

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

AS ANTINOMIAS JURÍDICAS, À LUZ DA TEORIA DE NORBERTO BOBBIO, E A CONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS

Alessandra Figueiredo dos Santos¹
Bernardo Cecílio da Fonseca²

SUMÁRIO

1 Introdução; 2 Dispositivos constitucionais contrapostos; 3 O problema das antinomias; 4 Critérios como forma de solucionar as antinomias; Conclusão; Referência das Fontes Citadas

RESUMO

Este breve estudo pretende analisar as antinomias e os critérios existentes para a sua solução, segundo a obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de Norberto Bobbio. Mas, diferentemente dos inúmeros trabalhos já escritos sobre o tema, far-se-á essa análise tendo como pano de fundo um dos julgados mais importantes já realizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos tempos: a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

PALAVRAS-CHAVE: Antinomias; Solução de antinomias; Células-tronco embrionárias.

¹ Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA); especialista em Direito Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA); bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (FAPEAM). Produção e Aplicação do Direito/Heremênutica. afs_0108@yahoo.com.br.

² Mestrando em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA); especialista em Gestão Ambiental pela Universidade de Uberaba (UNIUB); bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (CAPES/FAPEAM). Produção e Aplicação do Direito/Heremênutica. bececilio@hotmail.com.

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

ABSTRACT

This brief study intends to examine the antinomies and the existing rules for its solution, according to Norberto Bobbio's work *A Theory of Legal Order*. But unlike many of works ever written about this subject, here it will be analyzed to the backdrop of one of the most important trial already made by the Federal Supreme Court (STF) in recent times: the constitutionality of the use of embryonic stem-cells in scientific research.

KEYWORDS: Antinomies; Antinomies' Solution; Embryonic Stem-cells.

1 INTRODUÇÃO

O que este breve estudo pretende analisar são as antinomias e os critérios existentes para a sua solução, segundo a obra *Teoria do Ordenamento Jurídico*, do célebre jurista italiano Norberto Bobbio. Mas, diferentemente dos inúmeros trabalhos já escritos sobre o tema, essa análise não será meramente teórica, distante da realidade do intérprete, como que fizesse parte de um mundo que não lhe pertence.

O problema das antinomias será analisado tendo como pano de fundo um dos julgados mais importantes já realizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos tempos: a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

Convém esclarecer, antes de tudo, que não é intuito deste estudo tecer qualquer consideração a favor ou não do uso de células-tronco embrionárias, em experimentos científicos. Nosso propósito, aqui, é apenas utilizar o julgado do STF para melhor exemplificar e esclarecer as antinomias, a fim de que o leitor possa, com mais clareza, visualizar o problema e compreender o assunto.

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

2 DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS CONTRAPOSTOS

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI 3.510-0/DF) foi proposta pelo ex-Procurador-Geral da República, doutor Cláudio Lemos Fonteles, e teve por fim impugnar o art. 5º da Lei Federal n. 11.105 (Lei de Biossegurança), de 24 de março de 2005, *ad litteram*:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3(três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (sem grifo no original)).

Na ação, alguns valores constitucionais foram suscitados a fim de sustentar a constitucionalidade ou não do dispositivo infra-constitucional supracitado. O primeiro deles refere-se à **inviolabilidade do direito à vida** (art. 5º, *caput*, CF/88), já que, conforme argumentou o autor da ação, o embrião humano é considerado vida humana e, como tal, não pode ter sua vida ceifada a fim de servir de mero instrumento para pesquisas científicas, o que acabaria por violar o princípio constitucional maior da **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF, /88).

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Em contrapartida, para os que sustentavam a constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005, o referido dispositivo legal está em consonância com outros dois valores constitucionalmente amparados: o **direito à saúde** (arts. 196 a 200, CF/88) e o **direito à livre expressão da atividade científica** (art. 5º, IX, CF/88).

Diante de sucinta análise do problema que teve de ser enfrentado pelo excelso Pretório, percebe-se que alguns dispositivos constitucionais estavam em conflito. Havia, portanto, no caso *sub examen*, o que se pode chamar de **antinomias**.

