

A INFLUÊNCIA E IMPACTO NA MODERNIDADE DA HERMENÊUTICA JURÍDICA NO DIREITO JUSPOSITIVISTA

Carla Marye Bicas Ferrari (IC) e Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

Por que existem diversos entendimentos para um mesmo assunto? Porque quando uma decisão é julgada no Supremo Tribunal Federal temos posicionamentos divergentes entre os ministros, mesmo a lei sendo a mesma. Diferentes posicionamentos no Direito têm influência direta com os modelos teóricos da ciência do direito. Por ter raízes no *civil-law*, o Brasil é um país onde possui um forte apego na lei formal, diferente de países do *common-law*, onde o direito é interpretado através de precedentes e criado através do juiz. Entretanto, em países onde o *civil-law* é presente, encontra-se dois modelos de compreensão do direito: Juspositivismo e pós-positivismo. Fato é que, apesar de ambos partirem da lei, cada modelo tem um alcance diferente e interpretações diferentes para um mesmo caso, o que muitas vezes resulta em uma errônea classificação como ativismo judicial. O presente artigo busca entender como esses modelos evoluíram em conjunto com a sociedade, compreender como é cada um deles e quais as suas características. A partir disso, estudar quais as formas de interpretações atribuídas a cada um dos modelos qual o impacto de cada uma no direito atual. Para entender esse impacto, serão analisadas duas decisões do Supremo Tribunal Federal onde a interpretação foi o ponto crucial entre a justiça e a injustiça extrema.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica. Juspositivismo. Pós-positivismo.

ABSTRACT

Why are there different understandings of the same subject? Why when a decision is judged in the Federal Supreme Court we have divergent positions among the ministers, even though the law is the same. Different positions in Law have a direct influence on the theoretical models of the science of law. Due to its roots in *civil-law*, Brazil is a country where it has a strong attachment to formal law, unlike *common-law* countries, where law is interpreted through precedents and created through the judge. However, in countries where *civil-law* is present, there are two models of understanding the law: Juspositivism and post-positivism. The fact is that, although both are based on the law, each model has a different scope and different interpretations for the same case, which often results in an erroneous classification as judicial activism. This article seeks to understand how these models evolved together with society, to understand what each of them is like and what are their characteristics. From this, study the forms of interpretations attributed to each of the models and the impact of each one on current

law. To understand this impact, two decisions of the Federal Supreme Court will be analyzed where the interpretation was the crucial point between justice and extreme injustice.

Keywords: Legal hermeneutics. Post-positivism. Positivism.

INTRODUÇÃO

Muito tem-se discutido acerca das diferentes interpretações que são dadas sobre um mesmo assunto jurídico. Para entender esse fenômeno que atinge as decisões dos Tribunais, a pesquisa iniciou-se com o estudo de diversas fontes bibliográficas acerca dos conceitos que delinearam os temas centrais da pesquisa, seguida de uma análise sobre a relação de tais temáticas com algumas decisões dos tribunais, visando, assim, que o objetivo central da pesquisa – verificar a influência e impacto na modernidade que o modelo teórico conhecido como juspositivismo exerce na hermenêutica jurídica – fosse atingido.

A partir dos estudos realizados verificou-se que não é incomum que diversas decisões do Supremo Tribunal Federal ganhem os holofotes acerca da interpretação que foi dada a norma jurídica em um determinado caso. As diferentes interpretações acerca dos mesmos assuntos discutidos no âmbito judicial, têm relação direta com os modelos teóricos da ciência do direito que influenciam o jurista diretamente na atividade de interpretação.

Diante de tantas interpretações, torna-se extremamente difícil conceituar o que é direito na atualidade, visto que, de um lado, compreende-se direito como aplicação de uma lei, onde a ideia de justiça está intrínseca a sua aplicação e resolução em um determinado caso. E, do outro lado, para uma outra parte da sociedade, a simples aplicação da Lei não é suficiente para alcançar a almejada justiça. É preciso uma valoração da norma, para que ela atinja o verdadeiro sentido e alcance esperado.

Para entender o impacto e influência dos modelos teóricos na modernidade, é indispensável conhecer a evolução a qual passou o direito no decorrer da história. O ponto de partida é o modelo teórico que ficou conhecido como jusnaturalismo, passando pelo seu declínio e o surgimento do juspositivismo até a chegada do Tribunal de Nuremberg, onde percebeu-se que a aplicação da lei pura poderia acarretar em uma grande injustiça.

