

Graduação em Direito
Relatório Final de Iniciação Científica

Luna Zagari Borba Franco

Orientador: Prof. Dr. Rafael Bellem de Lima

Interpretação conforme a Constituição e a jurisprudência do STF: o caso das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas

São Paulo

2023

Sumário

1. Introdução.....	3
2. Revisão Bibliográficas.....	5
2.1 Literatura no Brasil.....	5
2.2 Literatura no exterior.....	9
3. O caso, ADI 3510-0.....	13
3.1 Análise do uso da interpretação conforme a Constituição nos	
votos.....	16
3.1.1 Pesquisa e terapia, células tronco embrionárias, fertilização in vitro (caput).....	16
3.1.2 Inviáveis (inciso I)	18
3.1.4 Embriões congelados (inciso II)	19
3.1.4. Consentimento (§ 1º).....	19
3.1.5 Comitê de ética (§ 2º).....	20
3.2 Comentários sobre o uso da ICC feitos pelos ministros.....	21
3.2 Conclusões do uso da ICC no caso.....	23
4 Referências.....	25

1. Introdução

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica utilizada pelo Poder Judiciário no controle de constitucionalidade de leis e normas. Apesar de ser altamente utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, aparecendo em quase 68 mil decisões monocráticas e mais de 2 mil em acórdãos¹ não há clareza sobre as implicações concretas de sua aplicação. A interpretação conforme a constituição pode ter várias finalidades e efeitos, podendo ser usada tanto para a escolha entre possíveis interpretações de determinada lei, como até mesmo a criação de novas normas pelo poder Judiciário.

Na ADI 319, de 1993, por exemplo, o STF, mesmo tendo anulado uma parte da lei nº 8.112/90, que definia que após uma certa data todos os contratos seriam cobertos por ela, o Tribunal usou a Interpretação Conforme a Constituição (ICC) ao definir que essa norma não poderia ser interpretada de modo a afetar 'direitos adquiridos', 'atos jurídicos perfeitos' e 'coisa julgada'. Assim, derrubou parte do dispositivo que não poderia ser interpretado de forma inconstitucional e aplicou a ICC ao restante dele, salvando a lei da declaração total de inconstitucionalidade. Um uso totalmente diferente ocorreu na ADI 6586/6587, na qual, a pretexto de usar interpretação conforme, o Tribunal foi além de optar entre duas possíveis interpretações do texto legal ao interpretar o termo “vacinação compulsória” de uma lei federal como “não forçada”, estabelecendo, todavia, medidas restritivas indiretas para aqueles que não se vacinaram contra o COVID-19. Deixaram de declarar uma lei inconstitucional para criarem novas regras que ainda não tinham sido discutidas no Legislativo, a pretexto de interpretação normativa.

Dessa forma, apesar de ser apresentada como uma forma de salvar leis da declaração de inconstitucionalidade, como exposto neste trabalho, e, nesse sentido, colaborar com o respeito à separação de poderes, essa é muitas vezes uma técnica que dá o poder a juízes extrapolarem suas funções e agirem como legisladores positivos, ou seja, fazer normas (como no caso supracitado). Além de ser constantemente utilizada, e de forma controversa, a interpretação conforme a constituição está presente na fundamentação de diversos casos importantíssimos para o direito brasileiro, como no reconhecimento de adoção para casais do mesmo sexo (ADI nº 4277 e a ADPF nº 132), na qual o STF utilizou a ICC para definir que a expressão “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher” presente no artigo 1723 do Código Civil não impossibilitasse o reconhecimento da união pública, contínua e duradoura entre indivíduos homoafetivos como uma entidade familiar. Assim, apesar de desenvolvida e utilizada com o pretexto de preservar o trabalho do legislador, como será analisado, na medida em que evitaria uma declaração total de inconstitucionalidade, a Interpretação Conforme tem sido objeto de críticas por diversos autores, nacionais e internacionais que dizem que ela pode, em diversas ocasiões, contrariar e até se antecipar ao trabalho legislador

¹ Pesquisa feita dia 03/09 pela busca do termo “interpretação conforme” em jurisprudência, no site do STF

democraticamente eleito, que são os que possuem legitimidade para fazer as normas, já que são representantes do povo.

Além dos casos supracitados, a ADI 3510 de 2010, que será objeto da análise empírica deste trabalho, merece destaque. Ao julgar se a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas, na forma autorizada pela Lei de Biossegurança (BRASIL, 2005) seria constitucional, o Supremo Tribunal Federal proferiu uma decisão dividida, com 526 páginas, em que os 5 votos divergentes recorreram explícita ou implicitamente² à interpretação conforme a constituição. Além da discordarem quanto à compatibilidade da lei com a Constituição Federal, essa decisão chama atenção, pois a própria aplicação da interpretação conforme a constituição foi objeto de intenso debate entre os Ministros, havendo quem tenha criticado o uso abrangente dessa técnica de interpretação constitucional e as suas consequências concretas, como será detalhadamente explicado em breve.

² Embora não nomeiem a técnica de interpretação conforme a constituição, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes recorreram à declaração de nulidade sem redução de texto com fixação de interpretação necessária, cujos efeitos são idênticos ao da técnica que é objeto deste trabalho.

2. Revisão Bibliográfica

Antes de iniciar a análise empírica do caso e da motivação dos votos dos Ministros, julgo importante apresentar uma revisão bibliográfica sobre a técnica da interpretação conforme a Constituição, a fim de permitir a compreensão das principais discussões e controvérsias sobre o tema.

