XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI

MARIANE MORATO STIVAL

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

B615
Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti
Heron José de Santana Gordilho
Mariane Morato Stival – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-766-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Esta obra foi dividida em duas partes: a primeira parte sobre temas ligados ao BIODIREITO e a segunda parte sobre DIREITOS DOS ANIMAIS.

Na primeira parte da obra, sobre BIODIREITO, o Professor Doutor João Luiz Barboza, do Centro Universitário UNIFIEO, apresentará o artigo Reprodução humana assistida e a dignidade da pessoa que está por vir, com o objetivo de instigar a reflexão sobre a dignidade da pessoa que está por vir, tendo em conta a crescente busca da reprodução humana assistida como meio de concretização do sonho de ser mãe ou pai.

A seguir, a Professora Suelen Agum dos Reis, da Faculdades FAVI/FACES, em co-autoria com a graduanda Raquel Fosenca de Oliveira apresentará o artigo OS LIMITES ENTRE A DEFESA DO DIREITO À VIDA E À MORTE: Uma análise atual da Eutanásia no Brasil, com reflexões sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da Autonomia da vontade diante dos casos de eutanásia no Brasil.

O mestrando Marco Aurélio Souza Lara, da Universidade de Itaúna em co-autoria com Igor Rafael de Matos Teixeira Guedes, apresentará o artigo O DIREITO DE MORRER DO PACIENTE EM FIM DE VIDA SOB O ENFOQUE DA AUTONOMIA PRIVADA E DO DIREITO À VIDA, onde discorrerá sobre o direito de morrer, que nunca foi algo corriqueiro para o cidadão ocidental, sobretudo quando se trata de morte solidária de enfermos cujas doenças tem diagnóstico definido como incurável.

A mestranda Daniela Martins da Cruz em co-autoria com Dayvson Franklyn da Silva, da Universidade de Itaúna, no artigo A (IM) POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO À AUTONOMIA PRIVADA ATRAVÉS DO TESTAMENTO VITAL, analisará a falta de regulamentação do instituto jurídico do Testamento Vital, a partir da proteção e resguardo dos direitos fundamentais, e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

Na sequência, o mestrando Marcelo Messias Leite, da Faculdade Dom Helder Câmara, em co-autoria com Aflaton Castanheira Maluf, apresentará o artigo ANÁLISE DA ADI 3510/08: Enfoque no direito à sadia qualidade de vida desde a concepção, onde. com fulcro no artigo 225 da CF/88, debaterá sobre o direito à vida como bem difuso da humanidade desde a

concepção. Do princípio da precaução e da sociedade de risco para a compreensão dos entornos e limites impostos sobre o campo da pesquisa com células tronco embrionárias humanas.

A professora MSc Fernanda Netto Estanislau, da Faculdade Dom Helder Câmara, em co-autoria com Maria Flávia Cardoso Máximo, apresentarão o artigo A COEXISTÊNCIA DIREITO/SOCIEDADE, ESTUDOS SOBRE A CONCEPÇÃO DE RONALD DWORKIN E O DEBATE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NO BRASIL, onde irão analisar, a partir da obra de Dworkin, a ADI 3510, que debate sobre o início da vida e a violação do direito à vida.

O mestrando Guilherme Mesquita Estêves, da Universidade Federal de Ouro Preto, apresentará o artigo EDIÇÃO GENÉTICA ATRAVÉS DA TÉCNICA CRISPR: Uma análise das possibilidades e controvérsias à luz do aparato principiológico do biodireito, descortinando as possibilidades da técnica CRISPR sob a ótica dos princípios do Biodireito, confrontando-as com os riscos e controvérsias desta nova tecnologia.

O professor Thiago Augusto Galvão de Azevedo, doutorando na Universidade de Brasília, apresentará o artigo INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO: Uma análise sobre o princípio da isonomia filial à luz da teoria de Robert Alexy, um artigo interdisciplinar entre o Biodireito e o Direito Civil, que analisará, à luz da teoria de Robert Alexy, a concessão do direito sucessório ao filho inseminado post mortem

Em seguida o Professor Doutor Lino Rampazzo, do Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal, em co-autoria com a mestranda Larissa Schubert Nascimento, do Centro Universitário Salesiano, apresentarão o artigo DA INFLUÊNCIA DO PROGRESSO TECNOCIENTÍFICO NA MEDICINA À REFABRICAÇÃO INVENTIVA DO HOMEM: Uma análise à luz da ética da responsabilidade de Hans Jonas, onde, a partir da ética da responsabilidade de Hans Jonas, irão discorrer sobre a influência do progresso tecnocientífico da medicina e apontar para a necessidade de abandono da ética tradicional kantiana em favor da ética Jonasiana.

O mestrando Mateus Tamura Aranha, da Universidade Estadual do Norte do Paraná apresentará o artigo CASO JANAÍNA DE MOCOCA/SP-PLANEJAMENTO FAMILIAR FRENTE À ESTERILIZAÇÃO DE PESSOA DROGADITA, onde analisará a ação civil pública nº 1001521-57.2017.8.26.0360 da comarca de Mococa/SP, que trata do caso de esterilização de uma mulher drogadita que possui sete filhos e veio a engravidar novamente,

visando saber se o consentimento dessa pessoa seria válido ou se houve laqueadura compulsória.

A Professora Doutora Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador, do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Londrina, em co-autoria com o mestrando em Direito Jadir Rafael da Silva Filho, apresentarão o artigo A DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO ENTRE IRMÃS SOB UMA PERSPECTIVA LIBERAL que irá tratar sobre o anonimato do doador de material genético nos procedimentos de reprodução assistida e a possibilidade de renúncia por parte do doador na hipótese em que o receptor seja um irmão.

Ivy Helene Lima Pagliusi, doutoranda pela FADISP, em co-autoria com Lourena Sousa Costa, pós-graduada em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, apresentarão o artigo TESTAMENTO GENÉTICO E SEUS CONSECTÁRIOS JURÍDICOS que irá analisar o instituto do testamento genético e seus consectários na esfera jurídica do filho nascido após a morte de um dos seus genitores.

A Professora Doutora Janaína Machado Sturza, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ , em co-autoria com o mestrando Rodrigo Tonel, apresentarão o artigo DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O Binômio vida e morte através de uma reflexão sociojurídica sobre o fenômeno do suicídio, onde, a partir da obra “O suicídio” de Émile Durkheim, analisarão o fenômeno do suicídio sob a perspectiva do direito à saúde.

Finalizando a primeira parte da obra, o Professor Doutor Roberto Henrique Pôrto Nogueira, da Universidade Federal de Ouro Preto, juntamente com o mestrando Nayder Rommel de Araújo Godói, da Universidade Federal de Ouro Preto, apresentarão o artigo OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E A RECUSA DO MÉDICO PARA A REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, na busca por critérios para o exercício legítimo de objeção de consciência na atividade médica para a negativa de realização de procedimentos de reprodução humana assistida (RDA).

A segunda parte da obra, sobre DIREITOS DOS ANIMAIS, terá inicio com o professor Doutor Tiago Cappi Janini, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, que, em co-autoria com a mestranda Amanda Juncal Prudente , apresentarão o artigo A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS: Uma análise a partir da proteção dos animais, onde analisarão as mudanças nos precedentes judiciais sobre os animais no Brasil.