Um modelo teórico é uma forma de enxergar o direito a partir de características, conceitos e elementos próprios de cada modelo teórico (CAMILLO, 2019). O primeiro modelo teórico conhecido é o jusnaturalismo o qual apresenta-se como a mais perfeita tradução de justiça e tem a sua origem a antiguidade, na Grécia. O jusnaturalismo apresenta-se como um sistema de normas de conduta, mas, diferentemente daquele que é chancelado pelo Estado, possui uma validade em si, sendo muito anterior e essencialmente superior ao juspositivismo (CAMILLO, 2019).

A divisão clássica do jusnaturalismo divide-se em três momentos, onde, mormente tem em sua essência a natureza. A lei natural sujeitava todos os seres, sendo impossível ir contra ela. Não obstante, encontra-se esse modelo em diversos livros e em diversos autores, ganhando um maior destaque em *Antígona*, de Sófocles.

Em breve síntese, com a morte dos pais de Antígona, seu irmão mais velho assume o trono e envia para o exílio seu outro irmão, Polinice. Após anos, Polinice retorna para sua cidade natal com o propósito de derrotar o seu irmão, porém, durante o confronto, ambos morrem. Creonte – tio de Antígona – assume o trono e promulga uma lei onde, aquele que morreu defendendo a cidade passaria a ter direito a todas as honras, porém, o traidor, não teria direito nem mesmo ao enterro ou lamentações, sendo aplicada a pena de morte em caso de violação desta lei.

Antígona, sabendo que a ausência de rituais fúnebres perseguiria o condenado após a morte, descumpra a lei e fornece ao seu querido irmão os últimos rituais. Ao descobrir, Creonte ordena que capture o responsável. Após a captura de Antígona, surge o diálogo onde o jusnaturalismo em seu primeiro momento é apresentado:

CREONTE: Tu já estás livre de uma pesada acusação; podes ir para onde quiseres. (O Guarda retira-se. Creonte volta-se para Antígona). E agora tu diz-me, sem demora, em poucas palavras: sabias que fora proclamado um édito que proibia tal ação?

ANTÍGONA: Sabia. Como não havia de sabê-lo? Era público.

CREONTE: E ousaste, então, tripudiar sobre estas leis?

ANTÍGONA: É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, **que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. Por causa das tuas leis, não queria eu ser castigada perante os deuses, por ter temido a decisão de um homem.** Eu já sabia que havia de morrer um dia - como havia de ignorá-lo? -, mesmo que não tivesses proclamado esse édito. E, se morrer antes do tempo, direi que isso é uma vantagem. Quem vive no meio de tantas calamidades, como eu, como não há de considerar a morte um benefício? E assim, é dor que nada vale tocar-me este destino. Se eu sofresse que o cadáver do filho morto da minha mãe ficasse insepulto, doer-me-ia. Isto, porém, não me causa dor. E se agora te parecer que cometi um ato de loucura, talvez louco seja aquele que como tal me condena. (SÓFOCLES, 2018, p.67)

O segundo momento do jusnaturalismo apresenta-se na Idade Média, onde a sua essência passa a ser o divino, ou seja, uma lei estabelecida pela vontade de Deus ocupava primazia e se afigurava divina ou eterna, sendo revelada a todas as pessoas.

O terceiro momento do jusnaturalismo – sendo este o que merece mais atenção – é encontrado na Idade Moderna, onde ele apresenta-se essencialmente como a justa razão, ou seja, o bom senso. Surge o maior problema do jusnaturalismo: a subjetividade.

Torna-se impossível haver um consenso acerca do que é justa razão. Existem similitudes, entretanto, é impossível dizer que as pessoas sentem a mesma coisa. Para alguns, uma decisão pode apresentar-se como justa, mas, para uma outra sociedade, a mesma decisão pode ser considerada injusta. É o que afirma Bobbio (2016, p. 214) Ainda que

o acordo sobre o que é natural tivesse sido unânime, não se seguiria daí, necessariamente, o acordo unânime sobre o que é justo e injusto. Ademais, por conta da subjetividade, o jusnaturalismo apresentou-se como incerto e inseguro, vago e impreciso, não gozando da mesma eficácia e validade do modelo que o superou após o seu declínio.

O jusnaturalismo entra em declínio no final do século XIX, início do século XX e surge – de forma inevitável – o juspositivismo. Em função de toda crítica ao subjetivismo do jusnaturalismo, surge um modelo teórico onde traz consigo a precisão tão almejada pela sociedade. A principal preocupação do juspositivismo é com a *norma jurídica*. Torna-se impossível falar do juspositivismo e não falar de Hans Kelsen. Em sua obra mais famosa, Kelsen abordou a necessidade de purificar o Direito, removendo dele tudo que pudesse causar imprecisão ou subjetividade:

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

(...)