2.1 Literatura no Brasil

Ao começar no âmbito nacional, o texto **Constitutionally Conforming Interpretation in Brazil: From Restraint to Preemption?**, de Diego Werneck Arguelhes e Rafael Bellem de Lima, foi a principal base usada neste trabalho para entender a discussão sobre como a interpretação conforme a Constituição tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo identifica três formas diferentes de utilização dessa técnica de controle de constitucionalidade pelo STF. No começo de seu uso, (i) o Tribunal relacionava a interpretação conforme com a escolha ou exclusão de uma das possíveis interpretações de determinada norma, a fim de manter sua constitucionalidade. Assim, ao optar por essa técnica, evitando a declaração de inconstitucionalidade, o STF estaria limitando a sua interferência sobre o Poder Legislativo (Arguelhes & Lima, 227). Nessa primeira aparição, que começou a ocorrer por volta de 1987, o STF determinou que, para ser utilizada, a norma em questão precisaria ter o potencial de diversas interpretações possíveis, e que, dentre tais interpretações, o Tribunal deveria eliminar aquelas que fossem contrárias à Constituição Federal, a fim de preservar o trabalho do legislador (Arguelhes & Lima, 226). Em um contexto no qual se defendia a ideia de que o Tribunal não poderia agir como legislador positivo (criando novas regras), a interpretação conforme não poderia ser utilizada quando o legislador tivesse claramente violado normas constitucionais, de modo que as interpretações fixadas por meio do uso da ICC deveriam estar limitadas pelas próprias palavras e intenções do legislador. (Arguelhes & Lima, 228).

Em um segundo momento, o STF passou a usar a interpretação conforme a constituição para restringir o âmbito de incidência da norma, visando impedir que a aplicação de uma norma que prescrevia condutas válidas pudesse resultar em situações incompatíveis com a ordem constitucional. Por exemplo, antes da Constituição de 88 os membros do Ministério Público podiam advogar, o que passou a ser proibido pelo novo texto constitucional. Suponha, por exemplo, que o legislador pretenda instituir uma pena para membros do MP que exerçam advocacia. Naturalmente, essa sanção apenas seria aplicável apenas aos membros que ingressaram na carreira após a promulgação da Constituição.

Assim, caso o legislador não faça nenhuma ressalva em relação à vigência dessa proibição para os membros do Ministério Público empossados antes de 1988, o Poder Judiciário poderia recorrer à ICC para restringir o âmbito de incidência da norma àqueles que ingressaram no cargo na vigência da nova Constituição, evitando, portanto, a declaração de inconstitucionalidade da nova norma. Essa

forma de utilização ainda parte do princípio de salvar a lei da declaração de inconstitucionalidade, mas tende a ser mais invasiva que a escolha entre possíveis interpretações, já que possibilita a determinação, pelo Tribunal, de quando a norma se aplica ou não, seja em detrimento do tempo ou de cada caso específico. (Arguelhes & Lima, 230)

Já em sua terceira hipótese de utilização pelo STF, a interpretação conforme deixa de escolher determinada interpretação ou âmbito de incidência sobre alguma norma e passa a deliberadamente antecipar futuros debates, e até mesmo decisões legislativas, ao responder perguntas que ainda não foram sequer tratadas pela legislação (Arguelhes & Lima, 228). Nesses casos, o poder judicial é expandido ao ponto de conseguir limitar futuramente o escopo de decisão do poder legislativo, como observado pelos autores na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586 (Arguelhes & Lima, 227), que, além de interpretar a “compulsória” para “não forçada” no termo “vacinação compulsória”, (Arguelhes & Lima, 227) o STF determinou diversas possibilidades de medidas indiretas para a prevenção do covid-19, que nem ao menos foram debatidas pelo Legislativo ou Executivo.

Dessa forma, podemos concluir que a interpretação conforme a Constituição, atualmente no ordenamento brasileiro, de acordo com os autores, é um meio que os ministros utilizam para atingir o resultado que pretendem na revisão de leis. Eles se dão o poder de evitar coisas que nem sequer aconteceram, e podem vir a não acontecer, ao interpretar normas que poderiam ser completadas por outros Poderes da União (Legislativo ou Executivo). As decisões envolvendo interpretação conforme muitas vezes acabam sendo manipulativas, podendo assim modificar, adicionar ou remover conteúdos da norma. Agora fica visível que o STF, com o pretexto de proteger o Legislativo, acaba invadindo suas atribuições, algo que não apenas é ruim por si só, mas pior por ser feito de forma oculta.

Outros trabalhos acadêmicos brasileiros trazem contribuições relevantes para o estudo do tema, como é o caso do artigo **Interpretação Conforme a Constituição: Entre a Trivialidade e a Centralização Judicial**, de Virgílio Afonso da Silva. O autor defende que uma das grandes consequências desse dispositivo constitucional é o atrito entre o Poder Judiciário e o Legislativo. (Silva, 193).

Virgílio Afonso da Silva defende que, embora o recurso à ICC seja justificado pelo respeito e proteção ao trabalho do legislador e à separação de poderes, este deveria ser um dever dos tribunais por trás de toda revisão judicial (Silva, 195). Assim, ressalta que a alegação dos juízes de que estariam “salvando” uma lei da declaração de inconstitucionalidade ao fazer uma interpretação conforme a constituição levaria a consequências problemáticas, por mascarar o fato de que os membros do Poder Judiciário estariam agindo como legisladores positivos, corrigindo a obra do legislador.

Virgílio Afonso da Silva analisa, ainda, outro argumento usado para justificar a interpretação conforme a constituição: a ideia de unidade do ordenamento jurídico e que todas as normas devem estar de acordo com o texto constitucional. O autor diz que ter a constituição como parâmetro e dar

prioridade à interpretação que mantém a constitucionalidade são coisas diferentes. O ordenamento ainda seria uma unidade mesmo que uma lei fosse declarada inconstitucional. (Silva, 194)

Além destes, em **A interpretação conforme a Constituição e as sentenças manipulativas**, Léo Brust também fala sobre os impactos da interpretação conforme a Constituição no ordenamento jurídico brasileiro. Ele distingue dois tipos diferentes de interpretação conforme a constituição, aquela “propriamente dita”, que pode produzir sentenças tanto de constitucionalidade como de inconstitucionalidade, dependendo da interpretação do jurista, não reduzindo nem aumentando conceito normativo, ou seja, uma escolha entre possíveis interpretações de alguma lei. (Brust, 508).