A professora doutora Lauren Lautenschlager Scalco, da FASAM e UNICAMPIS, em co-autoria com a professora doutora Tanise Zago Thomasi, da Universidade Federal do Sergipe vão apresentar o artigo OS DIREITOS DOS ANIMAIS SOB A PERSPECTIVA CIVILISTA para analisar a vida em equilíbrio e a proteção dos animais a partir da ética ambiental.

A mestranda Juliana Aparecida Brechó, em co-autoria com o mestrando Arnaldo Nascimento Schiavuzzo, ambos da Universidade Metodista de Piracicaba, apresentarão o artigo STF E A UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM CULTOS RELIGIOSOS DE MATRIZ AFRICANA, analisando o embate jurídico entre dois direitos fundamentais: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de liberdade religiosa e crença, no Recurso Extraordinário nº 494/601 decidido pelo STF em junho de 2019..

Finalizando a obra, o doutor Thiago Henrique Costa Silva da UniALFA e UniFAN, em co-autoria com a professora mestre Fabiana Ferreira Novaes, da Faculdade Evangélica de Goianésia, apresentarão o artigo SOCIEDADE DE RISCO E A CRISE DA BIODIVERSIDADE: O Direito brasileiro como fonte de legitimidade, onde analisarão, a partir do princípio da precaução, os riscos inerentes ao modo de produção agrícola brasileiro e processo de produção de produtos transgênicos.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti - FMU

Profa. Dra. Mariane Morato Stival - OAB-GO / Uni-Evangélica

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A COEXISTÊNCIA DIREITO/SOCIEDADE, ESTUDOS SOBRE A CONCEPÇÃO DE RONALD DWORKIN E O DEBATE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NO BRASIL

THE RELATION BETWEEN LAW AND SOCIETY, STUDIES OF A RONALD DWORKIN'S CONCEPTION AND THE DISCUSSION ABOUT THE CONSTITUTIONALITY OF RESEARCH INVOLVING EMBRYONIC STEM CELLS IN BRASIL

Fernanda Netto Estanislau
Maria Flávia Cardoso Máximo

Resumo

O artigo objetiva desenvolver uma abordagem da coexistência do direito/sociedade, apresentando os principais argumentos desenvolvidos por Dworkin. Trata-se de um artigo teórico-documental, com cotejamento da legislação. São analisadas as considerações sobre o que é o direito, sua importância, divergências, o direito como simples fato e como essa tese distorce a pratica jurídica. São utilizados na análise do debate da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias travado no Supremo Tribunal Federal concluindo, assim, sobre em quais critérios devem advogados e juízes fundamentar o direito, a fim de que se encontre seu significado.

Palavras-chave: Direito, Sociedade, Dworkin, Células-tronco

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to develop an approach to the coexistence of law / society, presenting the main arguments developed by Dworkin. It is a theoretical-documentary article, with a comparison of legislation. We analyze the considerations about what is the law, its importance, divergences, the law as a simple fact and how this thesis distorts the legal practice. They are used in the analysis of the debate on the constitutionality of scientific research with embryonic stem cells caught in the Federal Supreme Court, thus concluding on what criteria should lawyers and judges base the law in order to find its meaning.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Society, Dworkin, Embryonic stem cells

1 INTRODUÇÃO

"*Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi ius*" uma das primeiras expressões latinas que se aprende na academia de direito é justamente a que justifica, a princípio, a maior razão de ser do direito. Ou seja, o direito existe pelo simples fato de que há sociedade.

Em sua obra Política, Livro 1, Capítulo 1, Aristóteles (1908, Politcs, I, 1253a, 15), descreve o homem , assim, "Onde há homem, há sociedade e onde há sociedade há direito" por natureza, como um ser social. Portanto, a coexistência entre sociedade e direito é reconhecida desde os tempos mais antigos. E se por sociedade entende-se um conjunto de seres que convivem de forma organizada, segundo a sua própria etimologia, originária do latim *societas*, significa "companhia, sociedade, pessoas agrupadas, associação" (FARIA, 1962, p. 927); nos resta a pergunta "o que é o direito?", sobre a qual se desenvolve Ronald Dworkin em sua obra Império do Direito, Capítulo 1.

Assim, o presente artigo tem por objetivo fazer uma reflexão frente a coexistência do direito/sociedade, apresentando os principais argumentos desenvolvidos no primeiro capítulo da obra de Ronald Dworkin, O Império do Direito, analisando o que é o direito, a tese do direito tida como simples questão de fato, fazendo a analise de casos citados por Dworkin, bem como trazendo à baila o debate da constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias travado no Supremo Tribunal Federal, concluindo, assim, sobre em quais critérios devem advogados e juízes fundamentar o direito, a fim de que se encontre seu significado.

2 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO E SEU REFLEXO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Ronald Dworkin (2014, p. 3) presta uma bela homenagem ao Juiz Learned Hand ao citar um de seus pensamentos, nas primeiras frases do livro O Império do Direito, iniciando a discussão do porquê é, o direito, importante. Segundo o autor, o Juiz de quem fora assistente (NYU, 2013), dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos.

Isso porque, de acordo com Dworkin (2014, p. 3), a vitória ou a derrota das pessoas que são parte em um processo dependem muito mais "de um aceno de cabeça do juiz do que de qualquer norma geral que provenha do legislativo" e, isso, é temerário, pois assim pode-se ter como consequência uma injustiça pública. Como é sabido, em linhas simplórias e gerais, jurisdição é poder-dever do Estado em dizer o direito. Direito este dito através daqueles incumbidos desta função, seus aplicadores: os juízes. Há diversos princípios que permeiam e

asseguram a toda pessoa que este direito seja dito em respeito às regras fundamentais, o que daria à sociedade uma segurança jurídica.

Mas é de se reconhecer que tal direito em primeiro lugar só será dito se for provocado; daí, passa este a depender dos advogados, que levam suas teses aos tribunais na defesa de seus clientes; para, somente então, o direito ser dito pelos Juízes que, diga-se de passagem, não poderão proferir suas decisões *infra*, *extra* ou *ultra petita*.

Na visão de Dworkin (2014, p. 4), "a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma". Mais do que gerar efeitos sobre as partes e seus dependentes, as decisões judiciais também afetam muitas outras pessoas. E Dworkin (2014, p.4), neste sentido, dá o exemplo das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos que tem o poder, até mesmo, de revogar as decisões mais ponderadas e populares de outros setores do governo, desde que não sejam contrárias à Constituição Americana.

Pode-se perceber que no Brasil há muitos questionamentos sobre essa "liberdade" do julgador, haja vista, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n° 3.510, da Relatoria do Ministro Ayres Brito, no que tange o art. 5° da Lei de Biossegurança, Lei n° 11.105/2005, no que se refere à constitucionalidade das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias; sobre a qual discorreremos nos próximos capítulos.

3 DAS DIVERGÊNCIAS QUANTO AO DIREITO

Dworkin (2014, p.5) afirma que além da importância de se compreender como é que os juízes decidem as causas, é, também, importante saber a respeito do que eles pensam sobre o direito; e, se divergem sobre o que é o direito, quais os argumentos que se pautam para defini-lo, quais sãos os contrapontos apresentados por suas convicções.