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto. (Kelsen, 1998, p. 12)

Ao remover valores de ordem moral, filosófica, sociológica etc. Kelsen apresenta um discurso lógico, coerente e, principalmente, objetivo para o direito, trazendo toda precisão que o jusnaturalismo não era capaz de trazer. Vale salientar que o juspositivismo não nega o jusnaturalismo, ele apenas não o considera. Para o juspositivismo o direito é apenas aquele criado e chancelado pelo Estado.

Desta forma, conforme explicado por Bobbio (2022) é possível distingui-lo através de seis critérios: (a) universalidade/particularidade: enquanto o direito natural é universal, ou seja, válido por toda parte, o positivismo jurídico é válido de forma territorial; (b) imutabilidade/mutabilidade: o jusnaturalismo é imutável, enquanto o direito positivo é mutável através do processo legislativo; (c) *natureza-potestas* ou *populus*: fonte do direito. Enquanto o direito natural deriva da natureza, religião e justa razão, o direito positivo elege uma fonte do direito, no caso, a lei; (d) *ratio-voluntas*: conhecemos o direito natural pela nossa razão, já o direito positivo deriva de uma promulgação; (e) regulação do comportamento: o direito natural regula comportamento por si mesmo, enquanto que o direito positivo é disciplinado, ou seja, a justiça depende do que é permitido por lei e a injustiça o que é proibido; e (f) O jusnaturalista define o que é bom, enquanto o juspositivista o que é útil.

O que parecia perfeito, enfrenta crises. Sendo a maior dela após a segunda guerra mundial. Durante o Tribunal de Nuremberg, a justiça e o direito positivo se confrontaram. Se era verdade que a justiça estava intrínseca a lei, então, nesse caso, os militares nazistas não poderiam ser condenados, visto que todos os seus atos foram executados em face de uma previsão legal.

Diante disso, toda a certeza que era pregado ao juspositivismo, passa a ruir. No introito do julgamento, os soldados justificaram todas as atrocidades cometidas, defendendo que tudo que foi feito estava na lei e, portanto, não poderiam ser condenados por cumpri-las e exercer suas funções em função do “bem” da nação alemã. A segunda alegação foi de que o tribunal não tinha autoridade sobre eles e que a composição dos julgadores era em sua maioria formada por países vencedores, podendo haver parcialidade dos julgadores. A terceira alegação foi de que, pelo princípio da legalidade, não poderiam ser condenados na irretroatividade da lei penal.

Em face desse julgamento, percebeu-se a necessidade de uma reaproximação do direito com os valores. Gustav Radbruch (1946) publica um ensaio intitulado Injustiça Legal e Direito Suprapositivo, numa tentativa de refutar o juspositivismo a partir da argumentação do que era injustiça. Sua fórmula ficou mundialmente famosa ao afirmar que o direito positivo era primazia na aplicação para resolução de um conflito. Porém, caso o seu conteúdo fosse considerado injusto e maléfico para as pessoas, a justiça deveria prevalecer. Injustiça extrema jamais será direito, mesmo que esteja escrito na lei.

Por conta desta fórmula, afastou-se o princípio de que não há crime, nem pena, sem lei que a defina previamente, fazendo com que as atrocidades nazistas encontrassem com a verdadeira justiça. Após o término dos casos, o Tribunal de Nuremberg decretou condenações à morte, prisões perpétuas e prisões acima de 10 anos de reclusão. Os casos avaliados nestes julgamentos abriram antecedentes para a história, como o Tribunal Penal Internacional, que é próprio para crimes de interesses internacionais, tais como: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

A partir disso, buscou-se uma reaproximação moral para que essas atrocidades nunca mais voltassem a acontecer e que, se voltassem, não existisse o risco de impunidade. Surge a tendência pós-positivista que não é um conceito definido, mas busca uma ressignificação a partir da moral e de valores éticos. No pós-positivismo, a ideia de justiça é reintroduzida. Considerado uma superação do legalismo, visto que reconhece valores compartilhados por toda a comunidade (BARROSO, 2014).

Fato é que esse debate entre permitir a influência de valores ou não no direito gerou duas denominações essenciais. De um lado, surge a denominação dos positivistas exclusivos,

os quais não aceitavam qualquer influência moral em sua teorização, de outro, os positivistas inclusivos onde aceitavam tal influência em sua teorização. Para eles, a norma seria válida apenas se passasse em uma espécie de exame moral (CAMILLO, 2019).

Tais denominações permitem concluir que ambos fazem parte do mesmo modelo teórico, porém, sendo duas vertentes distintas, onde uma existe um apego maior à norma jurídica, enquanto a outra não deixa de seguir a lei, mas sim, parte da lei, buscando uma solução justa para um determinado caso, visando fundamentos acolhidos não apenas a comunidade jurídica, mas sim pela sociedade em geral. A partir de uma interpretação sistemática, se apoia também na valorização ética, moral e principiológica, principalmente com o Princípio da Dignidade Humana.