Já o outro tipo formaria as chamadas "sentenças manipulativas", que "consertam" normas inconstitucionais. Elas podem ser aditivas (adicionando algum sentido ou condição para a constitucionalidade), redutivas (retirando algum sentido ou condição para a constitucionalidade) ou substitutivas (modificando algum sentido ou condição) (Brust, 509), relacionando-se diretamente com a modulação de incidência e a formulação de novas regras por parte do Tribunal. O autor ressalta que mesmo a que chamou de “propriamente dita” pode também causar efeitos nocivos ao ordenamento brasileiro, dando a possibilidade ao juiz que escolha de forma arbitrária uma gama de interpretações abstratas, que em nada se relacionam com a vontade do legislador. (Brust, 520)

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sustentam que a ICC seria um postulado que pressupõe admitir a constitucionalidade da lei, quando existem duas ou mais interpretações possíveis para a mesma norma, pois partem do princípio de que o legislador não procura fazer uma norma inconstitucional (Mendes & Branco, 2939). Também afirmam que esse tipo de interpretação deve ser limitada pela vontade do legislador e pelo sentido literal do texto, que, todavia, seriam limites com difícil definição, às vezes causando mudança no sentido inicial do texto normativo (Mendes & Branco, 2946). Isso poderia resultar em uma interpretação corretiva da lei, podendo, desse modo, levar a definição do âmbito de incidência de uma norma e a criação de novas regras a partir da ICC no ordenamento brasileiro, por exemplo quando o STF permitiu o casamento para pessoas do mesmo sexo, ao fazer uma interpretação conforme, de que a expressão “homens e mulheres” na Constituição não significava entre homens e mulheres, mas que a união era válida tanto para homens, como mulheres, ou seja, casais tanto hetero como homoafetivos (ADI 4277., 2011)

Flávio Martins também concorda que a interpretação conforme resulta da presunção de constitucionalidade das leis (Martins, 665), além de dizer que tal técnica só pode ser aplicada quando a norma tem duas ou mais interpretações razoáveis (Martins, 666). Ele também diz que a ICC deve conhecer limites: a não contradição da expressão literal do texto normativo e a não contradição da vontade do legislador (Martins, 667). Além disso, coloca dois tipos de interpretação conforme a constituição: a com redução de texto (em que uma palavra ou parte do dispositivo seria inconstitucional), ou seja, seria realmente o controle de constitucionalidade que nenhum órgão fracionário do Tribunal poderia fazer, e a sem redução de texto (ou a, como ele chama a “verdadeira

interpretação conforme”), que, por sua vez tem duas subespécies: (i) com fixação da interpretação constitucional e (ii) com exclusão da interpretação inconstitucional (Martins, 668). Vale lembrar que essa (em especial a ICC com redução de texto) não é a definição adotada pela maioria dos doutrinadores.

Lucas Catib de Laurentiis, no livro **“Interpretação conforme a Constituição: conceitos, técnicas e efeitos”**, faz uma análise abrangente sobre a doutrina relacionada à a ICC no contexto brasileiro, desde suas origens e influências no direito comparado (em especial o alemão e norte americano), até os usos da técnica em julgamentos do STF. Segundo o autor, a ICC viria de um dogma segundo o qual seria dever dos juízes evitar a declaração de inconstitucionalidade sempre que possível, por configurar em um grande poder ao Tribunal e seus ministros³. Todavia, para o autor, esse método de controle não deveria ser irrestrito, havendo alguns limites para seu uso, sendo eles: a necessidade de “várias interpretações igualmente razoáveis”, a vinculação à escrita literal da lei e a vontade do legislador (Laurentiis, 51). Entretanto, reconhece que, embora o fundamento no “quadro interpretativo do legislador”, seja como um dos pressupostos para o uso da ICC, ele não acontece na prática jurisprudencial brasileira (Laurentiis, 122). Desse modo, a razão do uso da ICC no Brasil, na sua opinião, seria o “medo do vazio legislativo”, ou seja, a preocupação dos ministros de uma situação não ser regulada (ou “corretamente” regulada, ao que parece) pelo ordenamento (L Laurentiis, 77).

Segundo Lucas Laurentiis, o Supremo Tribunal Federal atribui diversas funções à interpretação conforme a Constituição, desde pedagógica, que seria firmar uma jurisprudência já consolidada até a solucionar lacunas legislativas e antecipar futuras discussões jurisprudenciais (Laurentiis, 77).⁴ Assim, a interpretação conforme acaba por ser uma “técnica camaleão” (Laurentiis, 71), por ser um conceito que se aplica a quase tudo, exatamente por conta de sua indefinição. Na visão do autor, esse cenário corresponderia à prática jurisprudencial brasileira (Laurentiis, 112), na qual a ICC tem sido aplicada livremente a quase qualquer demanda (Laurentiis, 181)

Merece destaque a distinção proposta por Laurentiis entre a interpretação conforme a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, em especial no controle abstrato de constitucionalidade. Enquanto um seria uma “face da moeda” o outro seria a “contraface”, em que a única real diferença entre elas seria a “formulação do juízo decisório”, ou seja, enquanto a declaração parcial apenas afeta determinadas aplicações da norma discutida sem colocar outros requisitos, a ICC seria uma espécie desta, que poderia fixar requisitos adicionais aos fixados pelo legislador. (Laurentiis, 124).

³ Como se verá a seguir, em algumas situações, as tentativas de evitar a declaração de inconstitucionalidade podem acabar, na verdade, aumentando os poderes de juízes constitucionais.