Para entender esse mistério, Dworkin (2014, p.5-6) afirma que "os processos judiciais sempre suscitam, pelo menos em princípio, três diferentes tipos de questões: questões de fato, questões de direito e as interligadas de moralidade política e fidelidade."

Talvez seguindo a máxima de que contra fatos não há argumentos, para o autor, a questão de fato parece bastante direta. Afinal, se há uma divergência sobre os fatos concretos e históricos trazidos na lide, sabemos sobre qual ponto fático é tal divergência, bem como que tipo de evidência decidiria tal questão caso ela estivesse disponível. Quanto à questão de moralidade e fidelidade, Dworkin (2014, p. 6) afirma que as pessoas divergem em termos morais sobre o que é certo e o que é errado, mas segundo o mesmo, esse tipo de desacordo

não suscita nenhum problema especial quando se manifesta no tribunal. Já quanto às questões de direito, aduz Dworkin (2014, p. 6) que advogados e juízes parecem divergir com muita frequência sobre a lei que se aplica a cada caso, inclusive sobre as formas de verificação a serem usadas. Por exemplo, pautando-se em um conjunto de provas, um juiz afirma que a guarda de um menor deve ser da mãe, enquanto, outro juiz, inculcando um conjunto diferente, acredita que a lei favorece que a guarda do menor seja concedida ao pai.

Assim, se as questões de direito se diferem das discussões históricas, do acontecido, e das discussões morais, pergunta, Dworkin, de que tipo de discussão essa se trata? Sobre o que é a divergência das questões de direito?

Pois bem, Dworkin (2014, p. 6) então nomeia de "proposições jurídicas" todos esses debates que as pessoas fazem sobre o que a lei permite, proíbe ou autoriza. Registre-se que essas proposições jurídicas podem ser gerais – "todos são iguais perante a lei" – ou menos gerais – "a lei prevê indenização por dano moral ao que sofra discriminação sexual" – ou muito concretas – "a lei (uma vez que julgado faz lei entre as partes) determina que a empresa L.R.S.B Ltda. indenize C.R.M. pelo ato ilícito ao promover desagregação social com a proibição da entrada de C.R.M. tão-somente em razão de sua opção sexual (TJMG, Apelação Cível n° 1.0394.05.049427-4/001, Desembargador Marcelo Rodrigues, Comarca Manhuaçu, p. 19/04/2008)".

Ocorre que as pessoas costumam trabalhar com proposições jurídicas binárias: verdadeiro/falso. Se esquecendo, assim, as mesmas, de refletir a origem dessas proposições. De acordo com Dworkin (2014, p. 8), as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas (ou nem uma coisa nem outra) em virtude de outros tipos de proposições, nomeadas por ele como "fundamentos" do direito. Dworkin (2014, p. 8) expõe e explica dois tipos de divergências sobre o direito: a) a "empírica" e b) a "teórica". No primeiro tipo, advogados e juízes poderiam desacordar a propósito da verdade de uma proposição jurídica. Assim, eles poderiam estar de acordo com os fundamentos do direito (as outras proposições que dão ou não veracidade à proposição jurídica), ao passo, divergiriam por não saberem se, de fato, aqueles fundamentos são identificados no caso *sub judice*, ou seja, há divergência quanto à existência ou não de lei, que se aplica ao caso.

Já no segundo, podem até concordar quanto à existência ou não de lei para ser aplicada ao caso concreto, porém desacordam quanto aos fundamentos do direito, quanto àquilo que a lei realmente é. Segundo o autor, se o "corpus do direito escrito e as decisões

judiciais esgotam ou não os fundamentos pertinentes do direito". (DWORKIN, 2014, p. 8). Para Dworkin (2014, p. 8), esta última, a divergência teórica, é a mais problemática.

As pessoas em geral se quedam distantes desse problema, da divergência teórica. O povo, quando depara com uma discussão pública a respeito de processos polêmicos, está mais preocupado em saber se aqueles responsáveis pelo julgamento, nas palavras de Dworkin (2014, p. 8), "descobrem" ou "inventam" o direito que anunciam. Uma vez que será tirano juízes "inventarem" o direito. Essa preocupação do público é mais uma questão de fidelidade.

Dworkin (2014, p. 9) cita uma decisão da Suprema Corte Americana que acabou com a segregação racial nas escolas públicas. Se se pensar que antes dessa decisão era legal, o que veio a se tornar ilegal com a decisão, então, a conclusão que se chega é a de que a Corte "inventou" direito; se, ao contrário, se pensar que tal situação já era ilegal (porém não praticada), então a corte "descobriu" direito. Entretanto, advogados e juízes têm em grande maioria posições divergentes no campo teórico, e, é de se reconhecer, que o debate se juízes "descobrem" ou "inventam" o direito faz parte dessa divergência.

4 O DIREITO COMO SIMPLES FATO SEGUNDO DWORKIN

Os filósofos do direito, segundo Dworkin (2014, p. 10), afirmam que a divergência teórica é uma ilusão, que advogados e juízes estão de acordo com os fundamentos da lei. O teórico dá a isso o nome de ponto de vista da simples questão de fato dos fundamentos do direito. E confronta duas opiniões populares: A majoritária, a dos "conservadores", que é aquela que defende que os juízes devem seguir à risca o direito ao invés de tentar aperfeiçoá-lo. Os aplicadores do direito podem, até mesmo não gostar do direito que com o qual se encontram, mas devem, ainda assim, aplicá-lo. Como exemplo, Dworkin (2014, p. 11), relata a decisão que despeja uma viúva na véspera do Natal, sob uma tempestade de neve. O juiz poderá até "não gostar" da lei, mas se a mesma não concede à viúva o direito de moradia, o desejo é certo, e ele deverá ser aplicado, ainda que na véspera do Natal, sob uma tempestade de neve.

A outra corrente, a dos "progressistas", que sustentam o ponto de vista contrário, de que os aplicadores do direito devem melhorar a lei sempre que possível, devendo ser políticos ao aplicá-la. Para a opinião desta minoria, o mau juiz é o juiz intransigente, inflexível e "mecânico", que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que se seguem. O que nos leva a um dos dez mandamentos do advogado escrito

por Eduardo Couture, “teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça” (COUTURE, 1979, p.7). Segundo Dworkin (2014, p. 11), ambas as citadas opiniões populares baseiam-se em simples questões de fato. Certo é que, a maioria do povo (leigos), acredita que para cada questão há um direito reto e simples para ser aplicado. Não, não é tão simples.

Para o filósofo, a questão de fidelidade é então substituída por uma questão diferente, uma questão de reparação. Uma vez provocada a jurisdição, não há como o Estado se furtar de concedê-la ao que clama por justiça. Quer a lei abranja ou não a questão, o direito deve ser dito. Afinal, a Jurisdição é um dever do Estado. E, se diante desse dever, não tiver lei que delimite o caminho que deva seguir a aplicação do direito, algumas questões, propostas por Dworkin (2014, p. 12-13), devem ser repensadas, como por exemplo: O que fariam os juízes na ausência da norma jurídica? “Devem preencher as lacunas com prudência, preservando ao máximo o espírito do ramo do direito em questão? Ou devem fazê-lo democraticamente, tentando chegar ao resultado que, segundo acreditam, represente a vontade do povo? Ou devem arriscar-se, tentando tornar o direito resultante tão justo e sábio quanto possível, em sua opinião?”