Fato é que a tendência pós-positivista modificou a forma de enxergar a condição de validade de uma norma. Se no passado a condição de validade de uma norma estava relacionada ao cumprimento dos rigores formais, a partir dessa nova tendência a validade dissocia-se e associa-se aos valores presentes na Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2011). Essa interpretação a partir desses valores que irradiam da Constituição Federal influenciam diretamente todo o ordenamento jurídico e – em consequência – a interpretação jurídica.

A interpretação jurídica – no que tange à tendência pós-positivista – coloca em primazia os valores de uma sociedade na busca do verdadeiro sentido e alcance de uma norma jurídica. Enquanto o positivista jurídico está preso à interpretações jurídicas clássicas, o pós-positivista encontra outras formas de interpretar além das tradicionais.

É certo que o positivismo jurídico na sua forma mais pura ainda persiste na sociedade. O Direito Penal, por exemplo, encontra-se lastreado na Lei, visto que sua interpretação jurídica é restritiva ao que está descrito na Lei, não podendo ser ampliado como ocorre em outras áreas.

Fato é que a atividade de interpretação jurídica é um trabalho realizado apenas pelo bacharel em direito, sendo considerada uma das atividades mais comuns e importantes exercidas pelo operador do direito. Ao olhar para uma Norma, o jurista extrai dela o verdadeiro sentido e alcance (CAMILLO, 2019; BASTOS, 2002, p.37).

A presente pesquisa não busca explicar como é realizada essa atividade, mas sim entender e apresentar se um modelo teórico da ciência do direito pode influenciar e impactar a tomada de uma decisão.

1. DESENVOLVIMENTO DO ARGUMENTO

Na mitologia grega, Hermes era o responsável por entregar aos outros Deuses mensagens. Apenas Hermes e Zeus conseguiam falar a linguagem de todos. Hermes, por ter

a capacidade de transitar tanto no Olimpo, quanto no submundo para realizar entregas, foi o responsável por dar origem a palavra hermenêutica. É comum a confusão entre a hermenêutica e a interpretação, entretanto, é possível diferenciá-las como: enquanto a hermenêutica é o estudo, ou seja, a ciência e a interpretação é a atividade prática.

Fato é que, diariamente as pessoas fazem interpretações. Ao ler um livro, por exemplo, automaticamente o nosso cérebro realiza a tradução da palavra, trazendo para nós a sua significação. Apesar de ser uma atividade que ocorre rapidamente, ela está presente. Sem ela, não seria possível compreendermos o mundo ao nosso redor. O direito não teria como ser diferente.

Ao olhar para o Ordenamento Jurídico de um determinado lugar, nos deparamos com uma enorme pluralidade de normas. Uma possível analogia é com firmamento de inúmeras estrelas, assim é o Ordenamento Jurídico de um determinado lugar. Entende-se ordenamento jurídico como um conjunto de normas que se encontra em plena vigência e que possuem relação de hierarquia e subordinação entre elas. O jurista olha para as inúmeras possibilidades dentro do Ordenamento Jurídico vigente e escolhe uma que melhor se aplica para um determinado caso.

O ponto é, vivemos em uma sociedade onde ocorrem mudanças com rapidez e de formas imprevisíveis, ou, como Bauman prefere chamar, uma modernidade líquida, visto que a fluidez é a relação de que nada se conserva por muito tempo, tudo é alvo de constantes mudanças. Diante desta característica atual da sociedade, é preciso entender a importância da interpretação jurídica para manter um direito vivo.

Nos deparamos com as leis escritas e positivadas em inúmeros dispositivos legais. Mas, diante de uma sociedade com tamanha complexidade, é compreensível de que torna-se impossível a lei escrita acompanhar as mudanças na sociedade. O processo legislativo para alteração de lei é custoso e demorado, visto que é necessário o trâmite por todas as fases até a publicação de uma lei.

Em síntese, um projeto de lei pode criar, modificar ou revogar uma lei, sendo possível que tenha início em qualquer uma das casas, visto que o sistema brasileiro é um sistema bicameral. Entretanto, é necessário que seja respeitada a seguinte tramitação: iniciativa, discussão, deliberação, sanção, promulgação e, por fim, a publicação. Em caso de lei complementar, a aprovação torna-se ainda mais custosa e dificultosa, precisando passar duas vezes em cada casa, obtendo 3/5 em cada uma das casas. Portanto, verifica-se que uma lei que foi promulgada e publicada pela manhã, pode-se encontrar completamente desatualizada no período da tarde.