⁴ Como ressaltam, diversas vezes, Rafael Bellem de Lima e Diego Werneck Arguelhes em seu artigo supracitado

2.2 Literatura no exterior

Além de analisar o debate sobre a interpretação conforme no contexto brasileiro, analisei também alguns trabalhos desenvolvidos em outros contextos jurídicos, que a despeito das diferenças em relação à tradição do uso da interpretação conforme à constituição, podem contribuir para a compreensão de problemas decorrentes do uso da ICC no Brasil.

Embora não tratem especificamente da interpretação conforme a constituição, no texto **Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change**, Neal Kumar Katyal e Thomas P. Schmidt demonstram como a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizaria o dispositivo de evitação (*avoidance*) como se estivesse salvando uma norma e assim a vontade do legislador, mas acabaria fazendo o contrário, construindo e modificando leis (Katyal & Schmidt, 2112). No texto, os autores apresentam um dos mecanismos usados nesse cânone, chamado de “poder de reescrita”, que parte do pressuposto que o Tribunal não deve derrubar uma lei se puder ser judicialmente reescrita, (Katyal & Schmidt, 2118). Katyal e Schmidt também apresentam variáveis que permitem o grau de mudança gerada pelo seu uso: a quantidade de distorção, nível de dúvida constitucional e a natureza dessa dúvida.

A primeira variável diz a respeito a quantidade de distorção na norma, ou seja, a diferença entre o que o aplicador fez com a lei em relação àquilo que o legislador teria imaginado para ela. O nível da dúvida, por sua vez, demonstra quando o cânone poderia ser usado, muitas vezes preocupante, uma vez que pode exigir que apenas um juiz anuncie alguma dúvida teórica, menor que seja, sobre a constitucionalidade de uma lei para ele ser utilizado, por trazendo, assim, uma análise constitucional vaga e imprecisa⁵. Se menos condições são necessárias para utilizar o dispositivo, mais frequente ele será. Além deles, a natureza da dúvida constitucional, que parece ser cada vez mais genérica com o passar do tempo, também permite o uso mais frequente do cânone, já que qualquer norma poderia ser relacionada com alguma de ordem constitucional. Com a flexibilização desses fatores condicionantes, o cânone pode ser muito mais utilizado.

Já o poder de reescrita, por dar a possibilidade de reformulação da norma, a pretexto de salvar a obra do legislador, muitas vezes poderia contrariá-la. Os autores ressaltam que ao transformar normas e agir como legislador positivo, o Tribunal retiraria a condição básica que garante a força das leis, que é sua legitimidade de ter sido feita por representantes do povo. Contrariar de forma escondida as normas que já existem poderia ser até mesmo pior que as invalidar totalmente, ou seja, do que declará-las inconstitucionais, além de tornar quase impossível a sua mudança mudar por ação legislativa.

⁵ Não existe nenhuma métrica, por exemplo, que dita quando a constitucionalidade de determinada norma pode ser questionada.

(Katyal & Schmidt, 2112), isso porque as criações feitas são aplicadas como normas formuladas pelos legisladores, que não conseguem alterá-las a não ser por decisão judicial.

Esse poder e a flexibilização do uso do cânone para quase qualquer caso remete àquilo apresentado pelos doutrinadores brasileiros, quando o STF responde a questões que não foram enfrentadas pelo legislador ainda, exercendo um poder que não deveria ser dele, o de criar normas.

Em outro texto internacional, **The interpretation-construction distinction**, analisado também com o intuito de compreender o contexto brasileiro, Lawrence B. Solum diferencia aquilo que chama de "interpretação" e "construção" a fim de mostrar o que o tribunal deveria poder fazer na aplicação de leis.

A diferença entre elas reside na diferença entre contexto semântico e contexto legal (efeito legal). Ou seja, enquanto na interpretação o juiz somente levaria em consideração aquilo que está explicitamente escrito na lei, focando em seu significado linguístico, na construção ele levaria em conta os efeitos que essa lei terá legalmente na vida real, ou seja, os efeitos legais da norma (Solum, 96).

Essa distinção, na minha opinião, se mostraria incoerente com a prática jurídica, sobretudo com a brasileira, uma vez que ao analisar uma norma, que obrigatoriamente será aplicada no mundo real, juízes acabam levando em conta seus efeitos futuros. No Brasil, inclusive, esse tipo de prática é obrigatória, por força da LINDB⁶ (BRASIL, 1942).

Solum apresenta ainda uma distinção analítica bastante valiosa entre ambiguidade e vagueza. A primeira indica que a norma pode ter mais de um sentido, então geralmente é resolvida por interpretação. Já a segunda indica que a norma precisa de mais informação para fazer efeito, por isso seria obrigatoriamente resolvida por construção. (Solum, 98)

Para a análise do debate acadêmico sobre interpretação conforme a constituição, a distinção feita pelo autor entre ambiguidade e vagueza mostra-se bastante relevante, pois, ajuda a diferenciar dois usos distintos da ICC. Ao sustentar que a ambiguidade se relaciona com a escolha entre possíveis interpretações e entre possíveis âmbitos de incidência da norma, sendo geralmente menos controversa, Solum apresenta um tipo de raciocínio que corresponde àquilo que Arguelhes e Lima entendem como as duas primeiras formas de uso da ICC pelo STF. Por outro lado, quando trata da vagueza e alerta que este tipo de prática pode resultar na extrapolação das funções do Tribunal, em que os juízes se antecipam ao legislador e acabam respondendo perguntas que não chegaram a ser questionadas, o trabalho de Solum ajuda a compreender a analisar criticamente aquilo que Arguelhes e Lima consideram como uso preemptivo da ICC.