Destaque-se ainda, o posicionamento dos juristas acadêmicos mais radicais que acreditam que, são em grande maioria, as decisões institucionais, vagas, ambíguas e incompletas - concluindo que nunca existiu direito relativo a nenhum tópico ou questão, mas apenas retórica – e que, o que fazem, os aplicadores do direito, neste caso, é se utilizar da retórica para encobrir suas decisões que são tomadas com posições idealistas, políticas ou de classe (DWORKIN, 2014, p. 13).

No próximo tópico, através do estudo de casos, pode-se observar qual (ou quais) a(s) divergência(s) das questões trazidas como exemplos experimentadas em nossos tribunais. Se se trata de questão meramente empírica? Ou, se a bem da verdade, são questões teóricas?

5 A NATUREZA ARGUMENTATIVA DA PRÁTICA JURÍDICA SOB A ÓTICA DOS JUÍZES

Ao passo que para muitos filósofos um bom entendimento do direito, dentro de sua função social, enquanto força ideológica, exige uma abordagem mais científica, sociológica ou histórica, para Dworkin (2014, p. 18) o fato do direito ser uma pratica argumentativa, necessário incorporar, também, a compreensão do ponto de vista de cada participante.

E é justamente o que o teórico faz ao descrever casos reais que foram decididos por juízes ingleses e norte-americanos visando demonstrar como a tese do direito como simples fato distorce a prática jurídica.

5.1 O caso Riggs vs. Palmer – 1889

Aos 16 anos, Elmer assassinou seu avô por envenenamento em Nova York, no ano 1882. O caso Elmer é pouco difundido no meio acadêmico brasileiro e até mesmo por muitos de seus profissionais. Todavia em todas às salas de aula no curso de Direito norte americano se estudam esse caso, sendo mais conhecido pela ação Riggs vs. Palmer.

Sabia, Elmer, que o testamento deixava-o com a maior parte dos bens do avô, e estava bastante desconfiado que o velho, que voltara a casar-se havia pouco, pudesse alterar o testamento e deixá-lo sem absolutamente nada. Todavia o crime praticado por Elmer foi descoberto; ele foi declarado culpado e, condenado a alguns anos de prisão. Estaria ele legalmente habilitado a receber a herança que seu avô lhe deixara no último testamento? Importante mencionar que a lei de sucessões de Nova York à época não afirmava nada sobre esta questão. Os legatários residuais incluídos no testamento, habilitados a herdar se Elmer tivesse morrido antes do avô, eram as filhas deste. Então, as mesmas, devido ao assassinato do seu genitor cometido pelo sobrinho, resolveram processar Elmer, exigindo que todo o patrimônio ficasse com elas, e não com ele. Argumentavam que, como o sobrinho havia matado o testador, pai das mesmas, a lei não dava a Elmer direito algum.

O advogado de Elmer disse que o testamento era válido, segundo as leis sucessórias vigentes e, portanto, ele tinha direito à herança. E, disse mais, que se o tribunal decidisse o contrário, estaria alterando o testamento e substituindo o direito por suas próprias convicções morais. “Todos os juízes da mais alta corte de Nova York concordavam que suas decisões deveriam ser tomadas de acordo com o direito. Nenhum deles negava que se a lei sucessória, devidamente interpretada, desse a herança a Elmer, eles deveriam ordenar o inventariante do espólio que assim procedesse. Nenhum deles dizia que, naquele caso, a lei deveria ser alterada no interesse da justiça. Divergiam quanto à solução correta do caso, mas sua divergência dizia respeito à verdadeira natureza do direito, àquilo que determina a legislação quando devidamente interpretada.” (DWORKIN, 2014, p. 21)

Segundo Dworkin (2014, p. 21), a palavra “Lei” pode significar tanto um documento que é votado, quanto, uma questão mais complexa, o direito criado ao se promulgar esse documento. Assim como os críticos de artes que ao estudarem uma tela contemporânea não

costumam ter dúvidas que ela é uma obra artística, mas divergem do que realmente significam todas as suas cores e traços fortes marcados desordenadamente. De modo semelhante, os juízes precisam interpretar a "verdadeira lei" – a partir do texto da compilação de leis. Deste modo, se os críticos de artes precisam de uma teoria operacional para interpretar uma arte contemporânea exprimida na tela, os juízes precisam de uma teoria da legislação para interpretar as leis. Isso é necessário sempre – não somente quando a letra da lei é vaga ou ambígua. No caso Riggs vs. Palmer os juízes divergiram sobre o impacto dos termos da lei sobre os direitos legais de Elmer e suas tias, filhas do falecido, porque divergiram sobre o modo de interpretar a verdadeira lei nas circunstâncias especiais daquele caso. (DWORKIN, 2014, p. 22). Neste julgamento os posicionamentos de dois juízes são estudados por Dworkin.

O Juiz Gray, que julgou favoravelmente a Elmer, se apoiou numa teoria da interpretação "literal", devendo a lei, assim, ser interpretada de maneira acontextual, ou seja, as palavras da lei não devem se sujeitar ao contexto de seu uso ou as intenções de seu autor. Por outro lado, o Juiz Earl, que expressou a opinião de toda a Corte desfavoravelmente a Elmer, se utilizou de uma teoria da legislação que levava em conta a intenção do legislador – "uma lei não pode ter nenhuma consequência que os legisladores teriam rejeitado se nela tivessem pensado" (DWORKIN, 2014, p. 24). Para o juiz Earl, além da intenção do legislador, não era devido ignorar o contexto histórico e, os princípios gerais do direito, ou seja, "os juízes deveriam interpretar a lei de modo a poderem ajustá-la o máximo possível aos princípios de justiça pressupostos em outras partes do direito." (DWORKIN, 2014, p. 25)

Na análise do caso de Elmer, Dworkin (2014, p. 25) é categórico ao concluir seu estudo "a controvérsia sobre Elmer não dizia respeito à questão de se os juízes deveriam seguir a lei ou adaptá-la, tendo em vista os interesses da justiça. Foi uma controvérsia sobre a natureza da lei, sobre aquilo que realmente dizia a própria lei sancionada pelos legisladores."

5.2 O Caso do snail darter – 1978

O Presidente Richard Nixon declarou esforços de conservação de espécies que corriam risco de ser extinta e instou o Congresso dos Estados Unidos a aprovar uma legislação abrangente de espécies ameaçadas. O Congresso respondeu com uma lei totalmente reeditada, a Lei de Espécies Ameaçadas de 1973, que foi assinado por Nixon em 28 de dezembro de 1973, autorizando o Ministro do Interior a designar as espécies que corriam o risco de desaparecer devido a destruição de habitats que ele considerasse essenciais à sobrevivência delas, exigindo no item "5(c)" da Lei "que os órgãos e departamentos do

governo devessem procurar conservar as espécies ameaçadas de extinção e espécies em extinção, utilizando-se de suas autoridades no cumprimento dos finas desta lei".