Ademais, é importante destacar que em algumas situações os juristas se deparam com lacunas na lei, tendo como possibilidade de seu surgimento inúmeras situações, como: (a) o legislador se deparou com um caso polêmico e decidiu que não iria legislar sobre o assunto; (b) o legislador simplesmente esqueceu de uma determinada possibilidade; ou (c) tal situação nunca foi vislumbrada pelo legislador.

Fato é que, ao postular em juízo, uma pessoa não pode ficar sem a resposta por conta de uma lacuna. Diante disso, a interpretação jurídica desponta como uma das formas de manter o direito vivo, dinâmico, de forma que seja possível a sua aplicação de forma imediata a um determinado caso, resolvendo-o. Acerca deste fato, Maximiliano (2017, p. 14) defende que:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Surge aqui um dos principais conflitos entre os positivistas jurídicos e os pós-positivistas (ou, positivistas exclusivos e positivistas inclusivos). De um lado, os mais conservadores apontam que o jurista não pode ir além do que está prescrito no texto legislativo. Atravessando esse limite, o jurista estaria legislando no lugar do Poder Legislativo, sendo incorreto. Do outro lado, os pós-positivistas entendem que nem sempre o texto legislativo contempla todas as possibilidades e que, as mudanças da sociedade precisam de novas técnicas interpretativas, surgem novas possibilidades de interpretação como forma de suprir essa lacuna (CAMILLO, 2019, p.284). Conforme apontado por Heráclito, estamos em constante movimento, onde tudo muda o tempo todo e, conforme supracitado, a lei escrita não consegue acompanhar este movimento.

Para um juspositivista, uma lei pode ser interpretada através de cinco métodos de interpretação, sendo: (a) Gramatical, (b) Lógica, (c) Sistemática, (d) Histórica e, (e) Teleológica.

Em síntese, a interpretação gramatical considera o sentido de cada palavra e o contexto geral da norma. Cada item é analisado de forma separado e o contexto geral da norma, delimitando o significado de cada palavra. A interpretação lógica considera os instrumentos da lógica: dedução, indução e intuição, por exemplo. A interpretação Sistemática é considerada a mais importante, onde o jurista realiza a interpretação de um determinado fato levando em consideração todo o sistema jurídico, não de forma isolada. A interpretação histórica utiliza-se de uma análise do passado para que seja revelada a intenção e vontade

do legislador ao criar a norma e, por fim, a interpretação teleológica que considera os fins para os quais a norma jurídica se dirige (BARROSO, 2014; CAMILLO, 2019).

O pós-positivista, por outro lado, utiliza-se de outros modelos para uma melhor aplicação do direito, por exemplo: (a) conforme a Constituição: o jurista utiliza-se do método sistemático, sempre interpretando de maneira mais favorável à Constituição; (b) Científica Espiritual: proposta por Rudolf Smend, o jurista busca o espírito da Constituição, ou seja, os verdadeiros valores além da Constituição; (c) método Hermenêutico *Autrement*: inspirado na teoria da alteridade de Emmanuel Levinás, neste método, o Outro é colocado em evidência, evitando, desta forma, interpretações egoísticas (CAMILLO, 2019); (d) entre outros métodos.

A título de exemplificar o impacto de uma interpretação no ordenamento jurídico, analisa-se o acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, Distrito Federal, do Ministro Relator Carlos Ayres Britto. Julgado em 29 de maio de 2008, A ADI colocou a dignidade humana em discussão, que cuja ementa encontra-se colacionada abaixo:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5a DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. [...] Embrões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". [...] A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (...). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. (...), longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade

e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). **III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO.** O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. **IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.** É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. (...) 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.** (...) 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). (...) Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição. **VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA.** O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos (...). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância

pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. **VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE.** O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). (...) a regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). **VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS.** A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regulação legal a salvo da mácula do aodamento, 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 - IMPROCEDENCIA 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 plurissignificatividade.** Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (STF – ADI nº 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 29 de maio de 2008 – grifo nosso).

Após a aprovação da Lei 11.105 – conhecida como Lei de Biossegurança - em 24 de março de 2005 foi impetrado uma ADI pelo PGR contra o artigo 5º desta lei que dizia que: "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 (BRASIL, 2005, art. 5º)."

A discussão acerca deste artigo dizia respeito ao entendimento de que a lei estaria contrariando o artigo 5º da Constituição Federal e, portanto, deveria ser considerado inconstitucional. Ao manipular embriões humanos, ocorreria a violação não apenas do direito à vida, mas também da dignidade da pessoa humana.

