergentes, como cogitar-se de uma de
 762 mutação constitucional ou mesmo de proceder-se a uma interpretação extensiva do dispositivo em foco,
 763 diante dos limites jornais e materiais que a própria Lei Maior estabelece no tocante a tais procedimentos,
 764 a começar pelo que se contém no art. 60, § 4º, III, o qual erige a “separação dos Poderes” à **dignidade**
 765 **de “cláusula pétrea”,** que sequer pode ser alterada por meio de emenda constitucional. É certo que o

[JC390] Comentário: 6.1 O PDP como edifício. Cláusula Pétrea, pilastras fundamentais inamovíveis e que sustentam o ordenamento jurídico brasileiro.

766 Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera *bouche de la loi*, acrítica
 767 e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo
 768 quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a
 769 atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras,
 770 embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o
 771 sentido que melhor se aproxime da vontade 1 Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento
 772 "B"), p. 209. original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos
 773 fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros
 774 normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*. E, no caso sob exame,
 775 tenho que a norma constitucional, que resultou dos debates da Assembléia Constituinte, é clara ao
 776 expressar, com todas as letras, que a união estável só pode ocorrer entre o homem e a mulher, tendo em
 777 conta, ainda, a sua possível convalidação em casamento. Como, então, enquadrar-se, juridicamente, o
 778 convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo, fundado em laços afetivos, que alguns – a
 779 meu ver, de forma apropriada – denominam de “relação homoafetiva”? Ora, embora essa relação não se
 780 caracterize como uma união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um
 781 quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a
 782 partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, **diante da necessidade de dar-se**
 783 **concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da**
 784 **intimidade e da não-discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise.** Entendo que
 785 as uniões de pessoas do mesmo sexo que se projetam no tempo e ostentam a marca da publicidade, na
 786 medida em que constituem um dado da realidade fenomênica e, de resto, não são proibidas pelo
 787 ordenamento jurídico, devem ser reconhecidas pelo Direito, pois, como já diziam os juristas
 788 romanos, *ex facto oritur jus*. Creio que se está, repito, diante de outra entidade familiar, distinta daquela
 789 que caracteriza as uniões estáveis heterossexuais. A diferença, embora sutil, reside no fato de que, apesar
 790 de semelhante em muitos aspectos à união estável entre pessoas de sexo distinto, especialmente no que
 791 tange ao vínculo afetivo, à publicidade e à duração no tempo, a união homossexual não se confunde com
 792 aquela, eis que, por definição legal, abarca, exclusivamente, casais de gênero diverso. Para conceituar-se,
 793 juridicamente, a relação duradoura e ostensiva entre pessoas do mesmo sexo, já que não há previsão
 794 normativa expressa a ampará-la, seja na Constituição, seja na legislação ordinária, cumpre que se lance
 795 mão da integração analógica. Como se sabe, ante a ausência de regramento legal específico, pode o
 796 intérprete empregar a técnica da integração, mediante o emprego da analogia, com o fim de colmatar as
 797 lacunas porventura existentes no ordenamento legal, aplicando, no que couber, a disciplina normativa

[JC391] Comentário: 4.1 A DH
como princípio.

798 mais próxima à espécie que lhe cabe examinar, mesmo porque o Direito, como é curial, não convive com
 799 a anomia. Arrimo-me, para tanto, no ensinamento do mestre Canotilho, segundo o qual "A *integração*
 800 *existe quando determinadas situações: (1) que se devem considerar constitucionalmente reguladas, (2)*
 801 *não estão previstas (3) e não podem ser cobertas pela interpretação, mesmo extensiva, de preceitos*
 802 *constitucionais (considerados na sua letra e no seu ratio). Interpretação e integração consideram-se hoje*
 803 *como dois momentos da captação ou obtenção do direito, isto é, não se trata de dois procedimentos*
 804 *qualitativamente diferentes, mas apenas de etapas graduais de 'obtenção' do direito constitucional. A*
 805 *relativização das diferenças entre processo interpretativo e processo integrativo é particularmente fricante*
 806 *quando se trata de estabelecer limites entre uma **interpretação extensiva** e uma **integração***
 807 ***anológica**. Realça-se também que nos princípios da analogia existe sempre uma certa ambivalência*
 808 *funcional, pois, por um lado, são princípios de interpretação da lei e, por outro, são meios de*
 809 *preenchimento de sentido da mesma lei. Com efeito, em face do caráter incompleto, fragmentário e aberto*
 810 *do direito constitucional, o intérprete é colocado perante dupla tarefa: (1) em primeiro lugar, fixar o*
 811 *âmbito e o conteúdo de regulação da norma (ou normas) a aplicar (determinação do âmbito normativo);*
 812 *(2) em segundo lugar, se a situação de facto, carecedora de 'decisão' (legislativa, governamental ou*
 813 *jurisprudencial), não se encontrar regulada no complexo normativo-constitucional, ele deve complementar*
 814 *a lei constitucional preenchendo ou colmatando as suas lacunas. Uma lacuna normativo-constitucional só*
 815 *existe quando se verifica uma incompletude contrária ao 'plano' de ordenação constitucional. Dito por*
 816 *outras palavras: a lacuna constitucional autônoma surge quando se constata a ausência, no complexo*
 817 *normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas esta pode deduzir-se a partir do plano regulativo*
 818 *da constituição e da teleologia da regulamentação constitucional (grifos no original)."*²² CANOTILHO, José
 819 Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.
 820 1234-1235. Visto isso, resta, então, estabelecer se o rol de entidades familiares, definido no art. 226 da
 821 Constituição, é taxativo ou meramente exemplificativo. Valho-me, no ponto, de um trecho, abaixo
 822 transcrito, de instigante artigo da lavra de Suzana Borges Viegas de Lima: "*Para demonstrar que as*
 823 *relações homoafetivas constituem verdadeiras entidades familiares, temos como ponto de partida o rol*
 824 *descrito no artigo 226 da Constituição Federal, que, em nossa opinião, não é numerus clausus, e sim um*
 825 *rol exemplificativo, dada a natureza aberta das normas constitucionais. Para tanto, é essencial que se*
 826 *considere a evolução da família a partir de seus aspectos civis e constitucionais, buscando nos fenômenos*
 827 *da publicização e constitucionalização do Direito de Família, e, também, na repersonalização das relações*
 828 *familiares, os elementos para a afirmação das relações homoafetivas. A partir disso, encontramos um*
 829 *vasto campo para uma análise mais aprofundada da proteção legal das relações homoafetivas, assim*

