

**A TEXTURA ABERTA DA LINGUAGEM EM H. L. A. HART:
BREVE ANÁLISE
DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RECONHECENDO A CONSTITUCIONALIDADE
DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS
EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS**

Andréia Almeida Mendes (UFMG/DOCTUM/Vértice)
andreialettras@yahoo.com.br

José Flávio Barroso Madaleno (UNIPAC/DOCTUM),

Rafael Soares Firmino (PUC-Rio/DOCTUM)

Cristiano Elias de Souza (DOCTUM)

Cristiano Santos da Fonseca (DOCTUM)

Leonardo Gomes Medeiros (DOCTUM)

Marco Antonio de Souza (DOCTUM)

Ricardo de Souza Braga (DOCTUM)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o pensamento do professor H. L. A. Hart (2009) em relação à influência da textura aberta da linguagem na resolução de casos relacionados ao direito, afirmando que a linguagem possui uma característica aberta, e tendo a certeza que o legislador não será capaz de prever todas as situações possíveis de se acontecer em casos relacionados à norma jurídica, ele utiliza essa técnica para provar que existem soluções para casos difíceis, utilizando dessa forma de interpretação. Serão analisadas neste trabalho as formas de investigação do direito por intermédio da linguagem, bem como será aprofundado como as consequências da textura aberta da linguagem irá refletir no direito. Será utilizada como exemplo desse método de pesquisa uma decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 3510), em que foi reconhecida improcedente a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei Nº 11.105, de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que autoriza a utilização das células tronco do embrião "*in vitro*" para fins terapêuticos.

Palavras-chave: Direito. Linguagem. ADI 3510.

1. *Introdução*

O objetivo deste trabalho é analisar o pensamento do professor H. L. A. Hart (2009) em relação à textura aberta da linguagem no direito, ele defende que a linguagem possui uma característica aberta e que o legislador não é capaz de prever todas as situações possíveis existentes em uma sociedade e normatizar seu modo de resolução, sendo que a limitação da linguagem nessas normas impossibilita a concretização dos propósitos do direito.

Serão analisados dois fenômenos para entender a análise da linguagem, bem como a forma que ela é refletida no direito.

Por fim, analisar-se-á a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI n. 3510, julgada em 29 de maio de 2008, que reconheceu a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos.

2. *Uma análise da textura aberta da linguagem em H. L. A. Hart (2009)*

Para Hart (2009), existem dois fenômenos que são utilizados para entender a análise da linguagem, fenômenos esses que geram o que ele chama de lacunas no direito, que é a dificuldade de se aplicar determinada norma a um caso concreto. O primeiro fenômeno é decorrente da "regra do reconhecimento" que determina um conjunto finito de regras e normas aplicadas a uma sociedade; quando surge um caso concreto em que não está previsto ou positivado nessas regras haverá então uma lacuna no direito. Já o segundo fenômeno decorre da textura aberta da linguagem, que é uma propriedade de termos, sentenças e regras, que apresentam sempre a possibilidade de existir o que ele chama de "penumbra de dúvida", dando assim uma incerteza se a regra deve ou não ser aplicada.

A função principal do direito é o controle social; para que sejam transmitidos à sociedade os padrões gerais de conduta, de uma forma compreensível para que o controle social seja possível, Hart (2009) expõe duas formas para essa comunicação, os precedentes, também chamados de exemplos e a legislação ou formulações verbais, em que essa realiza uma aplicação máxima ou geral dos termos classificatórios, com relação aos precedentes, o uso é mínimo, como ele mesmo descreve abaixo:

Duas estratégias principais, à primeira vista muito diferentes entre si, vêm sendo usadas para a comunicação desses padrões gerais de conduta antes que ocorram as sucessivas em que devem ser aplicados. Uma dessas estratégias faz a aplicação máxima, e a outra, dos termos classificatórios gerais (HART, 2009, p. 161)

A dificuldade encontrada nos precedentes judiciais está nas questões sobre as mudanças semelhanças fáticas necessárias e suficientes entre casos anteriores e o caso em questão, para que seja possível tomar uma decisão, isso acarreta uma grande incerteza na aplicação de um caso concreto, abrindo várias formas de interpretação causando dúvidas na aplicação desses precedentes gerando assim uma textura aberta do direito. Os casos julgados utilizando os precedentes judiciais poderão ser tratados da mesma maneira se semelhantes, mas em casos novos que haja semelhanças com caso precedentes e também haja diferenças relevantes, o juiz terá um campo aberto de possibilidades para a classificação deste novo caso.