É fato que não existe um consenso acerca da teoria do nascituro. Durante o julgamento foi visto que o STF se dividiu entre a teoria natalista, onde a personalidade civil inicia-se com

o nascimento com vida e a teoria concepcionista, que diz que a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a sua concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente. O relator do caso – Min. Ayres Brito – apontou que:

O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque *nativiva* (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). (...) A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. (...) Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. **O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.** (STF – ADI nº 3510/DF. Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgamento: 29 de maio de 2008 – grifo nosso).

Após um longo debate, o resultado do julgamento foi que a maioria dos ministros acompanharam o relator, julgando improcedente a ação impetrada. A decisão do STF foi que o embrião que se encontra fora do ventre materno, isto é, no laboratório, não pode ser considerado um nascituro, porque a proteção inicia-se com a concepção. Ademais, a destruição dos embriões que seriam descartados não estaria violando o direito à vida e muito menos o princípio da dignidade humana (BARROSO, 2020).

A partir desta decisão, jamais será possível dizer que o artigo 5º está regrido ou protegendo o embrião fora do ventre, pois ele não pode ser considerado nascituro. Essa afirmação é confirmada por Barroso:

[...] inexistente na hipótese violação do direito à vida ou à dignidade humana, porque embrião fora do útero materno, congelado em um tubo de ensaio, não é pessoa humana nem nascituro." (BARROSO, 2009, p. 492-493)

Destarte, o STF condicionou que o embrião só terá direito a vida e aos direitos da personalidade se for um nascituro, ou seja, que estivesse dentro do ventre materno. Verifica-se que este caso apresentou-se como um caso de alta complexidade para o mundo jurídico, o qual torna-se necessário colocar na balança os dois pontos de vista discutidos.

De um lado tínhamos uma ala conservadora, tendo como protagonista a Igreja Católica que sempre adotou uma posição bastante dura acerca das pesquisas utilizando células-tronco e a fertilização *in vitro*. De outra, tínhamos uma ala mais liberal, com um pensamento mais amplo a respeito do tema abordado, defendendo a ideia de que com o avanço da ciência e da pesquisa pode se desenvolver novos métodos para o combate a enfermidades diversas.

A divergência entre as teorias do nascituro é apenas um dos pontos da discussão. A adoção da teoria concepcionista colocaria em evidência que a utilização destes embriões e o possível descarte implicaria numa espécie de aborto, o qual jamais seria apoiado pela Igreja Católica.

Contudo, analisando o acórdão da decisão tomada pelo plenário do STF, verifica-se alguns pontos. A teoria natalista adotada pelo Supremo, ganha suporte visto que o nascituro deriva do vocábulo em latim *nasciturusa-um*, significando, aquele que nascerá. Os embriões excedentários jamais seriam fecundados, descaracterizando, portanto, o aborto e a violação do direito à vida tão questionado na ADI.

O ideal, conforme apontado por Rocha (2008), seria que não se produzisse embriões excedentários e que todos aqueles produzidos fossem transferidos para o ventre materno. Posição adotada por países como Alemanha e Itália.

Entretanto, se no Brasil ainda não temos uma legislação que assegure esse ideal apontado por Rocha, devemos simplesmente descartar esses embriões que possibilita salvar vidas? Existem diversas doenças que podem ser curadas através do uso das células-tronco. Ademais, é constitucional o uso de embriões para a pesquisa científica (BARROSO, 2012), pois visa o bem público e o progresso das ciências, conforme o artigo 218 da Constituição Federal.

Barroso (2009) também é enfático ao defender que a existência de embriões que foram congelados e não serão utilizados devem ter um fim útil, digno e humanitário, como salvar vidas e reduzir sofrimento das pessoas.

É fato que seria extremamente egoísta e uma espécie de violação da dignidade da pessoa humana ao não fornecer esse fim para os embriões excedentários, afinal, eles poderiam ser utilizados para um bem maior, para uma possível cura e fornecendo o direito de uma vida digna para um outro ser.

Declarar a inconstitucionalidade poderia prejudicar as pesquisas e a descoberta de curas tão almejadas. Olhando pela lente da alteridade e aplicando a interpretação teleológica para alcançar a finalidade da norma chegou-se à proteção do Outro, isto é, na proteção de todas as pessoas que são portadoras de doenças que a partir da utilização das células-tronco foram beneficiadas (CAMILLO, 2016).

Um segundo exemplo do impacto da hermenêutica jurídica no direito brasileiro foi a decisão no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e da Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental 132, também do ministro relator Carlos Ayres Britto.