830 como dos direitos que delas emanam, segundo o ordenamento jurídico vigente". 3 Tal é, também, o
 831 abalizado entendimento de Paulo Luiz Netto Lobo, para quem "A regra do § 4º do art. 226 integra-se à
 832 cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo 'também' nela contido. 'Também' tem o
 833 significado de igualmente, da mesma forma, outrossim de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se
 834 dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à
 835 realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não
 836 explicitadas no texto.. Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da
 837 Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo
 838 merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de
 839 abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito
 840 indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade
 841 aberta, dotada de ductibilidade e adaptabilidade." 4 Nesse sentido, aliás, observa o Professor Álvaro
 842 Villaça Azevedo que: "(...) a Constituição de 1988, mencionando em seu caput que a família é a 'base da
 843 sociedade', tendo 'especial proteção do Estado', nada mais necessitava o art. 226 de dizer no tocante à
 844 formação familiar, podendo o legislador constituinte ter deixado de discriminar as formas de constituição
 845 da família. Sim porque ao legislador, ainda que constituinte, não cabe dizer ao povo como deve ele
 846 constituir sua família. O importante é proteger todas as formas de constituição familiar, sem dizer o que é
 847 melhor."5 Não há, ademais, penso eu, como escapar da evidência de que a união homossexual, em
 848 nossos dias, é uma realidade de elementar constatação empírica, a qual está a exigir o devido
 849 enquadramento jurídico, visto que dela resultam direitos e obrigações que não podem colocar-se à
 850 margem da proteção do Estado, ainda que não haja norma específica a assegurá-los. Com efeito, a
 851 ninguém é dado ignorar – ousar dizer - que estão surgindo, entre nós e em diversos países do mundo, ao
 852 lado da tradicional família patriarcal, de base patrimonial e constituída, predominantemente, para os fins
 853 de procriação, outras formas de convivência familiar, fundadas no afeto, e nas quais se valoriza, de forma
 854 particular, a busca da felicidade, o bem estar, o respeito e o desenvolvimento pessoal de seus integrantes.
 855 O próprio Estado, diga-se, no último censo, levado a efeito no ano de 2010, por meio do Instituto
 856 Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, intentou avaliar, quantitativamente, essa forma de
 857 relacionamento entre pessoas do mesmo gênero, constatando, ao término da pesquisa, que existem, em
 858 um universo de mais ou menos 190 milhões de habitantes, cerca de 60 mil casais homossexuais auto
 859 declarados no País.6 Assim, muito embora o texto constitucional tenha sido taxativo ao dispor que a união
 860 estável é aquela formada por pessoas de sexos diversos, tal ressalva não significa que a união
 861 homoafetiva pública, continuada e duradoura não possa ser identificada como entidade familiar apta a

[JC392] Comentário: 4.4 O PDP é algo a ser realizado. Uma meta; serve de motivação.

merecer proteção estatal, diante do rol meramente exemplificativo do art. 226, quando mais não seja em homenagem aos valores e princípios basilares do texto constitucional. O que se pretende, ao empregar-se o instrumento metodológico da integração, não é, à evidência, substituir a vontade do constituinte por outra arbitrariamente escolhida, mas apenas, tendo em conta a existência de um vácuo normativo, procurar reger uma realidade social superveniente a essa vontade, ainda que de forma provisória, ou seja, até que o Parlamento lhe dê o adequado tratamento legislativo. Cuida-se, em outras palavras, de retirar tais relações, que ocorrem no plano fático, da clandestinidade jurídica em que se encontram, reconhecendo-lhes a existência no plano legal, mediante seu enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar. Esse proceder metodológico encontra apoio no abalizado entendimento de Konrad Hesse, segundo o qual *"o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a . incorporação da 'realidade' de cuja ordenação se trata"*. Dito de outro modo, não é dado ao intérprete constitucional, a pretexto de ausência de previsão normativa, deixar de dar solução aos problemas que emergem da realidade fenomênica, sob pena, inclusive, em nosso caso, de negar vigência ao disposto no art. 5º, XXXV, da Lei Maior. Convém esclarecer que não se está, aqui, a reconhecer uma "união estável homoafetiva", por interpretação extensiva do § 3º do art. 226, mas uma "união homoafetiva estável", mediante um processo de integração analógica. Quer dizer, desvela-se, por esse método, outra espécie de entidade familiar, que se coloca ao lado daquelas formadas pelo casamento, pela união estável entre um homem e uma mulher e por qualquer dos pais e seus descendentes, explicitadas no texto constitucional. Cuida-se, enfim, a meu juízo, de uma entidade familiar que, embora não esteja expressamente prevista no art. 226, precisa ter a sua existência reconhecida pelo Direito, tendo em conta a existência de uma lacuna legal que impede que o Estado, exercendo o indeclinável papel de protetor dos grupos minoritários, coloque sob seu amparo as relações afetivas públicas e duradouras que se formam entre pessoas do mesmo sexo. Em suma, reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar aplicam-se a ela as regras do instituto que lhe é mais próximo, qual seja, a união estável heterossexual, mas apenas nos aspectos em que são assemelhados, descartando-se aqueles que são próprios da relação entre pessoas de sexo distinto, segundo a vetusta máxima *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que fundamenta o emprego da analogia no âmbito jurídico. Isso posto, pelo meu voto, julgo procedente as presentes ações diretas de inconstitucionalidade para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas, caracterizadas como entidades familiares, as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que sobrevenham disposições normativas específicas que regulem tais relações.

VOTO

894 **A Senhora Ministra Carmen Lúcia** - Nestas ações diretas de inconstitucionalidade, nas quais se põe em
895 discussão a interpretação legitimadora do art. 1723 do Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002), o núcleo
896 da questão a se examinar é se haveria guarida constitucional para a pretensão dos Autores, a saber, dar-
897 se interpretação conforme à Constituição ao art. 1723 do Código Civil, permitindo se declare a sua
898 incidência também sobre a união de pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura,
899 formada com o objetivo de constituir família. Observo, inicialmente, que a conquista de direitos é tão
900 difícil quanto curiosa. A luta pelos direitos é árdua para a geração que cuida de batalhar pela sua
901 aquisição. E parece uma obviedade, quase uma banalidade, para as gerações que os vivem como
902 realidades conquistadas e consolidadas. Bobbio afirmou, na década de oitenta do séc. XX, que a época
903 não era de conquistar novos direitos, mas tornar efetivos os direitos conquistados. Este julgamento
904 demonstra que ainda há uma longa trilha, que é permanente na história humana, para a conquista de
905 novos direitos. A violência continua, minorias são violentadas, discriminações persistem. Veredas há a
906 serem palmilhadas, picadas novas há a serem abertas para o caminhar mais confortável do ser humano.