Outra forma de transmitir os padrões gerais de conduta é por meio das formulações verbais que se equivalem a legislação positivada, em que se busca uma segurança jurídica através das leis escritas apresentadas de forma precisa, clara e segura, é o chamado formalismo do positivismo tradicional, no qual o ordenamento jurídico é capaz de resolver todos os casos.

Através dessas duas formas de transmissão dos padrões gerais de conduta, Hart (2009) demonstra que tanto os precedentes judiciais quanto as formulações verbais possuem uma textura aberta, uma vez que é impossível para o legislador prever todas as situações que poderão ocorrer em casos futuros.

Portanto, constata-se que, em virtude dessa textura aberta da linguagem, é impossível prever todas as situações em que as regras deverão ser aplicadas, causando certa imprevisibilidade o que ocasiona uma insegurança jurídica. Há casos em que as aplicações das regras jurídicas são claras, eles surgem de forma reiterada, sempre tendo semelhança e são solucionadas facilmente em função da orientação dada pela linguagem geral; porém, há casos não-usuais que não estão claros se determinada norma aplica-se ou não a este caso, é o que Hart (2009) chama de casos de penumbra no qual ele exemplifica no texto a seguir:

É certo que existem casos claros, que reaparecem constantemente em contextos semelhantes, aos quais as fórmulas gerais são nitidamente aplicáveis ("Se algo é um veículo, um automóvel o é"), mas haverá casos aos quais não

está claro se elas se aplicam ou não ("A palavra aqui usada, 'veículo', incluirá bicicletas, aviões, patins?") (HART, 2009, p. 163).

Hart (2009) diz que mesmo trazendo certa insegurança jurídica, a textura aberta da linguagem ainda é benéfica para o direito; pois, apesar da norma precisar transmitir uma segurança jurídica, também é necessário que haja a possibilidade de um novo tipo de interpretação de um caso concreto em que não esteja clara a maneira em que vai ser julgado, para que esse caso possa ser solucionado.

3. A textura aberta da linguagem e a decisão da ADI 3510

Em decisão através da ADI 3510, o Supremo Tribunal Federal - STF reconheceu a constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. O objeto dessa ação é o art. 5º da Lei Nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) que consta:

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 1997⁴⁹.

É um exemplo de se empregar a textura aberta da linguagem para julgar o caso em questão, pois permitiu ao STF uma visão mais ampla do fato para que se pudesse analisar não somente o artigo de forma seca, mas também todos os benefícios provenientes da pesquisa com células-tronco; mais especificamente no caso do art. 5º desta lei, o embrião produzido laboratorialmente ou "*in vitro*", que é o embrião produzido por

⁴⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15>.

efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, que são inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam.

O objetivo da pesquisa científica autorizada pela Lei nº 11.105/2005 é o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos, por exemplo, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor, que trazem um enorme descontentamento para os possuidores destas doenças, fazendo com que suas vidas sejam severamente limitadas, atormentadas e infelizes. A intenção da Lei de Biossegurança não foi desprezar o embrião "*in vitro*", mas tentar garantir uma recuperação mais rápida dessas terríveis patologias e traumatismos. Teve o intuito de proporcionar a essas pessoas a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, agindo com solidariedade em benefício da saúde contra os eventuais acidentes do acaso e até os infortúnios causados pela própria natureza. O STF considerou inexistente as ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, mas sim garantindo o direito a vida, a felicidade e da vida com dignidade.