⁶ Lei de Introdução ao Direito Brasileiro

Já em **Saving Constructions**, de Adrian Vermeule, o autor vê que existem cânones, em especial o de “avoidance” e o de “severability”, no direito constitucional norte americano, que são utilizados pela Suprema Corte para “salvar estatutos”, ou seja, salvar uma lei da declaração de inconstitucionalidade, mas que podem acabar tendo o efeito contrário e reverter o trabalho do legislador. (Vermule, 1997)

“Avoidance” consiste na determinação de que o Tribunal não deve falar sobre constitucionalidade de certa controvérsia se ela puder ser resolvida de outra maneira, assim evitando uma declaração de inconstitucionalidade. Ela é dividida em três tipos diferentes: a *procedure avoidance*, a *classical avoidance* e a *modern avoidance* (Vermule 1948). A *procedure avoidance* consiste em terminar algum caso sem falar da constitucionalidade, assim como o cânone prevê, então mesmo que seja possível entrar em questões sobre a constitucionalidade de alguma lei envolvida no caso, o juiz deveria evitar se pronunciar sobre a constitucionalidade da norma (Vermule, 1948).

Na *classical avoidance* encontramos uma estrutura parecida com a ICC em sua definição original. Nela existem duas ou mais interpretações possíveis entre uma norma, em que uma delas é inconstitucional. Assim, mesmo que se fale sobre a inconstitucionalidade da lei, deve-se evitar declará-la inválida, devendo-se optar pela interpretação possível que não seja incompatível com o texto constitucional. (Vermule, 1949).

Já na *modern avoidance*, encontramos a maior controvérsia entre os Estados Unidos e o Brasil. O direito estadunidense não permite a discussão de constitucionalidade em tese, ao contrário do brasileiro, portanto uma lei só será declarada inconstitucional se alguém demandar essa declaração por ter sido afetado pessoalmente por tal inconstitucionalidade. Nessa versão do cânone, o que ocorre é que a situação concreta apresentada não é afetada pela “versão inconstitucional” da lei, todavia o juiz fala sobre quando essa lei será inconstitucional, antecipando uma discussão que não aconteceu (Vermule, 1949).

Severability, por sua vez, é um cânone que diz respeito à “separação” de uma norma, ou seja, uma parte da norma seria deixada de fora (uma palavra ou frase por exemplo) ou em que é feita uma modulação no âmbito de incidência dessa norma. Ele é dividido em dois tipos: *Severability Proper* e *Jus Tertii* (Vermule, 1950). A *severability proper*, ou a “própria divisibilidade”, diz respeito a decisões que declaram a norma inconstitucional se aplicada a determinado caso, mas não a invalida completamente, pois em outros casos pode ser constitucional (Vermule, 1951). A *Jus Tertii*, ou “direito de terceiro” do latim, todavia, parece apresentar o contrário do que ocorre com a *Proper*. Ela consiste nas decisões que, mesmo que se reconheça a constitucionalidade naquele caso concreto, antecipasse uma discussão sobre constitucionalidade que ainda não era necessária, dizendo que se o caso fosse outro, a lei não valeria. (Vermule, 1951)

Assim, a análise desses trabalhos produzidos em outros contextos jurídicos indica que, ainda que os problemas imediatos e a regras de controle de constitucionalidade sejam distintas, algumas

preocupações com o desvirtuamento de técnicas de interpretação constitucional desenvolvidas para o contexto norte-americano podem se mostrar muito úteis para a análise do debate brasileiro.

3. O caso, ADI 3510-0

Após a análise da literatura jurídica nacional e internacional, que permitiu a compreensão do porque a interpretação conforme a constituição poderia ser uma técnica perigosa para o controle judicial de constitucionalidade, na medida que poderia permitir que juizes não eleitos, a pretexto de salvar o trabalho do legislador da declaração de inconstitucionalidade, revertissem e, até mesmo, se antecipassem a decisões tomadas pelo Poder Legislativo, passo agora à dimensão empírica da pesquisa, a análise de um caso.

O intuito desta parte do trabalho foi examinar a argumentação desenvolvida pelos Ministros em uma decisão relevante do tribunal, na qual a interpretação conforme a Constituição foi utilizada em alguns votos, a fim de verificar se as preocupações manifestadas por alguns autores no debate acadêmico se faziam presentes, ou seja, se o uso da interpretação conforme a Constituição acabaria por permitir que ministros agissem como legisladores positivos, de modo que criassem normas jurídicas diferentes daquelas que haviam sido positivadas pelo legislador democraticamente eleito ou se o uso da ICC apenas serviria para salvar o trabalho da legislador da declaração de inconstitucionalidade.

O caso analisado é uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, um dos tipos de controle abstrato de constitucionalidade feitas pelo Supremo Tribunal Federal com o objetivo de verificar se normas infraconstitucionais estão de acordo com a Constituição Federal. Essa ADI foi ajuizada pelo Procurador Geral da República da época, Cláudio Fontelles, em relação ao artigo 5º da Lei Federal 11.105, de 24 de março de 2005, também conhecida como “Lei da Biossegurança”, que tem a seguinte redação:

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.

§ 1ª 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".

O requerente da ação defende que o artigo viola os artigos 1º e 5º da Constituição (garantias da inviolabilidade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana), ambos com as seguintes redações, respectivamente:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania; I

II - a dignidade da pessoa humana;

(••)"

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)"

Isso, pois, no entendimento da Procuradoria Geral da República, o embrião humano seria configurado com vida humana, já que esta começaria "a partir da fecundação", devendo, assim, ser protegida. Além disso, o PGR também indaga a necessidade das pesquisas com células-tronco embrionárias, ao argumentar que existiria "avanços muito mais promissores da pesquisa científica com células-tronco adultas, do que com embrionárias", solicitando, assim, audiência pública para ouvir especialistas.