907 1. Põe-se em questão o que preceitua o art. 1723 do Código Civil, sua interpretação, seus efeitos: "Art.
908 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na
909 convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". O
910 que se enfatiza, na multiplicidade de peças que compõem os autos, a partir da petição inicial, é que a
911 união entre pessoas do mesmo sexo haveria de ser respeitada e assegurada pelo Estado, com base na
912 norma para a qual se pede a interpretação conforme à Constituição, ao argumento de que definir a união
913 estável entre homem e mulher e excluir outras opções contrariaria preceitos constitucionais fundamentais,
914 como os princípios da liberdade, da intimidade, da igualdade e da proibição de discriminação. Pede-se
915 seja obrigatório o reconhecimento, no Brasil, da legitimidade da união entre pessoas do mesmo sexo,
916 como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável
917 entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis
918 estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. 2. O Ministro Relator vota no
919 sentido de julgar procedentes as ações para dar interpretação conforme e o Ministro Luiz Fux também
920 assim as julga, delimitando, contudo, ao que pedido, sem qualquer outra extensão que não tenha sido
921 cuidado nos autos. 3. Também voto no sentido da procedência das ações, com as delimitações agora
922 trazidas pelo Ministro Luiz Fux. 4. Faço-o enfatizando, inicialmente, que não se está aqui a discutir, nem
923 de longe, a covardia dos atos, muitos dos quais violentos, contrários a toda forma de direito, que a
924 manifestação dos preconceitos tem dado mostra contra os que fazem a opção pela convivência
925 homossexual. Contra todas as formas de preconceito, contra quem quer que seja, há o direito

926 constitucional. E este é um tribunal que tem a função precípua de defender e garantir os direitos
927 constitucionais. E, reitere-se, todas as formas de preconceito merecem repúdio de todas as pessoas que
928 se comprometam com a justiça, com a democracia, mais ainda os juízes do Estado Democrático de
929 Direito. Até porque, como afirmaram muitos dos advogados que assumiram a tribuna, a escolha de uma
930 união homoafetiva é individual, íntima e, nos termos da Constituição brasileira, manifestação da liberdade
931 individual. Talvez explicasse isso melhor Guimarães Rosa, na descrição de Riobaldo, ao encontrar
932 Reinaldo/Diadorim: “enquanto coisa assim se ata, a gente sente mais é o que o corpo a próprio é: coração
933 bem batendo. ...o real roda e põe diante. Essas são as horas da gente. As outras, de todo tempo, são as
934 horas de todos...amor desse, cresce primeiro; brota é depois. ... a vida não é entendível” (Grande sertão:
935 veredas). É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não
936 adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a
937 vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente,
938 porque o Direito existe para a vida, não a vida para o Direito. 5. O que se está aqui a analisar e discutir é
939 porque há que se adotar a melhor interpretação da norma do art. 1723 do Código Civil em consonância
940 com os princípios constitucionais para se concluir qual a interpretação daquela norma a ser adotada,
941 afastando-se outras, que, em sua literalidade, também seriam possíveis. 6. Anoto, como, de resto, já o
942 assinalou em seu voto o Ministro Relator, que o art. 1723 do Código Civil repete o que no § 3º do art. 226
943 da Constituição se contém. Mas afirmou o Ministro Ayres Britto que haveria de se dar pela procedência das
944 ações porque a regra do Código Civil poderia conduzir a interpretações excludentes dos direitos daqueles
945 que escolhem viver em uniões homoafetivas. E a largueza dos princípios constitucionais determinam que a
946 interpretação a ser aproveitada quanto aos direitos fundamentais impõem a interpretação conforme da
947 regra em foco segundo a norma constitucional entendida numa largueza maior, fundamentada nos
948 princípios magnos do sistema. Daí porque há de se interpretar, a meu ver, a própria norma do parágrafo
949 3º do art. 226 da Constituição brasileira para se concluir sobre a aplicabilidade do art. 1723 do Código
950 Civil. Dispõe o art. 226 e seu parágrafo 3º: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção
951 do Estado... § 3º -Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a
952 mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” 4. Considerando o
953 quadro social contemporâneo, no qual se tem como dado da realidade uniões homoafetivas, a par do que
954 se põe, no Brasil, reações graves de intolerância quanto a pessoas que, no exercício da liberdade que lhes
955 é constitucionalmente assegurada, fazem tais escolhas, parece-me perfeitamente razoável que se
956 interprete a norma em pauta em consonância com o que dispõe a Constituição em seus princípios
957 magnos. 5. Sistema que é, a Constituição haverá de ser interpretada como um conjunto harmônico de

958 normas, no qual se põe uma finalidade voltada à concretização de valores nela adotados como princípios.

959 Ensina José Afonso da Silva que "a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido

960 mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si

961 e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu

962 conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na

963 sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela

964 aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito;

965 c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro chamar de 'hermenêutica

966 contextual" (SILVA, José Afonso da – Comentário contextual à Constituição. São Paulo: Malheiros, 2010,

967 p. 15). No exercício desta tarefa interpretativa, não me parece razoável supor que qualquer norma

968 constitucional possa ser interpretada fora do contexto das palavras e do espírito que se põe no sistema. É

969 exato que o § 3º do art. 226 da Constituição é taxativo ao identificar que "Para efeito da proteção do

970 Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar". Tanto não pode

971 significar, entretanto, que a união homoafetiva, a dizer, de pessoas do mesmo sexo seja,

972 constitucionalmente, intolerável e intolerada, dando azo a que seja, socialmente, alvo de intolerância,

973 abrigada pelo Estado Democrático de Direito. **Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os**

974 **seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana,** que impõe a tolerância e a

975 convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas. Contrariamente ao

976 que foi afirmado na tribuna, não é exato que a referência à mulher, no § 3º do art. 226 da Constituição,

977 pretendesse significar a superação de anterior estado de diferenciação inferiorizante de cada uma de nós. O

978 histórico das discussões na Assembléia Constituinte demonstram que assim não foi. Nem é de se afirmar

979 que há mera repetição do que posto no inc. I do art. 5º e no § 3º do art. 226. Cuidam-se de temas que se

980 equilibram, mas não se confundem. Mas é exato que a referência expressa a homem e mulher garante a

981 eles, às expressas, o reconhecimento da união estável como entidade familiar, com os consectários

982 jurídicos próprios. Não significa, a meu ver, contudo, que se não for um homem e uma mulher, a união

983 não possa vir a ser também fonte de iguais direitos. Bem ao contrário, o que se extrai dos princípios

984 constitucionais é que todos, homens e mulheres, qualquer que seja a escolha do seu modo de vida, têm

985 os seus direitos fundamentais à liberdade, a ser tratado com igualdade em sua humanidade, ao respeito, à

986 intimidade devidamente garantidos. 6. Para ser digno há que ser livre. E a liberdade perpassa a vida de

987 uma pessoa em todos os seus aspectos, aí incluído o da liberdade de escolha sexual, sentimental e de

988 convivência com outrem. O que é indigno leva ao sofrimento socialmente imposto. E sofrimento que o

989 Estado abriga é antidemocrático. E a nossa é uma Constituição democrática. Garantidos

[JC393] Comentário: 6.1 O PDP
é edifício.