3 O PROBLEMA DAS ANTINOMIAS

As antinomias existem quando duas ou mais normas vigentes e válidas, no mesmo ordenamento jurídico, são incompatíveis entre si. Para definir em que consiste uma antinomia jurídica e em que momento são duas ou mais normas consideradas incompatíveis entre si, Bobbio apresenta, basicamente, as seguintes relações de incompatibilidade: (i) uma norma que ordena fazer algo e outra que proíbe fazê-lo; (ii) uma norma que ordena fazer algo e outra que permite não fazer; (iii) uma norma que proíbe fazer algo e outra que permite fazê-lo.

No caso em que estamos a examinar, para melhor entender essas relações de incompatibilidade, poderíamos vislumbrar que há incompatibilidade, por exemplo, entre a norma que preconiza a **inviolabilidade do direito à vida** e a que permite a **livre expressão da atividade científica**, especificamente no que concerne às células-tronco embrionárias. A **inviolabilidade do direito à vida** consistiria numa norma que proíbe fazer algo (norma proibitiva), como, por exemplo, não matar o embrião. Já a norma que determina a **livre expressão da atividade científica** consistiria numa norma que permite fazer algo (permissiva), ou seja, a expressão da atividade científica é livre para quem desejar fazê-lo; e, sendo assim, é permitida a utilização de embriões humanos para fins científicos.

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Mas, para que se possa falar da existência, de fato, de antinomias num determinado ordenamento jurídico, Bobbio impõe o preenchimento de mais duas condições: 1) as normas têm de pertencer ao mesmo ordenamento jurídico; 2) as normas têm de ter o mesmo âmbito de validade.

Com relação ao primeiro requisito, parece óbvio que as normas antinômicas devam pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, já que, embora Bobbio considere a hipótese de existir antinomia entre normas pertencentes a ordenamentos jurídicos distintos (numa espécie de coordenação ou subordinação), o caso em comento trata de antinomia entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento jurídico.

No que se refere ao âmbito de validade das normas, Bobbio distingue as antinomias em antinomias próprias e antinomias impróprias. As **antinomias próprias** são as resultantes, conforme já explanado, do encontro entre duas normas incompatíveis, e podem ser de três tipos:

Antinomia própria do tipo **total-total**: dá-se quando normas incompatíveis têm igual âmbito de validade. Nesse caso, em qualquer hipótese de aplicação das normas haverá conflito entre uma e outra.

Antinomia própria do tipo **parcial-parcial**: dá-se quando normas incompatíveis têm âmbito de validade em parte igual e em parte diferente, ou seja, cada uma possui uma parte cujo âmbito de aplicação entra em conflito com a outra, subsistindo outra parte que não entra em conflito.

Antinomia própria do tipo **total-parcial**: dá-se quando o âmbito de validade de uma norma é integralmente igual à parte do âmbito de validade de outra norma. Nesse caso, o que ocorre é antinomia total de uma norma em relação a uma segunda, e apenas antinomia parcial da segunda norma em relação à primeira.

As **antinomias impróprias**, por sua vez, também podem ser subdivididas em três tipos:

Antinomia imprópria **de princípio**: ocorre quando um ordenamento jurídico é inspirado em valores contrapostos. Nesse caso, diz-se que o ordenamento jurídico descansa sobre princípios antinômicos.

Antinomia imprópria **de avaliação**: ocorre quando uma norma impõe pena mais grave a um delito de menor potencial ofensivo, enquanto outra norma

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

impõe pena mais branda a um delito de maior potencial ofensivo. Segundo Bobbio, nesse caso, não há necessariamente o que se pode chamar de antinomia — já as normas são totalmente compatíveis — mas de injustiça.

Antinomia imprópria **teleológica**: ocorre quando há contradição entre a norma que prescreve o meio e a que prescreve o fim a ser alcançado. Dessa forma, ao se aplicar a norma que prescreve o meio, não se encontram as condições para alcançar o fim. O que ocorre nesse tipo de antinomia imprópria é que, na maior parte das vezes, a contradição decorre da insuficiência do meio, dando origem, mais propriamente, não a uma antinomia; mas a uma lacuna.