No Brasil, não existe legislação que permita o casamento homoafetivo. Na verdade, perante o Código Civil e a Constituição poderia encontrar embasamentos para a proibição, visto que no artigo 1.514 do Código Civil encontramos que: O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. No artigo 1.723 do Código Civil: 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. E também com previsão na Constituição Federal onde está positivado no artigo 226, §3º que: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Os métodos tradicionais não seriam suficientes para tal situação. Perante o Código Civil e até mesmo da Constituição, o Estado só reconheceria como entidade familiar o casamento entre o homem e a mulher. Para alterar, seria necessário que ocorresse todo o processo legislativo. Surge o questionamento se tal situação poderia ser classificada como justa perante uma sociedade que em nada lembra a sociedade da época da promulgação da Constituição Federal. Mais do que isso, questiona-se que, se todos somos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, porque uma parte da sociedade teria direito a felicidade, enquanto a outra não poderia?

Como forma de resposta a tais questionamentos, o ministro relator Carlos Ayres Britto, votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal, apresentando uma visão panorâmica de toda situação, verificando-se que, qualquer discriminação colidiria frontalmente com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal. Se todos são iguais perante a lei, não caberia discriminação na realização do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma decisão do Supremo Tribunal Federal pode ser questionada, mas nunca desrespeitada. Olhando para dois casos emblemáticos, verifica-se a importância da interpretação jurídica para manter o direito vivo perante uma sociedade que está em constante transformação.

Quando falamos em direito, torna-se complexo alcançar uma definição. Para alguns, direito pode ser sinônimo de lei, para outros, sinônimo de justiça. Fato é que a etimologia da palavra direito tem raízes do baixo latim *rectum* e *directum*, onde a raiz da palavra *reg* deu origem a muitas palavras as quais possuíam como significado “aquilo que é reto”, ou seja,

que estava conforme às regras (CAMILLO, 2019). Porém, a palavra *rectum* trazia um sentido mais moral. Diante de suas raízes etimológicas, verifica-se que, apesar de Kelsen ter decidido separar o direito de tudo que era subjetivo, era esperado que em algum momento ocorresse essa reaproximação. Afinal, se está intrínseco a palavra direito o sentido de moralidade, separar essa característica pode ser uma forma de descaracterizar a palavra direito, tornando-a apenas uma lei.

Voltando a Antígona, ao final da história, ela é levada para um julgamento perante a população, ao qual é inocentada. Apesar da lei dizer que era proibido, era uma lei que não trazia em seu bojo a justiça. Situação semelhante apresentou-se no tribunal de Nuremberg, porém, de maneira contrária. Inocentar aqueles que provocaram atrocidades de forma alguma representaria justiça. Parafraseando Eduardo Couture, o dever do jurista é lutar pelo Direito, mas no dia que encontrar conflito entre o direito e a justiça, deve-se lutar pela justiça.

Surge a importância da tendência pós-positivismo para o direito. Apesar de ser uma das vertentes do positivismo jurídico, ao reaproximar de seu verdadeiro significado, o direito passa a abarcar a justiça, sendo esta, a partir deste modelo, um critério autônomo e independente entre os quatro critérios de valoração: validade, eficácia, aplicabilidade e justiça (CAMILLO, 2019; FERRAZ JUNIOR, 2018).

A validade de uma norma é o critério mais importante para o positivismo jurídico. Neste critério, uma norma é considerada válida se obedeceu a todos os rigores formais para a sua positivação. Ainda, para ser considerada válida, uma norma precisa existir e produzir efeitos na órbita jurídica.

O segundo critério, eficácia, tem relação a uma norma produzir efeitos, ou seja, que a norma seja aceita pela sociedade e passe a ser seguida. O terceiro critério, aplicabilidade, é a determinação de que, para ser aplicada, uma norma precisa ter todos os elementos inerentes a ela cumpridos, não havendo a necessidade – também – de uma metanorma para que seja aplicável.

O último critério, justiça, enfrenta críticas perante o juspositivismo. De certa forma, a justiça no positivismo jurídico está ligada ao fato da norma existir. Se ela existe, é justa, pois o legislador foi justo ao criá-la. Porém, se fizermos uma interpretação histórica encontrar-se-á que, a ideia de a justiça ser inerente a norma enfrentou grandes problemas durante o Tribunal de Nuremberg. Devemos questionar se existe uma validade ética no que está no texto da lei, e, em face de uma injustiça escrita na lei, lutar pela justiça. Nesse ponto, o pós-positivista ganha destaque, visto que não aceita uma lei sem que ela passe pelo crivo da validade ética. Temos, nessa vertente, uma real aproximação com a etimologia da palavra direito.