990 constitucionalmente os direitos inerentes à liberdade (art. 5º, caput, da Constituição) há que se assegurar
991 que o seu exercício não possa ser tolhido, porque, à maneira da lição de Ruy Barbosa, o direito não dá
992 com a mão direita para tirar com a esquerda. Não seria pensável que se assegurasse constitucionalmente
993 a liberdade e, por regra contraditória, no mesmo texto se tolhesse essa mesma liberdade, impedindo-se o
994 exercício da livre escolha do modo de viver, pondo-se aquele que decidisse exercer o seu direito a
995 escolhas pessoais livres como alvo de preconceitos sociais e de discriminações, à sombra do direito. 7. A
996 discriminação é repudiada no sistema constitucional vigente, pondo-se como objetivo fundamental da
997 República, expresso, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual se promova “o bem de
998 todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”
999 (Art. 3º, inc. III). Se a República põe, entre os seus objetivos, que o bem de todos haverá de ser
1000 promovido sem preconceito e de qualquer forma de discriminação, como se permitir, paralelamente, seja
1001 tida como válida a inteligência de regra legal, que se pretenda aplicada segundo tais princípios, a conduzir
1002 ao preconceito e à discriminação? Realça-se, aqui, o princípio da igualdade, porque se tem o direito de ser
1003 tratado igualmente no que diz com a própria humanidade e o direito de ser respeitado como diferente em
1004 tudo é a individualidade de cada um. A escolha da vida em comum com quem quer que seja é uma
1005 eleição que concerne à própria condição humana, pois a afeição nutrida por alguém é o que pode haver
1006 de mais humano e de mais íntimo de cada um. Aqueles que fazem opção pela união homoafetiva não
1007 pode ser desigualado em sua cidadania. Ninguém pode ser tido como cidadão de segunda classe porque,
1008 como ser humano, não aquiesceu em adotar modelo de vida não coerente com o que a maioria tenha
1009 como certo ou válido ou legítimo. E a igual cidadania é direito fundamental posta na própria estrutura do
1010 Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. III, da Constituição). Seria de se indagar se qualquer forma de
1011 preconceito poderia acanhar a cidadania de quem, por razões de afeto e opções de vida segundo o sentir,
1012 resolvesse adotar modo de convivência estável com outrem que não o figurino tido como “o comum”. 8. É
1013 ainda o Professor José Afonso da Silva que leciona: “o intérprete da Constituição tem que partir da idéia
1014 de que ela é um texto que tem algo a dizer-nos que ainda ignoramos. É função da interpretação
1015 desvendar o sentido do texto constitucional; a interpretação é, assim, uma maneira pela qual o significado
1016 mais profundo do texto é revelado, para além mesmo do seu conteúdo material” (Op. cit., p. 14). Daí
1017 porque, ao interpretar o art. 226 da Constituição, aquele autor assinala que “a entidade familiar fundada
1018 no casamento, portanto, não é mais a única consagrada pelo direito constitucional e, por consequência,
1019 pela ordem jurídica em geral; porque é da Constituição que irradiam os valores normativos que imantam
1020 todo o ordenamento jurídico. Ex facto oritur jus – diz o velho brocado latino. A realidade é a causadora de
1021 representações jurídicas que, até um certo momento, permanecem à margem do ordenamento jurídico

1022 formal; mas a pressão dos fatos acaba por gerar certo reconhecimento da sociedade, que vai aceitando
 1023 situações antes repudiadas, até o momento em que o legislador as disciplina, exatamente para contê-las
 1024 no campo do controle social. Quantos sofrimentos passaram mães solteiras que, com seus filhos, eram
 1025 marginalizadas pela sociedade e desprezadas pelo Estado, porque essa comunidade não era concebida
 1026 como entidade familiar, porque o sistema constitucional só reconhecia a família biparental?" (Op. cit., p.
 1027 863). A interpretação correta da norma constitucional parece-me, portanto, na sequência dos vetores
 1028 constitucionais, ser a que conduz ao reconhecimento do direito à liberdade de que cada ser humano é
 1029 titular para escolher o seu modo de vida, aí incluído a vida afetiva com o outro, **constituindo uma**
 1030 **instituição que tenha dignidade jurídica,** garantindo-se, assim, a integridade humana de cada qual. 9.
 1031 Essa escolha, de resto, põe-se no espaço de intimidade de cada um, o que também é objeto de expresse
 1032 reconhecimento e resguardo constitucional (art. 5º, inc. X), que projeta para o plano social a eleição
 1033 sentimental feita pelas pessoas e que merece não apenas a garantia do Estado do que pode ser escolhido,
 1034 mas também a segurança estatal de que não sejam as pessoas alvo de destratamento ou discriminação
 1035 pelo exercício dessa sua liberdade. A análise desta norma constitucional demonstra ser bem larga a esfera
 1036 de inviolabilidade da pessoa que, nos termos do constitucionalismo positivo, "abrange o modo de vida
 1037 doméstica, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos,
 1038 segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo" (SILVA, José Afonso da – op. cit., p.
 1039 100). 10. Considero o pluralismo político também uma expressão que se estende além dos limites da
 1040 atividade política ou do espaço político. Bem ao contrário, tenho que o pluralismo haverá de ser social
 1041 para se expressar no plano político. E o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as
 1042 opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções. Daí a escolha
 1043 da vida em comum de duas pessoas do mesmo sexo não poder ser tolhida, por força de interpretação
 1044 atribuída a uma norma legal, porque tanto contrariaria os princípios constitucionais que fundamentam o
 1045 pluralismo político e social. E o pluralismo não apenas se põe, expressamente, no art. 1º, inc. IV, da
 1046 Constituição, como se tem também em seu preâmbulo, a sinalizar a trilha pela qual há de se conduzir o
 1047 intérprete. As escolhas pessoais livres e legítimas, segundo o sistema jurídico vigente, são plurais na
 1048 sociedade e, assim, terão de ser entendidas como válidas. 11. Na esteira, assim, da assentada
 1049 jurisprudência dos tribunais brasileiros, que já reconhecem para fins previdenciários, fiscais, de alguns
 1050 direitos sociais a união homoafetiva, tenho como procedentes as ações, nos termos dos pedidos
 1051 formulados, para reconhecer admissível como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo e os
 1052 mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis serem reconhecidos àqueles que optam
 1053 pela relação homoafetiva. É como voto.