Primeiramente, a Lei de Biossegurança regula os OGMs (Organismos Geneticamente Modificados) a respeito de sua adoção e desenvolvimento no Brasil. O artigo impugnado pela ADI analisada diz respeito às "células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento". Ou seja, quando uma mulher deseja, mas não consegue engravidar, por exemplo, cientistas separam seu óvulo e um espermatozoide e os fecundam fora do útero, para que depois possam colocar esse embrião dentro do corpo da mulher e ela possa seguir com uma gravidez. Todavia, para tal procedimento, acontece uma grande estimulação na produção ovular da mulher, fazendo com que ocorram diversos embriões. Nem todos os embriões

são colocados no útero, o que seria inviável, e precisam ser mantidos sob refrigeração constante (o que acarreta custos financeiros para os genitores), mesmo que nunca venham a ser utilizados.

Enquanto isso, células tronco são “células que têm o potencial de recompor tecidos danificados”. Existem dois tipos dessas células, as que têm origem em “tecidos maduros” e as que têm origens embrionárias, ou seja, vêm do embrião, que é o tema da Lei de Biossegurança, por terem uma grande chance de curar diversas doenças⁷, de acordo com o Ministério da Saúde.

Dessa forma, visando a resolver o problema da manutenção dos embriões excedentes congelados, que não poderiam ser descartados, e a permitir a realização de estudos com células tronco, o Poder Legislativo editou uma lei que autoriza o uso de embriões excedentes inviáveis para pesquisas científicas voltadas ao desenvolvimento de tratamentos médicos. Entretanto, mesmo com limites estabelecidos pela própria norma para a utilização desses embriões, houve um pedido de inconstitucionalidade de tal regulação, com os argumentos já apresentados.

Vale ressaltar que esse foi um processo histórico, de grande impacto tanto no âmbito da sociedade como no âmbito político. O Presidente da República à época, Luiz Inácio da Silva, se posicionou sobre o caso, inclusive revelando-se contra a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, discordando do Chefe do Ministério Público Federal, que defendia a inconstitucionalidade do artigo. Essa importância também pode ser percebida quando se atenta ao fato de que esse foi o primeiro caso para o qual o STF realizou uma audiência pública, ou seja, uma reunião que conta com a participação de órgãos públicos, cidadãos e entes da sociedade civil para a discussão de um tema importante.

Em síntese, os argumentos mais utilizados a favor da pesquisa foram: (i) o custo da destruição do embrião é coberto pelos benefícios a serem obtidos; (ii) o embrião não é apenas um aglomerado de células, mas não tem o mesmo valor que o ser humano vivo ou mesmo o feto; (iii) considerando que são embriões excedentes de um processo de FIV e seriam de toda sorte destruídos, seu aproveitamento nas pesquisas só traria benefícios; (iv) as células-tronco embrionárias são mais flexíveis que as células-tronco adultas. Já os argumentos contrários às pesquisas baseavam-se principalmente: (i) na premissa de que o óvulo fecundado (embrião), exatamente por ser totipotente e poder gerar um ser humano integral e completo, já seria vida humana e, portanto, não poderia ser destruído; (ii) na existência de métodos alternativos de pesquisa com células-tronco embrionárias que dispensariam a destruição do embrião; (iii) na existência de dúvidas quanto ao sucesso das pesquisas com células tronco embrionárias.

⁷ <https://bvsmms.saude.gov.br/celulas-tronco/#:~:text=Em%20termos%20pr%C3%A1ticos%2C%20podemos%20afirmar,e%20doen%C3%A7as%20de generativas%20e%20card%C3%ADacas> , acesso em 30/08/2023, às 11:19

Diante desses argumentos, a discussão do caso pelo STF tomou várias sessões de julgamento (sintetizados em um acórdão de numerosas 526 páginas), que abrangeu questões relevantes sobre: o início da proteção jurídica da vida humana liberdade de expressão científica, a influência da religião nas decisões públicas e a dignidade humana, além de diversos argumentos baseados no direito comparado. Por mais interessantes e intrigantes que tais argumentos sejam, estes não são o foco desta pesquisa, e sim o uso da Interpretação Conforme a Constituição na decisão. É importante fazer a ressalva de que a maioria dos ministros reconheceu a constitucionalidade da lei, de modo que nenhuma consideração feita com base na aplicação da ICC teve efeito concreto no caso. Contudo, os 5 ministros que votaram vencidos, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso, Menezes Direito e Gilmar Mendes, presidente do Tribunal na época, recorreram à ICC na decisão. São esses votos, e o do Min. Ayres Britto, relator do caso, que se criticou o uso da ICC no caso que serão objeto de análise nos tópicos a seguir.

3.1 Análise do uso da interpretação conforme a Constituição nos votos

A interpretação conforme foi utilizada de diversas maneiras durante os votos, de modo que sua análise neste trabalho será dividida nas mudanças feitas pelos Ministros, que muitas vezes repetem ou são formuladas de maneira similar.

3.1.1 - Pesquisa e terapia, células tronco embrionárias, fertilização in vitro (caput)

Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito e utilizaram a interpretação conforme a constituição já no *caput* do artigo impugnado, em relação ao significado de “células tronco embrionárias”, “fertilização *in vitro*” e “pesquisa e terapia”.

Lewandowski defendeu que: “as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis” (P. 447). De acordo com o ministro, sem a interpretação dada por ele, haveria a possibilidade de serem produzidos diversos embriões na fertilização *in vitro*, o que geraria um incentivo para a produção de embriões apenas para obtenção de células tronco, dando a possibilidade de "mercadificação" dos embriões (P. 442). Para sustentar o argumento, Lewandowski citou casos de outros países, como Alemanha e Espanha, que colocam limites para a implantação e oócitos, para evitar uma “superprodução de embriões”, além de citar o Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa, que em seu art. 18, § 2º, proíbe gerar de embriões para fins apenas de pesquisa (P. 442), mesmo que o regramento de outro país em nada precise se relacionar com o brasileiro. Em relação a Espanha, inclusive, o Ministro ressalta que, por conta da vagueza de uma lei de 1988, que tratava desse mesmo tema, houve uma

“superprodução de embriões”, levando o governo espanhol a editar tal lei, limitando o número de óocitos que poderiam ser implantados na mulher em determinado ciclo reprodutivo (P. 423).