Nesta vertente, Gustav Radbruch (2010, p.13) já apontava na primeira edição de seu livro que o juspositivismo deveria ser recusado, visto que não representava essencialmente a justiça, *in verbis*:

A filosofia kantiana apontou-nos a impossibilidade de compreender o valioso, o justo, o que deve ser a partir do que é. Portanto, jamais algo é justo somente porque é, ou foi, ou, também, porque será. Desse modo recusa-se o positivismo, o historicismo e igualmente o evolucionismo, que deduzem o que deve ser, respectivamente àquilo que é, daquilo que foi e daquilo que será. Mesmo o conhecimento de uma determinada linha evolutiva não evidencia a justiça do seu objetivo, a injustiça do “nadar contra a corrente”. O inevitável não é por si mesmo desejável, nem o impossível injusto.

Fato é que se a justiça está intrínseca a norma jurídica, casos como o Tribunal de Nuremberg podem ocorrer, visto que nem sempre há previsão legislativa. Conforme apontado por Ferraz Junior (2018), o ser-humano entra em conflito e, em consequência, cria normas para resolver. O reconhecimento dos valores constitucionais e o fato de colocar no centro de qualquer discussão a dignidade da pessoa humana, permite uma nova forma de enxergar o direito e conseqüentemente novas formas de interpretação jurídica, suprimindo – desta forma – as lacunas existentes. Essa mudança de paradigma é defendida pelo Prof. Dirley da Cunha Júnior (2011, p.40):

O neoconstitucionalismo destaca-se, nesse contexto, como uma nova teoria jurídica a justificar a mudança de paradigma, de Estado Legislativo de Direito, para Estado Constitucional de Direito consolidando a passagem da Lei e do Princípio da Legalidade para a periferia do Sistema Jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em face do reconhecimento da força normativa da Constituição, com eficácia jurídica vinculante e obrigatória, dotada de supremacia material e intensa carga valorativa.

(...)

As Constituições pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seus textos de valores (...).

Diante de um processo legislativo custoso e de uma sociedade em constante evolução, nem sempre é plausível a criação de uma nova lei ou a sua modificação, sendo razoável – portanto – a interpretação através de princípios, conforme ocorre na tendência pós-positivista. Desta forma, o direito encontraria a verdadeira justiça de uma forma menos custosa.

Ademais, conforme detectado por Kelsen e confirmado por Streck (2021), as palavras da lei não são unívocas, mas sim plurívocas, ou seja, permitem vários sentidos. Marx explicou que olhando bem para um determinado produto era possível encontrar os traços do sistema produtivo que o criou. Apesar de estarem presentes, são invisíveis. Porém, após uma certa análise é possível torná-los visíveis.

Com as transformações sociais e culturais aumentou ainda mais a complexidades das relações, tornou-se necessário o surgimento de outras técnicas de interpretações

Conclui-se que os modelos teóricos têm o poder de impactar a sociedade de diversas formas. Uma interpretação mais próxima da prescrição da norma, como muitas vezes é comum no caso do juspositivismo mas que nem sempre alcançará o sentido esperado de uma norma jurídica, já no pós-positivismo, por tem uma ampla gama de métodos, possivelmente encontraria uma solução mais apta para ser considerada justa diante de um fato.

Entretanto, é importante enfatizar que é preciso ponderação ao interpretar, visto que a situação pode facilmente sair de uma interpretação para um ativismo judicial e esta prejudicaria mais ao invés de ajudar.

O símbolo do direito é uma balança e não é por acaso. Deve-se sempre buscar o equilíbrio, pois, em caso de pender para um lado, poderia resultar em uma grande injustiça. É preciso interpretar a lei, afinal, esta é a função principal do jurista, visto que, muitas vezes o que está explícito no texto legislativo não revela o verdadeiro sentido e alcance da norma jurídica, sempre tendo em mente que o mesmo direito que nos aprisiona é o direito que nos liberta e a dignidade da pessoa humana jamais deverá ser novamente colocada em risco.

2. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Sem Data Venia**: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. 272 p.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 132 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 432 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**: Tomo IV. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 692 p.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016. 304 p.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2022. 284 p.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 20 maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 3510/DF**, Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A Teoria da Alteridade Jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Levinás. 1. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016. 144 p.

CAMILLO, Carlos. **Manual da Teoria Geral do Direito**. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2019. 342 p.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPODIVM, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 10. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2018.

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Gesamtausgabe. Bd. 3. Heidelberg: C. F. Müller, 1990b, p. 83-93

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. 302 p.

ROCHA, Renata da. **O Direito Fundamental à Vida em Células-Tronco Embrionárias Humanas e as Pesquisas Científicas**. Orientador: Maria Garcia. 2007. 266 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

SÓFOCLES. Édipo Rei – Antígona. 11. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian; 2018. 139 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica E(m) Crise**: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito. 11. ed. [S. l.]: Livraria do Advogado, 2021. 456 p.

Contatos: carlamarye@gmail.com e carlooseduardo.camillo@mackenzie.br