[JC394] Comentário: 4.3 –
 Adjetivação para jurídica;
 não basta ser jurídica, tem
 que ser jurídica dignamente

1054 O **Senhor Ministro Marco Aurélio** – Na assentada de ontem, proclamou-se o prejuízo parcial da
 1055 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, levando-se em conta a edição de lei
 1056 estadual que implicou a extensão dos benefícios previstos nos artigos 19, incisos II e V, e 33, incisos I a X
 1057 e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 220, de 18 de julho de 1975, do Estado do Rio de Janeiro, aos
 1058 servidores públicos civis que tenham constituído uniões homoafetivas. O pedido residual de
 1059 reconhecimento de incompatibilidade entre as decisões administrativas e judiciais mencionadas na petição
 1060 inicial e a Constituição Federal foi recebido como ação direta de inconstitucionalidade com
 1061 mesmo objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Considerada a identidade de pedidos,
 1062 articulo um único voto sobre o tema. O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime
 1063 jurídico previsto no artigo 1.723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a intenção
 1064 de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre
 1065 homem e mulher. O requerente articula com a violação aos princípios e às regras constitucionais atinentes
 1066 à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder
 1067 público a aplicação analógica do regime da união estável às uniões homoafetivas. Pois bem, eis o cerne da
 1068 questão em debate: saber se a convivência pública, duradoura e com o ânimo de formar família, por
 1069 pessoas de sexo igual deve ser admitida como entidade familiar à luz da Lei Maior, considerada a omissão
 1070 legislativa. Em caso positivo, cabe a aplicação do regime previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002?
 1071 A corrente contrária a tal reconhecimento argumenta que o § 3º do artigo 226 da Carta da República
 1072 remete tão-somente à união estável entre homem e mulher, o que se poderia entender como silêncio
 1073 eloquente do constituinte no tocante à união entre pessoas de mesmo sexo. Além disso, o artigo 1.723 do
 1074 Código Civil de 2002 apenas repetiria a redação do texto constitucional, sem fazer referência à união
 1075 homoafetiva, a revelar a dupla omissão, o que afastaria do âmbito de incidência da norma a união de
 1076 pessoas de sexo igual. Essa é a opinião que pode ser pinçada das decisões judiciais anexadas ao processo,
 1077 compartilhada por Álvaro Villaça Azevedo (“União entre pessoas do mesmo sexo”, *Direito de família e*
 1078 *sucessões*, 2008, p. 17). Na mesma linha, a manifestação da Associação Eduardo Banks, admitida como
 1079 amiga da Corte neste processo. Daí a dificuldade hermenêutica: seria possível incluir nesse regime uma
 1080 situação que não foi originalmente prevista pelo legislador ao estabelecer a premissa para a consequência
 1081 jurídica? Não haveria transbordamento dos limites da atividade jurisdicional? A resposta à última questão,
 1082 adianto, é desenganadamente negativa. Em 19 de agosto de 2007, em artigo intitulado “A igualdade é
 1083 colorida”, publicado na Folha de São Paulo, destaquei o preconceito vivido pelos homossexuais. O índice
 1084 de homicídios decorrentes da homofobia é revelador. Ao ressaltar a necessidade de atuação legislativa,
 1085 disse, então, que são 18 milhões de cidadãos considerados de segunda categoria: pagam impostos,

[JC395] Comentário: 4.1. O PD
é uma regra.

1086 votam, sujeitam-se a normas legais, mas, ainda assim, são vítimas preferenciais de preconceitos,
 1087 discriminações, insultos e chacotas, sem que lei específica a isso coíba. Em se tratando de homofobia, o
 1088 Brasil ocupa o primeiro lugar, com mais de cem homicídios anuais cujas vítimas foram trucidadas apenas
 1089 por serem homossexuais. No fecho do artigo fiz ver: felizmente, o aumento do número de pessoas
 1090 envolvidas nas manifestações e nas organizações em prol da obtenção de visibilidade e, portanto, dos
 1091 benefícios já conquistados pelos heterossexuais faz pressupor um quadro de maior compreensão no
 1092 futuro. Mesmo a reboque dos países mais avançados, onde a união civil homossexual é reconhecida
 1093 legalmente, o Brasil está vencendo a guerra desumana contra o preconceito, o que significa fortalecer o
 1094 Estado Democrático de Direito, sem dúvida alguma, a maior prova de desenvolvimento social. No campo
 1095 da atividade jurisdicional, ao negar a suspensão de liminar pretendida na Petição nº 1.984, embora por
 1096 vários fundamentos, também acenei com a opinião ora veiculada. Há não mais de sessenta anos, na
 1097 Inglaterra, foi intensamente discutido se as relações homossexuais deveriam ser legalizadas. As
 1098 conclusões ficaram registradas no relatório Wolfenden, de 1957. Vejam que apenas seis décadas nos
 1099 separam de leis que previam a absoluta criminalização da sodomia, isso no país considerado um dos mais
 1100 liberais e avançados do mundo. Em lados opostos no debate, estavam o renomado professor L. A. Hart e
 1101 o magistrado Lorde Patrick Devlin. O primeiro sustentava o respeito à individualidade e à autonomia
 1102 privada e o segundo, a prevalência da moralidade coletiva, que à época repudiava relações sexuais entre
 1103 pessoas de igual gênero¹. Em breve síntese, Devlin afirmou a necessidade de as leis refletirem o tecido
 1104 básico de composição da sociedade, que é exatamente a moralidade comum. Sem a moralidade,
 1105 asseverava, haveria a desintegração da sociedade, sendo tarefa do Direito impedir a produção desse
 1106 resultado. Manifestou-se pela máxima liberdade possível na vida privada dos indivíduos, desde que os atos
 1107 praticados não contrariassem esse preceito reputado singelo, de defesa do mínimo ético. Questionava a
 1108 própria utilidade do direito à liberdade quando acionado para tomar decisões que eram sabidamente
 1109 prejudiciais ao indivíduo e à sociedade. Não se furtava a dizer que ninguém via na homossexualidade um
 1110 bom projeto de vida – de fato, essa era a opinião comum. Interrogado sobre o que deveria ser
 1111 considerado moralidade, recorreu ao juízo de uma pessoa¹. Os pontos de vista estão expressos nas obras
 1112 seguintes: H. L. A. Hart, *Liberty and Morality*, e Patrick Devlin, *The enforcement of morals*. normal (*right-*
 1113 *minded person*), o que foi criticado por Hart pela extrema vagueza. Afinal, o que é o juízo moral de uma
 1114 pessoa comum? Segundo Hart, tais visões imputadas à moralidade comum não passavam de preconceito
 1115 resultante da ignorância, do medo e da incompreensão, sentimentos incompatíveis com a racionalidade
 1116 que deve ser inerente à ciência jurídica. Apontou quatro razões para refutar a posição de Devlin. Primeira:
 1117 punir alguém é lhe causar mal, e, se a atitude do ofensor não causou mal a ninguém, carece de sentido a