Ao mesmo tempo, no estado do Tennessee, vinha sendo construída, sob protestos de ambientalistas locais, uma enorme barragem, com o intuito de ampliar o fornecimento de energia hidrelétrica para toda a região onde a mesma estava sendo erguida. Ocorre que tais ambientalistas, em pesquisas, descobriram que o rio aonde vinha sendo erguida a barragem, era o único habitat de uma espécie de peixe denominada *snail darter*, um peixe que até então não constava no rol daquelas espécies ameaçadas. Nas palavras de Dworkin (2014, p. 26): *snail darter*, um peixe de 7,5 cm, destituído de qualquer beleza, interesse biológico ou importância ecológica especiais."

Os ambientalistas convenceram o então Ministro do Interior a incluir o *snail darter* na lista dos ameaçados, promovendo-o a "espécie sob ameaça", e consequentemente utilizaram tal situação fática-jurídica, para pressionar a paralisação das obras na barragem, já em fase de conclusão, e que até então consumira cem milhões de dólares de recursos públicos.

A administração da barragem sustentou que muito embora a lei das Espécies Ameaçadas agora contemplasse o *snail darter*, o Congresso já havia aprovado uma séria de leis, todas após a inclusão do *snail darter* no rol das espécies ameaçadas, no qual previam dotação de recursos orçamentários à obra, além do fato de que, algumas de suas comissões, haviam declarado expressamente posicionamento favorável a continuidade da construção da barragem.

Em que pese o enorme desperdício de recursos públicos, a Suprema Corte julgou pela imediata interrupção das obras na barragem, sendo o voto, proferido pelo juiz Warrem Burger, no qual foram pautadas as demais decisões da mesma linha. O voto do Juiz Burger, era no sentido de que quando o texto da lei é claro, a Corte não tem o direito de recusar-se a aplicá-lo apenas por acreditar que os resultados serão tolos. (DWORKIN, 2014, p. 27)

Tem-se que o Juiz Burger - em decisão semelhante ao Juiz Gray (do caso acima exposto no item 5.1) - deu peso maior a literalidade da lei, indo a favor do direito das espécies ameaçadas em detrimento a outros objetivos sociais, como no caso, a construção da barragem e os gastos efetivados pelo governo até então. E neste caso, Dworkin também contrapõe a decisão de dois Juízes, ao citar ainda a decisão do Juiz Powel, que a favor da conclusão da obra deu seu voto semelhante ao do Juiz Earl (do caso acima exposto no item 5.1).

Segundo o Juiz Powell, os tribunais deveriam seguir a literalidade da lei, por mais absurdo ou estranho que fosse seu resultado, a turma julgadora só poderia ir contra o texto da

lei se encontrasse uma prova inequívoca no texto de que fosse isso o pretendido pelo legislador. Dworkin (2014, p. 29), finaliza o estudo desse caso mais uma vez concluindo que ambos os juízes não divergiam sobre questão histórica ou questão de fidelidade, discordavam eles, os aplicadores do direito, "sobre o sentido da lei; discordaram sobre o modo como os juízes deveriam decidir sobre qual a norma jurídica resultava de um texto específico promulgado pelo Congresso, quando os congressistas tinham as crenças e intenções que os dois juízes concordavam que eles tinham nesse caso."

5.3 O Caso da Sra. McLoughlin – 1982

Em 19 de outubro de 1973, um vizinho chegou à casa da Sra. McLoughlin para lhe dizer de um grave acidente envolvendo seu marido e filhos, que havia ocorrido há duas horas. Então, ele a levou para o hospital que haviam sido encaminhados. Lá chegando, Sra. McLoughlin, se deparou com a filha morta e seu marido e outros filhos que ficaram gravemente feridos, todos ainda coberto de óleo e lama. Naquele momento, Sra. McLoughlin sofreu um choque nervoso grave, o que a levou a processar o motorista negligente, bem como de outras pessoas envolvidas no trágico acidente, que foram responsáveis pelo mesmo, requerendo indenização por danos morais,

Decisões anteriores em Tribunais Ingleses tinham permitido vítimas a recuperar os danos por lesão emocional. Porém, este caso à época era único, porque a autora, Sra. McLoughlin, sofrera os ferimentos "emocionais" à distância do local do acidente e horas depois do mesmo.

Este caso é outro examinado com frequência por estudantes de direito e estudantes de filosofia jurídica. E o jurista Ronald Dworkin o usou também como analise, porque ao contrário dos citados casos Elmer e *snail darter* que têm, em sua origem, uma lei (havendo divergência quanto a sua interpretação); neste caso, da Sra. McLoughlin, seu pedido foi fundamentado em decisões anteriores proferidas pelo Tribunal.

O Tribunal de primeira instância disse que a lesão da Sra. McLoughlin não era previsível e decidiu contra ela. Segundo o juiz, o fato da Sra. McLoughlin não estar no local no momento do acidente, não se poderia responsabilizar a pessoa que agiu com negligência por danos que uma pessoa sensata não pudesse antever se refletisse sobre a questão. Ou seja, não poderia se esperar que isso acontecesse a uma pessoa que não estava no local naquele momento. Por isso, os precedentes foram considerados discrimináveis.

O caso foi objeto de recurso para o Tribunal de Apelação. O Tribunal de Apelação confirmou a decisão do juiz de primeira instância, alternando apenas o argumento usado por aquele juiz; e negou provimento ao recurso se pautando numa questão política judiciária. Segundo o Tribunal, ao aumentar as circunstâncias de responsabilização por danos morais, poderia ter muitas consequências adversas para a comunidade como um todo (precedentes para mais ações, aumento do valor de seguros e carros, atestados falsos...). A Sra. McLoughlin apelou mais uma vez para a Câmara dos Lordes.

Por fim, na Câmara dos Lordes, em decisão liderada por Lord Wilberforce, decidiu-se em favor da Sra. McLoughlin, refutando os argumentos de política judiciária neste caso. No entanto, restou uma controvérsia entre os Lordes sobre o "verdadeiro direito". Os precedentes poderiam ser discriminados mediante argumentos de política judiciária, em algum caso? Ou a discriminação dos precedentes só poderia acontecer porque os princípios morais admitidos nos casos anteriores não se aplicam da mesma maneira neste?

5.4 O caso Brown vs. Board of Education of Topeka - 1954

O julgamento Brown vs. Board of Education de Topeka, 347 US 483 (1954), foi um marco na história da Suprema Corte dos Estados Unidos no qual restou declarado a inconstitucionalidade das escolas públicas separadas para estudantes negros e brancos. Esta decisão revogou a decisão de outro caso, Plessy v. Ferguson de 1896, que permitiu a segregação racial patrocinada pelo Estado, na medida em que foi aplicada à educação pública. Proferida em 17 de maio de 1954, por unanimidade (9-0) a decisão do Tribunal Warren afirmou que "instalações educacionais separadas são inerentemente desiguais."

Foi considerada uma afronta à Decima Quarta Emenda Americana que declarava que nenhum Estado poderia negar a ninguém igualdade perante a lei. E diante de um momento social bastante diferente de 1896, rediscutiu-se o tema em 1954. Dworkin (2014, p. 36 a 38), apresenta este caso como mais um exemplo onde restou travada uma batalha sobre a questão do direito e, não, questão de simples fato.

5.5 O caso das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias no Brasil - 2008

A Lei da Biossegurança Lei n. 11.105/2005, através de seu artigo 5º passou a permitir 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; desde que com o consentimento dos genitores, entre outros requisitos a serem respeitados.