Ademais, ainda diz que no Brasil o único diploma normativo que regula as técnicas de reprodução assistida *in vitro* é a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que busca “compatibilizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica”, que, segundo o ministro, demonstra uma lacuna na lei nacional. Assim, essa nova interpretação faria com que o caput do artigo fosse “harmonizado com o postulado da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida”, inerentes até ao embrião (P. 426).

Eros Grau, por sua vez, afirma que “fertilização *in vitro*” deve corresponder “à terapia da infertilidade humana adotada exclusivamente para fim de reprodução humana, em qualquer caso proibida a seleção genética, admitindo-se a fertilização de um número máximo de quatro óvulos por ciclo e a transferência, para o útero da paciente, de um número máximo de quatro óvulos fecundados por ciclo; a redução e o descarte de óvulos fecundados são vedados” (P. 460), além de acreditar que: “a obtenção de células-tronco a partir de óvulos fecundados ou embriões humanos produzidos por fertilização, na dicção do artigo 5º, caput será admitida somente quando dela não decorrer a sua destruição, salvo quando se trate de óvulos fecundados inviáveis, assim considerados exclusivamente aqueles cujo desenvolvimento tenha cessado por ausência não induzida de divisão após período superior a vinte e quatro horas; nessa hipótese poderá ser praticado qualquer método de extração de células-tronco” (P. 460).

O ministro diz que cabe à corte impor limites as pesquisas, para que, de acordo com ele, “se impeça a manipulação genética” ou “para que não se abra um precedente, na decisão que aqui vier a ser tomada, para o aborto”. Mesmo que saiba que exista diferença entre as pesquisas e o aborto, acredita que a “essa construção há de ser empreendida com enorme cautela, além do que esse artigo 5º deixa em aberto questões cuja solução, à margem dele, poderá resultar incompatível com a ordem jurídica concreta instalada pela nossa Constituição (P. 457).

Menezes Direito também traz mais de uma mudança com sua ICC, de modo que pede para “a fertilização *in vitro* seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou de características genéticas, realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, com proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e à fiscalização do Ministério da Saúde” (P. 304). Ademais, pede que “seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião, e as pesquisas devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões “pesquisa e terapia” como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisa com

fins terapêuticos”, ao defender que “os embriões humanos ostentam dignidade constitucional, embora em grau diverso daquele conferido à vida das pessoas humanas”.

Assim, os ministros restringem o âmbito de incidência sobre quais poderiam ser os embriões utilizados para os estudos, para que além de inviáveis e congelados (ambos interpretados também de forma específica), a obtenção desses embriões não poderiam resultar em sua destruição, mesmo que os ministros não tenham conhecimento técnico para saber as chances de destruição de embriões nesses casos, além de que Menezes Direito e Eros Grau, em uma adição extremamente específica da norma, colocaram um número máximo de quatro óvulos a serem utilizados por procedimento, além de proibir a seleção genética, a redução e o descarte de qualquer óvulo.

3.1.2 Inviáveis (inciso I)

O termo “inviáveis” aparece no inciso I do artigo, em referência a um dos tipos de embriões liberados para fazer pesquisas. Os ministros Ricardo Lewandowski e Menezes Direito também o interpretaram de forma específica, ao passo que Lewandowski diz que “o conceito de “inviável” deve compreender apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos” (P. 447), pois acredita que, como colocada no dispositivo original, “inviável” abriria margem para diversas interpretações (apesar de não tê-las especificado) (P. 430).

Menezes Direito, por sua vez, pede que “a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como referente àqueles insubistentes por si mesmos, assim, os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período no mínimo superior a vinte e quatro horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco” (P. 305). O ministro defende que a autorização para utilizar células tronco deve alcançar apenas as possibilidades que preservem a vida do embrião (P. 303). Assim, células-tronco não poderiam ser obtidas de embriões congelados (mesmo sendo especificação da lei), com alterações genéticas ou com alterações morfológicas, que comprometam ou não o seu desenvolvimento, pelo método Thomson, método que aspira células da massa central interna do blastocisto. Menezes Direito ainda diz que, por conta da inviolabilidade do direito à vida, não pode se admitir a possibilidade de “alguns embriões tornarem-se inviáveis justifique o sacrifício dos demais” (P. 293), tentando justificar o aumento excessivo de restrições, mesmo que nenhum dos ministros seja especialista e saiba as consequências reais de tais decisões.

3.1.3 Embriões congelados (inciso II)

Outro termo objeto da técnica de interpretação conforme a constituição foi “embriões congelados”, presente no inciso II do artigo, ainda referente aos embriões que poderiam ter suas células colhidas para fins de terapia e pesquisa (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.)

Ricardo Lewandowski o interpretou de modo que “as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido” (P. 447), pois, de acordo com ele, a redação original violaria o princípio da isonomia (P. 437), colocado no art. 5, II, da Constituição, já que os 3 anos colocados pelo legislador seriam infundados, sendo, assim, uma decisão arbitrária, algo inconcebível de ser feito por qualquer ente público.

Menezes Direito, por sua vez, pede “para que sejam considerados os embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação da Lei nº 11.105/2005, ou que, já congelados na data de publicação da Lei nº 11.105/2005, depois de completarem 3 (três) anos de congelamento, dos quais, com consentimento, informado prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por método que não cause a sua destruição;” (P.305), ao passo que a interpretação dada por ambos ministros exigiria que os embriões não fossem comprometidos a serem utilizados para pesquisa.