1118 punição. Em outras palavras, as condutas particulares que não afetam direitos de terceiros devem ser
 1119 reputadas dentro da esfera da autonomia privada, livres de ingerência pública. Segunda razão: o livre
 1120 arbítrio também é um valor moral relevante. Terceira: a liberdade possibilita o aprendizado decorrente da
 1121 experimentação. Quarta: as leis que afetam a sexualidade individual acarretam mal aos indivíduos a ela
 1122 submetidos, com gravíssimas conseqüências emocionais. Ao longo do tempo, os argumentos de Hart
 1123 acabaram por prevalecer, ao menos relativamente à descriminalização da sodomia. Já se conduziu que o
 1124 Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg,
 1125 capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã². A ciência do
 1126 Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito –
 1127 desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser
 1128 fruto da cultura humana, não pode buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a
 1129 objetividade e a racionalidade possíveis.² In Enciclopédia do Holocausto, *United States Holocaust*
 1130 *Museum*, disponível em <http://www.ushmm.org/> Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à
 1131 moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando
 1132 uma religião específica capturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as
 1133 condenações dos Tribunais da Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que
 1134 também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que
 1135 resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa
 1136 bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martínez (*Curso de Derechos Fundamentales: teoría*
 1137 *general*, 1991, p. 32) assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas
 1138 do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo
 1139 e imiscuído com a moral religiosa.
 1140 Em síntese, se não é possível conceber o Direito e a moral como duas esferas independentes, como queria
 1141 Kelsen, também não se pode adotar a teoria dos círculos concêntricos, preconizada por Jeremy Bentham
 1142 (citado por Paulo Na der, *Introdução ao estudo do Direito*, 2010, p. 42), que considera a ordem jurídica
 1143 inteiramente circunscrita ao campo da moral. Moral e Direito devem ter critérios distintos, mas caminhar
 1144 juntos. O Direito não está integralmente contido na moral, e vice-versa, mas há pontos de contato e
 1145 aproximação. É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento –
 1146 no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os
 1147 costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de
 1148 que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar
 1149 proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência

1150 constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser
 1151 tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as
 1152 esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as
 1153 orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As
 1154 garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o
 1155 tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana,
 1156 o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual. A
 1157 ausência de aprovação dos diversos projetos de lei que encampam a tese sustentada pelo requerente,
 1158 descontada a morosidade na tramitação, indica a falta de vontade coletiva quanto à tutela jurídica das
 1159 uniões homoafetivas. As demonstrações públicas e privadas de preconceito em relação à orientação
 1160 sexual, tão comuns em noticiários, revelam a dimensão do problema. A solução, de qualquer sorte,
 1161 independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito
 1162 à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do artigo 226 e parágrafos da Carta da República de 1988,
 1163 no que permitiu a reformulação do conceito de família. O reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões
 1164 estáveis representa a superação dos costumes e convenções sociais que, por muito tempo, embala ramo
 1165 Direito Civil, notadamente o direito de família. A união de pessoas com o fim de procriação, auxílio mútuo
 1166 e compartilhamento de destino é um fato da natureza, encontra-se mesmo em outras espécies. A família,
 1167 por outro lado, é uma construção cultural. Como esclarece Maria Berenice Dias (*Manual de direito das*
 1168 *famílias*, 2010, p. 28), no passado, as famílias formavam-se para fins exclusivos de procriação,
 1169 considerada a necessidade do maior número possível de pessoas para trabalhar em campos rurais. Quanto
 1170 mais membros, maior a força de trabalho, mais riqueza seria possível extrair da terra. Os componentes da
 1171 família organizavam-se hierarquicamente em torno da figura do pai, que ostentava a chefia da entidade
 1172 familiar, cabendo aos filhos e à mulher posição de subserviência e obediência. Esse modelo patriarcal,
 1173 fundado na hierarquia e no patrimônio oriundo de tempos imemoriais, sofreu profundas mudanças ao
 1174 tempo da revolução industrial, quando as indústrias recém-nascidas passaram absorver a mão de obra nos
 1175 centros urbanos. O capitalismo exigiu a entrada da mulher no mercado de trabalho, modificando para
 1176 sempre o papel do sexo feminino nos setores públicos e privados. A aglomeração de pessoas em espaços
 1177 cada vez mais escassos nas cidades agravou os custos de manutenção da prole, tanto assim que hoje se
 1178 pode falar em família nuclear, em contraposição à família extensa que existia no passado. As modificações
 1179 pelas quais a família passou não impediram a permanência de resquícios do modelo antigo, os quais
 1180 perduraram – e alguns ainda perduram – até os dias recentes. Faço referência a países em que ainda há a
 1181 proeminência do homem sobre a mulher, como ocorre no Oriente Médio, e os casamentos arranjados por

[JC396] Comentário: 4.1 O PDP não é uma regra como alhure aqui aparece como direito a ser tutelado.

[JC397] Comentário: 6.1 – O PDPH é fundamento. Edifício

1182 genitores – feito por interesses deles e não dos nubentes –, que continuam a ter vez em determinadas
 1183 áreas da Índia. Especificamente no Brasil, o Código Civil de 1916 atribuía efeitos jurídicos somente à
 1184 família tradicional, consumada pelo matrimônio entre homem e mulher, em vínculo indissolúvel. Família
 1185 era apenas uma: aquela resultante do matrimônio. Os relacionamentos situados fora dessa esfera estavam
 1186 fadados à invisibilidade jurídica, quando não condenados à pecha da ilicitude, rotulados com expressões
 1187 pouco elogiosas – lembrem-se dos filhos adulterinos, amásias e concubinas. A situação foi mudando
 1188 gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei nº 4.121/62 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu
 1189 capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o
 1190 divórcio, implementado pela Emenda Constitucional nº 9/77 e pela Lei nº 6.515/77, modificou
 1191 definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas
 1192 famílias. O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco
 1193 divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento
 1194 jurídico de outras formas familiares. Segundo Gustavo Tepedino: “A Constituição da República traduziu a
 1195 nova tabula de valores da sociedade, estabeleceu os princípios fundamentais do ordenamento jurídico e,
 1196 no que concerne às relações familiares, alterou radicalmente os paradigmas hermenêuticos para a
 1197 compreensão dos modelos de convivência e para a solução dos conflitos intersubjetivos na esfera da
 1198 família” (“A legitimidade constitucional das famílias formadas por uniões de pessoa do mesmo sexo”,
 1199 *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, números 22 e 23, p. 91). Maria
 1200 Berenice Dias afirma que “agora não se exige mais a tríplice identidade: família-sexo-procriação” (*União*
 1201 *homoafetiva*, 2009, p. 178). É inegável: ela tem razão. O § 5º do artigo 226 da Constituição Federal
 1202 equiparou homens e mulheres nos direitos e deveres conjugais, determinando a mais absoluta igualdade
 1203 também no interior da família. O § 4º do mencionado dispositivo admitiu os efeitos jurídicos das
 1204 denominadas famílias mono parentais, formadas por apenas um dos genitores e os filhos. Por fim, o § 3º
 1205 desse artigo expressamente impôs ao Estado a obrigatoriedade de reconhecer os efeitos jurídicos às
 1206 uniões estáveis, dando fim à idéia de que somente no casamento é possível a instituição de família. Revela-
 1207 se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto
 1208 é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do
 1209 patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de
 1210 caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins
 1211 meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida plena
 1212 comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela
 1213 a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe, como defende Guilherme Calmon

[JC398] Comentário: 4.1 – Há uma DH para cada pessoa ?