Ocorre que, a citada Lei não conseguiu ser suficientemente eficiente para resolver os conflitos sociais envolvidos pelo tema, porque se preocupou apenas com o conhecimento técnico e científico, sem buscar a fundamentação ética que envolve o tema.

Diante da falta de um fundamento consistente por parte do legislador da Lei de Biossegurança, o conflito social "*bateu à porta*" do Poder Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal para que decidisse o conflito: (im)possibilidade da utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa no âmbito nacional. (RECKZIEGEL, 2011, p.230). A Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tinha por alvo o artigo 5a da Lei Federal nº 11.105 ("Lei da Biossegurança"), sendo argumentado que os dispositivos impugnados contrariavam "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 que afrontava os direitos fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. (ADI n° 3.510, p. 142-143)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n° 3.510 da Relatoria do Ministro Ayres Brito, restou assim decidida:

> Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar improcedente a ação direta, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente

Passaremos agora a análise e destaque de trechos de alguns dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal que se adequam a teoria de Dworkin, ou seja, destacando aquelas nas quais se identificam divergências teóricas.

Trecho do voto do Relator da ADI, Ministro Ayres Brito (ADI 3.510/DF, p. 207):

> (...) É assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo, totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem

> antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.

Trechos do voto da Ministra Ellen Gracie (ADI 3.510/DF, p. 212-213):

> (...) Afirmo, em síntese, nessas linhas, que a Casa não foi chamada a decidir sobre a correção ou superioridade de uma corrente científica ou tecnológica sobre as demais. Volto a frisar, pois já o disse em outra ocasião, que não somos uma academia de ciências. O que nos cabe fazer, e essa é a província a nós atribuída pela Constituição, é contrastar o artigo 5° da Lei n° 11.105 com os princípios e normas da Constituição Federal. Com todas as vénias ao ilustre proponente da ação, o Procurador-Geral da República - agora com uma outra identidade pessoal - e aos ilustres juristas que secundam a sua posição, não constato vício de inconstitucionalidade na referida norma. Não se lhe pode opor, segundo entendo, a garantia da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III -, nem a garantia de inviolabilidade da vida, pois, conforme acredito, o pré-embrião não acolhido no seu ninho natural de desenvolvimento - o útero - não se classifica como pessoa. A ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida. Por outro lado, o pré-embrião - ou ao menos aqueles de que aqui tratamos - ou seja, os inviáveis e destinados ao descarte - também não se enquadra na condição de nascituro, pois a esse - a própria denominação o esclarece bem - se pressupõe a possibilidade, a probabilidade de vir a nascer, o que não acontece com esses embriões inviáveis ou destinados ao descarte.

Aponta-se o voto da Ministra Carmem Lúcia (ADI 3.510/DF, p. 343):

> (...) Alguns dos amici curiae fazem a defesa da tese de inconstitucionalidade das normas questionadas pelo Procurador-Geral da República, com base no art. 4º do Pacto de São José de Costa Rica – tratado de direitos humanos firmado pelo Brasil, segundo o qual "Artigo 4º - Direito à vida 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente." Se de um lado é garantido o direito à vida – e para os defensores da tese sustentada na peça inicial desta ação haverá inconstitucionalidade nas normas questionadas exatamente porque essa garantia vale desde a concepção e o embrião já seria vida garantida em sua inviolabilidade e não poderia, então, ser destruído -, de outro lado aquela norma pactuada internacionalmente há de receber interpretação a partir de todos os seus termos, nos quais se contém proibição de que alguém possa dela ser privado arbitrariamente. (...)

Trecho do voto do Ministro Lewandowski que julgou procedente em parte a ADI 3.510/DF para, sem redução de texto, conferir outra interpretação aos dispositivos do art. 5° da Lei de Biossegurança (ADI 3.510/DF, p. 446-447):

> (...) 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. (...)

Registre-se o voto do Ministro Eros Grau:

> (...)Tenho reiteradamente insistido em que o intérprete do direito não se limita a compreender textos que participam do mundo do dever ser; há de interpretar

> também a realidade, os movimentos dos fatores reais do poder, compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais, infraconstitucionais, são produzidas, vale dizer, o momento da passagem da dimensão textual para a dimensão normativa.

No voto do Ministro Joaquim Barbosa destacamos as seguintes partes:

> (...) Vivemos um momento histórico da mais ampla significação, e não digo isso apenas em relação a este julgamento. De fato, a evolução da humanidade, era seus múltiplos aspectos, requer respostas éticas diferentes dos modelos outrora construídos sobre teorias filosóficas, teológicas e cientificas fundamentadas numa visão de mundo (e de ser humano) agora aparentemente ultrapassada. Ultrapassada não porque eram teorias ruins, mas porque a sociedade evoluiu e surgiram questionamentos para os quais elas não se aplicam a contento. Assim, o melhor caminho para a proteção do direito à vida, em seus diversos e diferentes graus, é uma legislação consciente e a existência de órgãos dotados de competência técnica e normativa para implementá-la, fiscalizando efetivamente a pesquisa cientifica no país. A proibição *tout court* da pesquisa, no presente caso, significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e para os eventuais benefícios que dele podem advir, bem como significa dar uma resposta ética unilateral para uma problemática que envolve tantas questões éticas e tão diversas áreas do saber e da sociedade. Essa Corte, em de seu papel de guardiã da Constituição Federal e dos direitos e garantias fundamentais, tem o dever de proteger a democracia, a liberdade de crença religiosa e a liberdade de investigação científica. A meu sentir, pedindo vénia aos que pensam de maneira diferente, creio que a permissão para a pesquisa cientifica, tal como disposta na lei ora atacada, não padece de inconstitucionalidade. (ADI 3.510/DF, p. 473-474)

Também é o voto do Ministro Cezar Peluso (ADI 3.510/DF, p. 519):

> (...)E, nesse contexto, é mister extrair-lhe, ainda com apoio na técnica da chamada interpretação conforme, todas as garantias inerentes à intangibilidade constitucional do genoma humano, na sua expressão e valor de programa hereditário que identifica, caracteriza e distingue, na sua irredutível singularidade, toda pessoa humana, sobretudo no plano prático das limitações necessárias das pesquisas científicas e da regulamentação de um sistema de atribuição e controle de responsabilidades, sem as quais não se passa dos apelos dos princípios gerais à instauração de uma práxis consentânea.(...)

É de se observar ainda o voto do Ministro Marco Aurélio (ADI 3.510/DF, p. 546-549):

> (...) Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido - a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro -, o que se dirá quando se trata de fecundação in vitro, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca oxicarbônica com o meio ambiente.

Por sua vez, o Ministro Celso de Melo ao proferir seu voto assim se manifestou:

> (...) Veja-se, portanto, de todo o quadro ora exposto, que são diversas as teorias científicas que buscam estabelecer a definição bioética do início da vida, o que

> permite, ao intérprete - necessariamente desvinculado de razões de natureza confessional ou religiosa -, optar por aquela concepção que mais se ajuste ao interesse público, que atenda as exigências sociais de desenvolvimento da pesquisa científica e 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 às proclamações constitucionais que reconhecem, como prerrogativas básicas de qualquer pessoa, o direito à vida e o direito à saúde. (ADI 3.510/DF, p. 579-580)
>
> (...) Como se sabe, a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais - como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura e a recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) e ao respeito à dignidade da pessoa humana - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, "hic et nunc", em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. (ADI 3.510/DF, p. 585-586)

É de se registrar, enfim, trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes (ADI 3.510/DF, p. 597):

> 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). (...)