Após esse pequeno estudo sobre os tipos de antinomia, segundo a classificação de Bobbio, podemos chegar à conclusão de que, no caso da ADI 3.510, o conflito existente entre os dispositivos constitucionais que determinam a **inviolabilidade do direito à vida** (art. 5º, *caput*, CF/88) e o **direito à livre expressão da atividade científica** (art. 5º, IX, CF/88) são antinomias impróprias de princípio. Isso porque, conforme já demonstrado, dizem respeito mais a valores constitucionais contrapostos do que, propriamente, a conflito de normas.

4 CRITÉRIOS COMO FORMA DE SOLUCIONAR AS ANTINOMIAS

Passemos agora a examinar quais os critérios existentes para a solução dessas antinomias. Primeiramente, convém esclarecer que Bobbio, ao tratar desse assunto, argumenta que, embora existam regras comumente aceitas, na jurisprudência, para resolução das antinomias, essas regras não são suficientes para resolver todas as hipóteses de antinomia. Por esse motivo, Bobbio traz, em sua obra, mais uma categoria de antinomia, relacionada à possibilidade de sua solução: são as chamadas antinomias **solúveis** (também denominadas **aparentes**) e antinomias **insolúveis** (também denominadas **reais**).

Como se sabe, há, basicamente, três critérios para a solução das antinomias: o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. O critério hierárquico determina que a norma posterior deve prevalecer sobre a anterior. O critério cronológico impõe a prevalência da norma hierarquicamente superior sobre

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

a inferior. Por último, o critério da especialidade pressupõe que deve prevalecer a norma especial sobre a geral.

Impõe observar que, no critério da especialidade, ocorre o que Bobbio classifica de *antinomia própria total-parcial*, já que não acontece a eliminação total de normas consideradas incompatíveis; mas a derrogação da lei geral apenas naquilo que for incompatível com a lei especial.

Contudo, percebe-se que, na antinomia existente entre os valores da **inviolabilidade do direito à vida** (no caso, da vida do embrião humano) e da **livre expressão da atividade científica**, não há como solucionar esse conflito aplicando, pura e simplesmente, um dos critérios *retro* citados. Isso porque ambas as normas são contemporâneas (já que nasceram do mesmo diploma legal), são de mesmo nível hierárquico (ambas pertencem à Constituição) e são gerais (traduzem valores que se encontram na Constituição). Para Bobbio, diante de um caso como esse, não há qualquer outro critério válido (no sentido de legítimo) para a solução de antinomias desse tipo.

O único subterfúgio de que se poderia valer o intérprete, ao se encontrar numa situação como essa, é recorrer ao critério de solução de antinomia baseado na forma da norma. Bobbio afirma ser esse um critério cuja referência só é possível de se encontrar em velhos tratadistas. Entretanto, convém aqui analisá-lo.

De acordo com a forma, as normas podem ser de três tipos: imperativas, permissivas e proibitivas. Segundo o critério da forma da norma, haveria um certo grau de prevalência entre as espécies de norma, ou seja, normas permissivas deveriam prevalecer sobre as imperativas e proibitivas. Isso equivaleria, nas palavras de Bobbio, *ao cânone interpretativo de dar preponderância, em caso de ambigüidade ou incerteza na interpretação de um texto, à interpretação favorabilis sobre a odiosa* (BOBBIO, p. 98-99).

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Portanto, tudo irá depender do que se entende por norma favorável ou por norma odiosa. Se se entender que norma mais favorável é a que confere ao sujeito uma liberdade (direito subjetivo ou faculdade) — norma permissiva —, e que norma odiosa é aquela a qual impõe uma determinada obrigação (normalmente seguida de sanção) — norma imperativa — ao sujeito, óbvio está que, nesse caso, a norma permissiva é a favorável, e a norma imperativa é a considerada odiosa.