1214 Nogueira da Gama (*Direito de família e o novo Código Civil*, p. 93, citado por Maria Berenice Dias, *Manual*
 1215 *de direito das famílias*, 2010, p. 43). Consoante Pietro Pierlingieri, a “família não fundada no casamento
 1216 é, portanto, ela mesma uma formação social potencialmente idônea ao desenvolvimento da personalidade
 1217 dos seus componentes e, como tal, orientada pelo ordenamento a buscar a concretização desta função”
 1218 (*O direito civil na legalidade constitucional*, 2008, p. 989). Se o reconhecimento da entidade familiar
 1219 depende apenas da opção livre e responsável de constituição de vida comum para **promover a dignidade**
 1220 **dos partícipes**, regida pelo afeto existente entre eles, então não parece haver dúvida de que a
 1221 Constituição Federal de 1988 permite seja a união homoafetiva admitida como tal. Essa é a leitura
 1222 normativa que faço da Carta e dos valores por ela consagrados, em especial das cláusulas contidas nos
 1223 artigos 1º, inciso III, 3º, incisos II e IV, e 5º, cabeça e inciso I. Percebam que a transformação operada
 1224 pela atual Constituição não se resumiu ao direito de família. A partir de 1988, ocorreu a ressignificação do
 1225 ordenamento jurídico. Como é cediço, compete aos intérpretes efetuar a filtragem constitucional dos
 1226 institutos previstos na legislação infraconstitucional. Esse fenômeno denominado “constitucionalização do
 1227 Direito”, na expressão de uso mais corriqueiro, revela que não podemos nos ater ao dogmatismo
 1228 ultrapassado, que então prevalecia no Direito Civil. Esse ramo do Direito voltou-se à tutela das situações
 1229 jurídico-existenciais e, apenas em caráter secundário, às situações jurídico-patrimoniais. **O Direito Civil é**
 1230 **possivelmente o ramo da ciência jurídica mais afetado pela inserção do princípio da dignidade da pessoa**
 1231 **humana como fundamento da República**, porquanto estampa diretamente os costumes e os valores da
 1232 sociedade, razão pela qual tantas vezes o Código Civil é rotulado como “a Constituição do homem
 1233 comum”. O Direito Civil, sabemos, restringia-se ao “ter”. O titular da propriedade era o grande destinatário
 1234 das normas do Direito Civil, e a propriedade era o direito por excelência. O direito de família oriundo do
 1235 Código Bevilácqua concernia a questões patrimoniais. O Direito Civil, na expressão empregada por Luiz
 1236 Edson Fachin, sofreu uma “virada de Copérnico”, foi constitucionalizado e, por consequência, desvinculado
 1237 do patrimônio e socializado. A propriedade e o proprietário perderam o papel de centralidade nesse ramo
 1238 da ciência jurídica, dando lugar principal à pessoa. É o direito do “ser”, da personalidade, da existência.
 1239 Relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação
 1240 paradigmática no Direito Civil levada a cabo pela Constituição da República. A categoria da sociedade de
 1241 fato reflete a realização de um empreendimento conjunto, mas de nota patrimonial, e não afetiva ou
 1242 emocional. Sociedade de fato é sociedade irregular, regida pelo artigo 987 exigentes do Código Civil, de
 1243 vocação empresarial. Sobre o tema, Carvalho de Mendonça afirmava que as sociedades de fato são
 1244 aquelas afetadas por vícios que as inquinam de nulidade, e são fulminadas por isso com o decreto de
 1245 morte (*Tratado de direito comercial brasileiro*, 2001, p. 152 e 153). Para Rubens Requião, “convém

[JC399] Comentário: 6.3 – O PDPH é um recurso que deve ser provido.

[JC400] Comentário: 6.1 – DH como princípio fundamental RFB.

1246 esclarecer que essas entidades – sociedades de fato e sociedades irregulares – não perdem a sua
 1247 condição de sociedades empresárias” (*Curso de direito comercial*, 2010, p. 444). Tanto assim que as
 1248 dissoluções de sociedades de fato são geralmente submetidas à competência dos Juízos cíveis, e não dos
 1249 Juízos de família. Nada mais descompassado com a essência da união homoafetiva, a revelar o propósito
 1250 de compartilhamento de vida, e não de obtenção de lucro ou de qualquer outra atividade negociar. A
 1251 homoafetividade é um fenômeno que se encontra fortemente visível na sociedade. Como salientado pelo
 1252 requerente, inexistente consenso quanto à causa da atração pelo mesmo sexo, se genética ou se social, mas
 1253 não se trata de mera escolha. A afetividade direcionada a outrem de gênero igual compõe a
 1254 individualidade da pessoa, de modo que se torna impossível, sem destruir o ser, exigir o contrário. Insisto:
 1255 se duas pessoas de igual sexo se unem para a vida afetiva comum, o ato não pode ser lançado a
 1256 categoria jurídica imprópria. A tutela da situação patrimonial é insuficiente. Impõe-se a proteção jurídica
 1257 integral, qual seja, o reconhecimento do regime familiar. Caso contrário, conforme alerta Daniel
 1258 Sarmento³, estar-se-á a transmitir a mensagem de que o afeto entre elas é reprovável e não merece o
 1259 respeito da sociedade, tampouco tutela do Estado, **o que viola a dignidade dessas pessoas, que apenas**
 1260 **buscam o amor, a felicidade, a realização.** Se as decisões judiciais que permitiram o reconhecimento das
 1261 sociedades de fato entre pessoas do mesmo sexo representaram inegável avanço quando foram
 1262 proferidas, **atualmente elas apenas reproduzem o preconceito e trazem à balha o desprezo à dignidade da**
 1263 **pessoa humana.** Igualmente, os primeiros pronunciamentos que reconheceram aos homossexuais não
 1264 casados direitos sucessórios com fundamento na sociedade de fato foram celebrados como inovações
 1265 jurídicas. Nos dias de hoje, esses atos judiciais estariam em franca incompatibilidade com a Constituição e
 1266 mesmo com a moralidade comum. **O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de**
 1267 **fundamento maior da República.** É também mencionado no artigo 226, § 7º, onde figura como princípio
 1268 inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da
 1269 comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, **a dignidade da criança e do idoso.** As opiniões
 1270 doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores”, do “ponto de Arquimedes no Estado
 1271 constitucional” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81),
 1272 de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser
 1273 negligenciada. **A unidade de sentido do sistema de direitos fundamentais encontra-se no princípio da**
 1274 **dignidade humana, porque aqueles existem exatamente em função da necessidade de garantir a**
 1275 **dignidade do ser humano.** A dificuldade de extrair o exato significado da expressão “dignidade humana”
 1276 conduz à conclusão de que os órgãos investidos de legitimidade democrático-eleitoral devem ter papel
 1277 destacado nesse mister, mas não impede o reconhecimento de uma “zona de certeza positiva” no tocante