Não consta na Constituição Federal de 1988, dispositivo que dispõe sobre o início da vida humana ou o exato momento em que ela começa, permitindo o STF a interpretação normativa. Tem-se o entendimento que reporta a direitos da pessoa humana e direitos e garantias individuais, garantido pela cláusula pétrea, a indivíduo-pessoa, no qual é o destinatário dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A legislação prevê que a possibilidade de algo, no caso de o embrião vier a se tornar uma vida humana, já é o bastante para que as normas infraconstitucionais venham a acobertá-la, contra tentativas de se impedir a evolução dessa vida humana, mas deixam bem claro que embrião é embrião, feto é feto e pessoa humana é pessoa humana, não existindo uma pessoa humana embrionária, mas sim um embrião de pessoa humana. Considerou o STF que o embrião citado no art. 5º da Lei de Biossegurança, "não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível". As etapas de desenvolvimento biológico do ser humano são protegidas pela norma infraconstitucional, pois o embrião pré-implantado é um bem a ser protegido e não uma pessoa a que se refere a Constituição.

Não se caracteriza em aborto as pesquisas com células-tronco dos embriões "*in vitro*", pois se entende que toda gestação humana tem seu

princípio com um embrião humano, mas nem todo embrião humano irá desencadear uma gestação, em se tratando de experimento "*in vitro*".

Com essa situação, não temos uma concepção e um nascituro, pelo menos enquanto este embrião não for introduzido no útero feminino, por isso, devido ao seu confinamento "*in vitro*", é impossível para esse embrião obter sua progressão reprodutiva. A Lei de Biossegurança não autoriza o aborto, pois não há que se falar em gravidez nesse caso.

A ADI 3510 preocupou-se também em relação à liberdade de expressão científica da Lei de Biossegurança, sendo a ciência enquanto atividade individual parte dos direitos fundamentais da pessoa humana, o direito a liberdade de expressão configurando como direito constitucional-civil de personalidade. Garantiu proteção jurídica à lei, como o intuito de garantir o desenvolvimento científico, tornando possível a edição de normas relacionadas à ciência, assim como a constante no art. 5º da Lei de Biossegurança. O STF considerou também serem suficientes as cautelas e restrições que a Lei de Biossegurança impõem na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias. E, por fim, diante desses fatos, acabou por julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade deste artigo de lei.

Como vimos na decisão tomada pelo STF, foram utilizados vários critérios de interpretação da norma, utilizando da textura aberta da linguagem para dar solução ao caso. Devido às constantes evoluções da sociedade, não se pode utilizar apenas interpretações limitadas, mostrou-se então como é vantajosa a existência da textura aberta, provando que não traz prejuízos ou inseguranças jurídicas, servindo como uma grande ferramenta na utilização para a solução dos casos difíceis do direito. Se não fosse essa técnica utilizada através da linguagem, seria difícil para o STF conseguir elementos para a tomada de decisão utilizando somente a norma pura e simples.

Diante de um caso complexo, situado na zona de penumbra, cabe ao magistrado não apenas aplicar a norma pura, mas proceder uma interpretação normativa a cada caso.

O novo conceito de pesquisa, no processo de interpretação da norma, restou cabalmente demonstrado nos dizeres do Ministro Celso de Melo conforme trecho abaixo:

Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e

alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade. (BRASIL, STF, ADI 3510).

O fenômeno da textura aberta se mostrou eficaz na efetivação do direito em um caso raro ora analisado. O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma criativa ao julgar a ADI 3510.

4. Considerações finais

Percebe-se que os casos de evolução socioeconômica, política e cultural de uma sociedade refletem diretamente no seu ordenamento jurídico.

As leis sempre carregarão intoxicações semânticas como a textura aberta, pois a linguagem tem característica imprecisa. No contexto social, há inúmeros casos polêmicos necessitando de uma interpretação normativa capaz de preencher o vazio deixado na legislação.

Na decisão da ADI 3510, o Supremo Tribunal Federal deixou claro que a textura aberta se apresenta de maneira vantajosa, suprimindo uma lacuna em aberto no qual o Magno Texto Federal não deixou claro sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa.

O presente estudo trouxe os benefícios da textura aberta da linguagem. Se não fosse esse mecanismo, o Supremo Tribunal Federal não teria base para uma decisão conforme os preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo. Brasília, 28 de março de 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste, Gulbenkian, 2009.

STRUCHINER, Noel. Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito. *R. CEJ*, Brasília, n. 17, p. 120-124, abr./jun. 2002.