O grande problema de utilizar o critério da forma da norma para a solução de antinomias é que, conforme bem observa Bobbio, é característica natural da norma jurídica a bilateralidade, ou seja, ao passo que concede determinado direito a um sujeito, fixa uma determinada obrigação a outrem. Isso acaba fazendo com que a própria decisão seja bilateral: a interpretação da norma a favor de um acaba sendo odiosa em relação a outro. Percebe-se, então, que não se trata apenas de fazer prevalecer a norma permissiva em detrimento da imperativa. O que ocorrerá é que o intérprete, no momento de decidir o conflito, irá verificar qual dos dois direitos é mais justo fazer prevalecer, ou seja, qual dos sujeitos é mais justo proteger. Assim sendo, o uso do critério da forma da norma de nada irá adiantar, posto que, nesse caso, terá preponderância o senso de justiça do intérprete; e, não, a diferença formal das normas.

Essa mesma discricionariedade do intérprete acontece quando há conflito entre uma norma imperativa e uma norma proibitiva. Se uma norma obriga alguém a fazer algo, e outra norma proíbe o sujeito de fazer a mesma coisa, caberá ao intérprete escolher qual das normas deverá prevalecer para que determinado comportamento seja considerado lícito ou permitido.

Dessa feita, para os casos em que os critérios de solução de antinomias não são suficientes para liquidar os conflitos, o intérprete poderá escolher uma entre três possibilidades existentes: eliminar apenas uma norma, eliminar as duas normas ou conservar as duas normas.

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Ao optar pela eliminação de apenas uma norma, o aplicador da lei realiza o que Bobbio afirma ser uma **interpretação ab-rogante**. Contudo, essa ab-rogação só pode ser considerada em sentido impróprio, já que o aplicador da lei não dispõe de poder normativo que o permita expurgar a norma do sistema. No caso de o jurista optar pela eliminação de ambas as normas do sistema, porque se trata de normas contrárias, ocorre o que Bobbio denomina de **dupla ab-rogação**.

Algo mais peculiar acontece quando o jurista opta pela conservação de ambas as normas. Isso porque, a princípio, parece difícil imaginar, dentro de um mesmo ordenamento jurídico, a coexistência de normas incompatíveis. Isso, porém, só é possível se se provar que as normas não são, como a princípio poderia parecer, incompatíveis. O que há é uma incompatibilidade *puramente aparente* (BOBBIO, p. 102), que advém de uma interpretação mal-feita, incompleta, ruim. Nesse caso, caberá ao intérprete realizar uma pequena modificação do texto normativo para adequá-lo à situação que pretende alcançar. Essa é a chamada **interpretação corretiva**, cujo fim maior é conciliar as normas que tinham a aparência de incompatíveis para não eliminá-las do ordenamento (ab-rogação). Não há dúvida de que a interpretação corretiva é a mais utilizada pelos juristas, posto que é a que menos compromete a integridade do sistema.

Além do conflito existente entre normas, Bobbio apresenta a possibilidade de ocorrer conflito entre os critérios dados. Isso acontece quando, no conflito de normas, a solução pode partir da aplicação não apenas de um critério; mas de dois ou três concomitantemente. O problema surge quando, na possibilidade de aplicar mais de um critério, a aplicação de um resulte em solução diversa da dada pela aplicação de um outro critério. Ocorre, então, uma incompatibilidade entre critérios, denominada por Bobbio de **incompatibilidade de segundo grau** (ou **antinomia de segundo grau**). Bobbio examina as três hipóteses (já que se trata de três critérios) em que pode ocorrer a **antinomia de segundo grau**.

A primeira hipótese vislumbrada por Bobbio existe quando há conflito entre o critério hierárquico e o cronológico. Isso acontece, por exemplo, quando uma norma

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

posterior e inferior é contrária a uma norma anterior e superior. Nesse caso, tem-se que o critério hierárquico deva prevalecer sobre o cronológico, de modo que a norma inferior, ainda que posterior, deverá ser extirpada do ordenamento, como uma consequência lógica da própria ordem hierárquica do sistema, que perderia o sentido se assim não o fosse.