O julgamento da ADI n° 3.510/DF é um caso apalpável do que Dworkin defende, pois observe-se uma divergência teórica, não tão somente empírica. Há uma discussão profunda a respeito dos fundamentos do direito, e mais, refletem e questionam o papel do estado laico, o papel da igreja, o conceito de vida, a dignidade que deve lhe ser dada, questões que, querendo ou não, são imbuídas do particular de cada aplicador do direito, da sua convicção, aquilo que viveu até hoje, sua experiência de vida, seus conhecimentos, seus valores, sentimentos e ideais. De fato, o direito não se trata de simples questão de fato.

6 TEORIAS SEMÂNTICAS DO DIREITO SEGUNDO DWORKIN

Diante dos casos expostos por Dworkin (2014, p. 38) observa que há em todos uma discussão sobre o sentido da lei; discordaram, os juízes, sobre o modo como os mesmos deveriam decidir, sobre qual a norma jurídica resultava de um texto específico promulgado pelo Legislativo, sobre qual eram as crenças e intenções dos legisladores ao criar as normas aplicadas aos casos; não divergiam, os aplicadores do direito, sobre questão histórica, questão de fidelidade, ou moral. Divergiam, sim, sobre questão teórica.

Para estes filósofos, "todos nós seguimos regras ditadas pela língua que falamos, e delas não temos plena consciência". A maioria de nós não tem ideia dos critérios que utilizamos para fazer o uso das palavras, ou mesmo, do sentido que empregamos a esses critérios, "cabe à filosofia explicá-los a nós" (DWORKIN, 2014, p. 39). Diante do caso prático nos caberia escolher qual conjunto de ideias melhor se adequaria, uma vez que a gama de interpretações, conceitos e o conjunto de critérios usados variam entre os filósofos.

Assim, conforme explica Dworkin (2014, p. 39), "todos usamos os mesmos critérios factuais para formular, aceitar e rejeitar informações sobre a natureza do direito, mas ignoramos o que são esses critérios." Justificando, assim, o papel dos filósofos do direito de elucidá-los para nós. E, várias são as definições de direito que nos foi, e ainda são, apresentadas por estes filósofos. Ao enfrentar as teorias criadas por filósofos do direito que exigem dos juristas determinados critérios linguísticos para avaliar os debates que as pessoas fazem sobre o que a lei permite, proíbe ou autoriza, Dworkin (2014, p. 40), as nomeia como teorias semânticas do direito.

Portanto, as teorias semânticas do direito identificam os critérios que definem o direito na prática para todos os aplicadores do direito seguirem os mesmos critérios linguísticos, a fim de avaliar as proposições jurídicas. Assim sendo, elas falam como se aplica o direito e definem o significado do direito.

6.1 Positivismo jurídico

De acordo com as teorias semânticas, advogados e juízes devem se utilizar dos mesmos critérios para avaliar as proposições jurídicas e assim decidirem se são falsas ou verdadeiras. Ocorre que essas teorias divergem quanto quais são os critérios que devem ser adotados e compartilhados pelos advogados, bem como sobre quais são os fundamentos que esses critérios determinam como válidos.

As teorias semânticas dominantes defendem que a verdade das proposições jurídicas é pontuada por certos e específicos eventos históricos. São essas as teorias positivistas, que sustentam que a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica (ou seja quanto a existência ou não de lei a ser aplicada ao caso concreto) sobre a história das instituições jurídicas. (DWORKIN, 2014, p. 41)

E como dito acima, se já há divergência entre as teorias semânticas, no que tange as teorias semânticas positivistas essas, entre si, tão pouco encontram consenso sobre quais fatos históricos são decisivos. Dworkin (2014, p. 41), cita John Austin, um advogado e acadêmico inglês, autor da obra The Province of Jurisprudence Determined, escrita em 1832. Austin afirmava que: "Leis, e outros comandos são ditos para proceder de seus superiores, e cegar ou obrigar inferiores" (AUSTIN, 1832, p. 18) e, segundo Dworkin (2014, p. 41), o que defendia Austin, era que numa sociedade política, uma proposição jurídica é verdadeira desde que remete o comando imposto por alguma pessoa ou grupo que ocupe posição soberana na referida sociedade.

Para Dworkin (2014, p. 42), a ideia central de Austin, a de que "o direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detém poder político", nunca deixou de exercer sua força sobre a doutrina.

Foi Hart, filosofo inglês, com sua obra publicada em 1961, The Concept of Law, que propôs uma outra concepção quanto a autoridade jurídica:

> Eu tenho considerado: como "ser obrigado" difere de "ter uma obrigação"; como a afirmação de que a regra é uma regra válida de direito difere de uma previsão do comportamento do povo; o que se entende pela afirmação de que um grupo social observa uma regra e como isso difere e se assemelha a afirmação de que seus membros habitualmente fazem certas coisas. De fato, um dos temas centrais do livro é que nem a lei nem qualquer outra forma de estrutura social pode ser entendida sem a apreciação de certas distinções cruciais entre dois tipos diferente de declaração, que os tenho chamado "interno" e "externo" e que tanto uma quanto outra pode ser feita sempre que forem observadas as regras sociais.

Como afirma Dworkin (2014, p. 42), para Hart "os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de "regra de reconhecimento") que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis. Assim, as proposições jurídicas não são verdadeiras apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas, mas, fundamentalmente em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas." A ideia de Hart, de que "a verdade das proposições jurídicas depende

essencialmente do direito", segundo Dworkin (2014, p.43), conquistou um amplo assentimento.

7 O NEXO ENTRE A TESE DE DWORKIN E A DECISÃO DA ADI 3.510/DF

Dworkin (2014, p. 52-53) defende a tese de que o argumento jurídico diz respeito a tudo, ou ainda que mesmo parcialmente, a questões vitais, o que impossibilita os advogados de usarem os mesmos critérios factuais para decidir quando as proposições jurídicas são verdadeiras ou falsas; até porque, divergiriam os mesmos, sobre quais critérios utilizar.

Se é fato que existe uma divergência quanto ao direito em si, muito além de uma discussão científica, sociológica ou histórica e, se o direito é uma prática argumentativa, como demonstrado, seguindo a tese de Dworkin, há a necessidade de ser incorporada a compreensão do ponto de vista do aplicador da lei; que por sua vez será pautada sobre aquilo que de fato torna uma proposição jurídica verdadeira, não somente em sua superfície, mas também em sua essência.

A discussão da ADI n° 3.510/DF, debatida em nosso Supremo Tribunal Federal, tratou sobre a vida – sobre o início da vida, a violação do direito à vida, sua proteção constitucional, seu direito à dignidade. Além de audiência pública para debater a questão, foram admitidos no processo como "amigos da corte" (*amici curiae*), várias entidades da sociedade civil conectadas aos direitos humanos e de grande representatividade científica, religiosa, política e cultural. Foram ouvidas as opiniões de todos, nas palavras do Ministro Relator Ayres Brito, "debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos". (ADI 3.510, p.152)

É justamente nesse ponto, quando o Ministro Relator começa a descrever a forma de como a corte chegou ao seu entendimento, onde se percebe que a decisão da questão não seria decidida apenas na divergência empírica.