[JC401] Comentário: 3 - DH é pessoa que pode ser violada

[JC402] Comentário: 4.1 - Desprezo à DH é ruim, obediência e atenção é bom.

[JC403] Comentário: 3 - O PDP ostenta, faz, realizada... pessoa.

[JC404] Comentário: 4.1 DH co entidade.

[JC405] Comentário: Sem referência, apenas nome da obra de I.W. Sarlet.

[JC406] Comentário: 2 - Recipiente.

[JC407] Comentário: 4.1 Garantir a Dignidade Humana

[JC408] Comentário: Sentido aberto, pela construção da frase.

1278 aos elementos essenciais do conceito. A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo
 1279 do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado,
 1280 com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva
 1281 preconceituosa ou em leitura de textos religiosos. A funcionalização é uma característica típica das
 1282 sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário. **As**
 1283 **concepções organicistas das relações entre indivíduo e sociedade, embora ainda possam ser encontradas**
 1284 **aqui e acolá, são francamente incompatíveis com a consagração da dignidade da pessoa humana.**
 1285 Incumbe a cada indivíduo formular as escolhas de vida que levarão ao
 1286 desenvolvimento pleno da personalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos há muito
 1287 reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo *versus* Peru, Cantora
 1288 Benevides *versus* Peru), **que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa**
 1289 **humana.** Sobre esse ponto, consignou Antônio Augusto Cançado Trindade no caso *Gutiérrez Soler versus*
 1290 *Colômbia*, julgado em 12 de setembro de 2005: Todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir.
 1291 Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo "projeto"
 1292 encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente
 1293 existencial, atendo-se à idéia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida,
 1294 a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal,
 1295 para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um
 1296 alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um. (tradução livre) O Estado existe para auxiliar
 1297 os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno
 1298 desenvolvimento da personalidade. **O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a**
 1299 **dignidade oferece às prestações de cunho material,** reconhecendo obrigações públicas em matéria de
 1300 medicamento e creche, mas não pode olvidar **a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa**
 1301 **humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da**
 1302 **vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos.** Daí se falar em dano existencial quando
 1303 o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos
 1304 busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na
 1305 espécie. Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado
 1306 com a impossibilidade absoluta de formar família. **Exigir-lhe a mudança na orientação sexual para que**
 1307 **estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade.** Esbarra ainda no óbice
 1308 constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual. Consubstancia objetivo fundamental da
 1309 República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor,

[JC409] Comentário: 3 -
 Consagração de alguém.
 Metáfora de personificação.

[JC410] Comentário: 1 -
 Interno, Existencial no
 sentido de próprio. De
 dentro.

[JC411] Comentário: 1 - DH
 oferece às prestações ...

[JC412] Comentário: 1 -
 Interna, dentro.

[JC413] Comentário: 4.3 - Dig
 qualifica a vida.

[JC414] Comentário: 4.4,
 podendo ser reconhecido com
 personificação. Fica-se com
 primeira classificação, sem
 que isso exclua outras,
 exatamente pela natureza
 exemplificativa da tese.

[JC415] Comentário: 3 -
 Menosprezo a alguém.

idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3 da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, §3o, também do Diploma Maior, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual. No mais, ressalto o caráter tipicamente contra majoritário dos direitos fundamentais. De nada serviria a posituação de direitos na Constituição, se eles fossem lidos em conformidade com a opinião pública dominante. Ao assentar a prevalência de direitos, mesmo contra a visão da maioria, o Supremo afirma o papel crucial de guardião da Carta da República, como o fez no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, quando declarou a inconstitucionalidade da aplicação da "Lei da Ficha Limpa" às eleições de 2010, por desarmonia com o disposto no artigo 16 da Carta Federal. Assim já havia procedido em outras oportunidades, tal como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.351/DF, de minha relatoria, relativamente aos pequenos partidos políticos, no célebre caso "Cláusula de Barreira". Com base nesses fundamentos, concluo que é obrigação constitucional do Estado reconhecer a condição familiar e atribuir efeitos jurídicos às uniões homoafetivas. Entendimento contrário discrepa, a mais não poder, das garantias e direitos fundamentais, dá eco a preconceitos ancestrais, amesquinha a personalidade do ser humano e, por fim, desdenha o fenômeno social, como se a vida comum com intenção de formar família entre pessoas de sexo igual não existisse ou fosse irrelevante para a sociedade. Quanto à equiparação das uniões homoafetivas ao regime das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil de 2002, o óbice gramatical pode ser contornado com o recurso a instrumento presente nas ferramentas tradicionais de hermenêutica. Não é recente a evolução doutrinária relativa à teoria das normas jurídicas, nas quais se ampliou a compreensão da função e do papel dos princípios no ordenamento jurídico. Ana Paula de Barcellos (*A eficácia dos princípios constitucionais*, 2010) relembra que os princípios são dotados de múltiplas possibilidades de eficácia jurídica, destacando-se a utilização como vetor hermenêutico-interpretativo. Casos há em que os princípios possuem eficácia positiva, o que ocorre precisamente quando o núcleo essencial de sentido deles é violado. Por isso Celso Antônio Bandeira de Mello, em *Elementos de direito administrativo*, 1980, p. 104, ressalta: Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais,

1342 contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Extraído do núcleo do
1343 princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas.
1344 Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo
1345 vislumbrar silêncio eloqüente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação
1346 constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de
1347 orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse
1348 contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de
1349 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários. Por
1350 isso, Senhor Presidente, julgo procedente o pedido formulado para conferir interpretação conforme à
1351 Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, veiculado pela Lei nº 10.406/2002, a fim de declarar a
1352 aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de sexo igual.

[JC416] Comentário: 1 - Núcleo quer dizer, metáfora de orientação.

[JC417] Comentário: 3 - Personificação.