A segunda hipótese a ser examinada é a que decorre do conflito entre o critério da especialidade e o cronológico. Aqui, uma norma posterior geral é incompatível com uma norma anterior especial. A regra determina que uma norma posterior geral não derroga uma lei anterior especial, posto que o alcance de uma é mais específico do que a outra, o que não as torna, necessariamente, incompatíveis.

Por último, resta-nos examinar o conflito que advém da possibilidade de aplicação concomitante do critério hierárquico e da especialidade. Seria o caso de uma norma inferior, mas especial, estar em conflito com uma norma superior, porém geral. Segundo Bobbio, essa é a única situação para a qual não há uma solução certa, segura, consolidada. Tudo também dependerá exclusivamente do intérprete, que dará a solução que achar mais apropriada ao caso concreto. O fato de não haver fórmula mágica para a solução dessa espécie de conflito decorre, essencialmente, da importância que esses dois critérios representam para manter a ordem e a justiça do ordenamento jurídico. O critério hierárquico está vinculado ao princípio da hierarquia, que confere, além da ordem, a segurança jurídica ao sistema. O critério da especialidade confere maior elasticidade ao ordenamento, de maneira que haja uma adequação desse ordenamento jurídico aos anseios sociais, abrindo, assim, espaço para a verdadeira justiça. É por esse motivo, que, muita vez, o intérprete faz prevalecer uma lei ordinária especial sobre uma constitucional geral.

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

CONCLUSÃO

Depois examinarmos toda a teoria de Bobbio, no que tange às antinomias e suas formas de solução, percebemos que, embora todo o ordenamento jurídico seja construído sob o primado da coerência — no sentido de que não deve haver espaço para as antinomias —, haverá momentos em que o intérprete não disporá de fórmulas mágicas para decidir como deve se portar diante de normas contrapostas.

Quando se têm normas contemporâneas e de mesmo nível, como é o caso dos valores constitucionais da **inviolabilidade do direito à vida** e da **livre expressão da atividade científica**, não se pode exigir do intérprete o dever de eliminar essa antinomia. Nesse caso, já que ambas as normas não podem ser aplicadas ao mesmo tempo, não restará outra alternativa ao intérprete senão aplicar uma norma em detrimento da outra.

As normas que, naquela situação específica, pareciam antinômicas, continuam a existir dentro do ordenamento jurídico e, num outro caso, a solução pode ser totalmente contrária àquela que se vislumbrou na situação anterior. Isso significa que, se uma determinada norma "x" prevaleceu sobre a norma "y" no caso A, no caso B a norma "y" teve prevalência sobre a norma "x".

Portanto, segundo Bobbio, são igualmente válidas normas contemporâneas e de mesmo nível hierárquico, ainda que incompatíveis. O que não coincide, contudo, é a eficácia, já que aplicar a norma "x" (conforme visto no exemplo acima) redundará na não aplicação da norma "y" e vice-versa. Entretanto, ambas as normas continuarão a existir no ordenamento, posto que, como visto, não há qualquer remédio para a sua eliminação.

O caso que se teve, conforme já demonstrado, no julgamento da ADI 3.510 pelo Supremo foi exatamente esse: o conflito entre normas de mesmo nível e contemporâneas. Por tal motivo, a aplicabilidade de uma norma teve de ser mitigada em relação à outra. Ao decidir pela constitucionalidade da utilização de

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, o STF teve de considerar que os mandamentos constitucionais que preconizam o **direito à livre expressão da atividade científica** e o **direito à saúde** é que devem ser aplicados ao caso, em detrimento do direito constitucional à **inviolabilidade do direito à vida** e da **dignidade da pessoa humana**.

Não significa que os dispositivos da Constituição que rezam a **inviolabilidade do direito à vida** e a **dignidade da pessoa humana** têm menos validade que os que dispõem sobre a **livre expressão da atividade científica** e sobre o **direito à saúde**, e que portanto devem ser retirados do sistema normativo. Não significa que a vida humana, para o nosso ordenamento jurídico, tenha deixado de ter a mesma proteção e que não será mais conferida proteção à dignidade da sua pessoa humana.