Ora, se os debates que foram utilizados para contribuir com as decisões dos membros do STF foram "subjetivamente empenhados", não há como negar que, por mais que tenham sido "objetivamente valiosos", as contribuições já foram com suas cargas de subjetividade. Daí, necessário reconhecermos que essas "contribuições", bem como a lei são interpretadas por homens, seres completos de carne e osso, razão e emoção. Sujeitos com experiências próprias sobre a vida. Diante disso, será possível, mesmo com toda a imparcialidade inerente a um julgador, interpretar a lei sem fazer um juízo de preconceito?

Ao desbulharmos sobre o julgamento da ADI 3.510, observamos alguns termos utilizados pelos Ministros nos quais é verificada a carga de subjetividade dos votos proferidos: “Daqui se infere - é a minha leitura”, “ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo)”, “penso que”, “é o que tenho como suficiente para”, “creio que”, “no meu entendimento”, “observo”, “não me parece razoável”, “a meu sentir”, “de minha parte”.

Verifica-se no STF, em especial o julgamento da ADI n° 3.510, posicionamentos característicos da teoria Dworkiniana, o próprio Ministro Relator afirma que “é assim ao influxo desse olhar pós-positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto.”(p. 207). Olhar pós-positivista, este, que reflete a visão progressista de que os aplicadores do direito devem melhorar a lei sempre que possível, devendo ser políticos ao aplicá-la. Lado outro, o que seria mais vital que a discussão do próprio direito à vida e seu início?

Por ocasião do voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes, dúvidas não existem de que Dworkin influencia, assim como é usado para justificar, as decisões de nossos tribunais. (ADI 3.510/DF, p. 598):

> “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"

Por ora é válido refletir sobre as palavras de Dworkin, proferidas na Conferência McCorckle de 1984:

> Não somos uma comunidade unida por um acordo moral concentrado, por opiniões compartilhadas acerca dos detalhes de qual justiça e qual imparcialidade, e sobre o que uma vida valiosa e decente requer. (Seríamos, eu acredito, uma comunidade pior se nós alcançássemos um consenso sobre esses assuntos.). Debatemos sobre justiça e imparcialidade por meio de instituições que temos, procurando, como parte do diálogo, reformar estas instituições na medida em que as usamos, reconhecendo que qualquer estrutura institucional que alcancemos é provisória, que nenhuma decisão da maioria do Executivo ou de uma Corte, é correta apenas porque foi tomada, ou correta apenas porque deve ser respeitada desde que assim se estabeleça. Marchamos nesse caminho em direção ao que esperamos ser uma melhor comunidade, mais imparcial e mais justa; (...)

Por todo o exposto, conclui-se que, a tese de Dworkin, nos direciona a uma interpretação axiológica das proposições jurídicas, e nos provoca algumas questões ainda não concluídas sobre o tema, os quais serão elaborados no próximo capítulo.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enganam-se aqueles que pensam que o homem chegou ao topo de sua evolução. A cada dia o homem caminha a passos largos (cada vez mais largos) rumo ao futuro. Novas tecnologias, novas descobertas científicas e novas conquistas. Sem dúvida, uma nova modernidade. No mundo da nanotecnologia, do grande colisor de hádrons, dos androides, da impressora 3D, da produção de clones, o homem não se contenta em ser a imagem e semelhança de Deus. Diante dos avanços incontroláveis, incalculáveis e imprevisíveis a sociedade vive grande questionamento sobre o dia de amanhã. Por sua vez, o ser humano não atinge a rapidez de um processador de computador. Mas, se o direito é criado e aplicado pelos homens, consegue ele acompanhar esse desenvolvimento social?

As discussões teóricas sobre o que é o direito são muito importantes para cumprirmos o objetivo maior de justiça e paz social. Pois, de nada adianta toda a evolução cientifica-tecnológica se a sociedade não for justa para toda a biodiversidade.

Evoluir é necessário para todos, até mesmo para o direito. Mas, há de se ter um cuidado enorme com essa questão. Adotar um conceito progressista do direito e de sua aplicação, nos leva a meditar sobre alguns temas: Os aplicadores do direito, ao aplicá-lo, defendem os valores que defende a sociedade? Sendo que a sociedade não os escolhe ou elege. Possuem, os mesmos, legitimidade para tal função?

Não estaríamos diante de um ativismo judicial? Diante de uma atitude exageradamente proativa do nosso Poder Judiciário, em que pese seus representantes manterem um esforço constante para diferenciar a natureza de suas funções e das funções legislativas?

Ou, a tese de Dworkin, é importante justamente para legitimar essa atitude mais ativa normativamente daqueles que aplicam as leis?

Ao nos depararmos com nossa realidade brasileira, ficaremos pois numa “sinuca de bico”; e ouso aqui terminar minha conclusão, com outra indagação: Ficamos “congelados” a mercê de um Congresso, pouco ativo, mas por nós eleito? Ou conferimos nosso poder a um exercício político do poder judiciário que por nós não é eleito?

A resposta a essa questão urge, mas, antes de mais nada necessário determinarmos o que é o direito.

REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Aristóteles. **Politcs**. 1. ed. Translated by Benjamin Jowett. Oxford: Clarendon Press, 1908.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. London: John Murray, Albermale Street, p. 1-30, 1832.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n° 3.510. Relator Ministro Carlos Britto. Data de julgamento: 29.05.08. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 16 nov. 2014.

COUTURE, Eduardo Juan. **Os 10 Mandamentos do Advogado**. Tradução de Ovídio A Batista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1979.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A Conferência McCorckle de 1984:** As Ambições do Direito para si Próprio. Belo Horizonte: Revista Veredas do Direito, Vol. 4. n.º 8, Jul./Dez., p. 9-32, 2007.

FARIA, Ernesto. **Dicionário Escolar** Latino - Português. 3ª. ed. Ministério da Educação e Cultura: Campanha Nacional de Material de Ensino, 1962.

HART, H. L. A, **The Concepto f Law**. 2ª.ed.Oxford: Clarendon Press, 1994.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Manual de Biodireito.** 2. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. **In Memoriam: Ronald Dworkin**. 14 fevereiro 2013 Disponível em: <http://www.law.nyu.edu/news/RONALD_DWORKIN_MEMORIAM>. Acesso em: 10 nov. 2014.

NEW YORK. Court of Appeals of New York. Riggs v Palmer. Disponível em: <http://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm>. Acesso em: 13 nov. 2014.

RECKZIEGEL, Janaína, **O ativismo judicial na pesquisa com seres humanos**. Disponível em: < http://editora.unoesc.edu.br/index.php/seminarionacionaldedimensoes/article/download/901/519>. Acesso em: 15 nov. 2014.

UNITED STATES. US Supreme Court. Tennessee Valley Auth. vs. Hill. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/153/case.html>. Acesso em: 13 novembro 2014.

UNITED STATES. US Supreme Court. Brown v. Board of Education of Topeka. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html>. Acesso em: 13 novembro 2014.