Na verdade, para que tais dispositivos constitucionais antinômicos, no caso em concreto, pudessem conviver de maneira harmônica (sem qualquer eliminação de uma ou outra do sistema) foi preciso que o STF se utilizasse da **interpretação corretiva**, já vista anteriormente, em que o intérprete concilia normas que tinham a aparência de incompatíveis, conservando ambas no ordenamento jurídico.

Em outras palavras, foi preciso que o Supremo interpretasse de maneira corretiva os dispositivos constitucionais que dispõem sobre a **inviolabilidade do direito à vida** e da **dignidade da pessoa humana**, que *aparentemente* pareciam estar em conflito com os valores constitucionais da **livre expressão da atividade científica** e do **direito à saúde**.

Assim sendo, no julgamento da ADI 3.510, o STF entendeu que o art. 1º, III, da Constituição, que dispõe sobre a **dignidade da pessoa humana**, é dirigido à pessoa humana, mas no sentido *ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual*, ou seja, *está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente*. (Item n. 22 do voto do relator da ADI 3.510, Ministro Carlos Ayres Britto). Não fala do embrião humano congelado alocado em tubos de ensaio, até porque a Magna

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Carta é silente quanto ao início da vida humana. Esse mesmo entendimento pode ser depreendido, segundo o STF, da própria leitura do art. 5º da Constituição, que determina serem os direitos e garantias individuais dirigidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no País. E, mais à frente, no art. 12, estabelece a Constituição duas categorias distintas de brasileiros: os brasileiros natos (no sentido de nascidos em território brasileiro) e naturalizados (que pressupõe manifestação de vontade formal nesse sentido). Ou seja, mais uma vez, a Constituição foi silente com relação aos embriões humanos, não os vislumbrando como uma categoria a ser protegida pelos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais o direito à **inviolabilidade da pessoa humana**.

Como a finalidade primordial deste estudo é compreender as antinomias e os seus critérios de solução, à luz da teoria de Norberto Bobbio, não temos a pretensão de esgotar, aqui, cada ponto debatido pelo Supremo, no julgamento da ADI 3.510. A utilização desse julgado teve a função, apenas, de melhor ilustrar o problema das antinomias, a maneira como se apresentam no sistema, quais as alternativas de que dispõe o intérprete para a sua solução e como se deve portar diante delas.

Em casos como esse, da ADI 3.510, em que, diante de normas incompatíveis, mas de mesmo nível e contemporâneas, a solução da antinomia existente só é passível de ser solucionada mediante o poder discricionário do intérprete, Bobbio argumenta que *são violadas duas exigências fundamentais em se inspiram ou tendem a inspirar-se os ordenamentos jurídicos: a exigência da certeza (que corresponde ao valor da paz ou da ordem), e a exigência da justiça (que corresponde ao valor da igualdade)* (BOBBIO, p. 113). Portanto, para Bobbio, *a coerência não é condição de validade, mas é sempre condição de justiça do ordenamento* (BOBBIO, 113). A existência de normas antinômicas, mas ambas válidas e aplicáveis ao ordenamento, é incapaz de conferir a esse mesmo ordenamento a certeza (no sentido segurança jurídica) e a justiça (aplicação do princípio da isonomia).

No entanto, a nosso ver, a discricionariedade do magistrado é fundamental para que não haja o engessamento do sistema normativo. A dinâmica da vida impõe ao

SANTOS, Alessandra Figueiredo dos; FONSECA, Bernardo Cecílio da. As antinomias jurídicas, à luz da teoria de Norberto Bobbio, e a constitucionalidade da utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.3, n.3, 3º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

magistrado a adequação da lei aos anseios sociais, de maneira que a interpretação corretiva ainda parece ser a alternativa mais bem apropriada para manter a integridade do ordenamento jurídico sem que haja a necessidade constante de que leis incompatíveis sejam expurgadas do sistema e que novas leis sejam criadas para tomar o seu lugar.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto, **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Coleção Saraiva de Legislação**. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0**. Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. 29 de maio de 2008. In: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>