3.1.4. Consentimento (§ 1º)

Ricardo Lewandowski e Menezes Direito também aplicaram a técnica da interpretação conforme a constituição para o termo “consentimento”, que, segundo seus votos, deveria ser burocratizado. Menezes Direito defende que o termo “consentimento” seja entendido como “um consentimento informado prévio e expresso, por escrito, dos genitores” (P. 305), enquanto Lewandowski defende que “a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado”. O ministro diz isso ao enxergar que não seria coerente com o postulado da dignidade humana a pouca burocracia, uma vez que deseja que os genitores tomem conhecimento de todas as “consequências éticas, jurídicas, sociais e materiais da autorização”, além de que deveriam ter conhecimento das possíveis alternativas que têm em relação àqueles embriões não utilizados (não especificadas pelo ministro) (P. 441). Ainda ressalta que esse consentimento pode ser retirado ou reformulado a qualquer tempo, sem nenhuma consequência.

3.1.5 Comitê de ética (§ 2º)

Os ministros Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes concordaram que apenas o comitê de ética, previsto no parágrafo 2º do artigo 5º, não era suficiente para regular as pesquisas.

Lewandowski diz que “os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005” (P. 447), com o argumento de que em países desenvolvidos que citou em seu voto, como Alemanha, EUA e Espanha, as pesquisas com células tronco embrionárias são fortemente reguladas.

Enquanto isso, Eros Grau pede que “pesquisa e terapia mencionadas no caput do artigo 5º serão empreendidas unicamente se previamente autorizadas por comitê de ética e pesquisa do Ministério da Saúde [não apenas das próprias instituições de pesquisa e serviços de saúde, como disposto no § 2º do artigo 5º]” (P. 460). Além deles, Gilmar Mendes, pede para “que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde.” (P.630)

Assim, adicionaram ao artigo outras entidades para fazer a aprovação, como:

- (i) Órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005, (Conselho Nacional de Biossegurança e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança);
- (ii) o próprio Ministério da Saúde e seu comitê de ética e pesquisa;
- (iii) o Conselho Nacional de Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária;
- (iv) Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde (que inclusive não existe).

Em seus votos, os ministros Cezar Peluso e Menezes Direito pedem também responsabilização criminal para aqueles que fazem essa fiscalização, caso esta seja equivocada. Menezes Direito defende que “seja entendido que as instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter previamente seus projetos também à aprovação do Ministério da Saúde, presente o crime do art. 24 da Lei nº 11.105/05 na autorização para a utilização de embriões em desacordo com o que estabelece a lei, nos termos da interpretação acolhida neste voto.” (P. 304), enquanto Cezar Peluso defende que o legislativo produza uma lei específica para a responsabilização criminal ou que o crime do art. 24 também seja aplicável

(P. 522). Segundo o ministro, “seria mister que o Parlamento logo transformasse todas as formas de inadimplemento de tão graves deveres em tipos penais autônomos, com cominação de penas severas) (P.523). Todavia, pede, caso seu pedido não seja acatado, que os integrantes dos comitês e pesquisadores sejam responsabilizados nos termos do art. 319 no Código Penal, além de desejar obrigar os membros do comitê de ética a responsabilidades não originalmente previstas (P. 522), ao que a lei precisa ser suficiente para garantir os bens jurídicos, como dignidade da pessoa humana e suas expressões genéticas, como dita a Constituição Federal (P. 523).

3.2 Comentários sobre o uso da ICC feitos pelos ministros

Algumas considerações sobre o uso da interpretação do caso também foram feitas. O relator do caso, Ayres Britto, por exemplo não utilizou a ICC em seu voto e se mostrou contrário a seu uso no caso, uma vez que o método não se aplicaria, por não ter mais de uma interpretação possível (requisito inclusive posto pelos autores analisados) e, por conta das restrições, poderia inviabilizar as pesquisas (P. 141). Todavia, alguns dos ministros⁸, além de adicionarem, modificarem, contrariarem a norma, ainda defendem explicitamente suas ações ao defenderem decisões aditivas e a ICC em seus votos das mais variadas formas. Eros Grau, por exemplo, argumenta que o risco da lei não deve ser combatido com uma declaração de inconstitucionalidade, e sim com uma “decisão aditiva visando a superar a incompletude”, ao citar Tomás de Aquino, em uma passagem que leva a entender que o Tribunal deve superar o “mal”, que mesmo não proposital, foi feito pelos legisladores⁹ (P. 459).

Gilmar Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal na época do julgamento, fez o comentário mais extenso sobre o assunto. De uma forma preocupante e direta, assumiu que o Tribunal não apenas tem, citando uma vasta jurisprudência (P. 627), como deveria ter uma função de legislador positivo no contexto brasileiro. O ministro diz que apesar do Tribunal estar relacionado a um dogma de legislador negativo ele segue o caminho contrário, adicionando normas ao ordenamento e corrigindo

⁸ Ricardo Lewandowski, Menezes Direito, Cezar Peluso, Eros Grau e Gilmar Mendes

⁹ “A prudência indica dê-se ao mal o tratamento a que Tomás de Aquino faz alusão na Segunda Parte da Segunda Parte, questão 10, artigo 11 da Suma Teológica, ao cuidar dos ritos dos infiéis: “ O governo humano deriva do governo divino e o deve imitar. Deus, porém, ainda que seja onipotente e sumamente bom, permite que aconteçam alguns males no universo, que poderia impedir, para que não suceda que, uma vez supressos, suprimam-se também grandes bens ou sigam-se males piores. Assim também no governo humano: os que governam toleram, com razão, certos males, para que alguns bens não sejam impedidos ou não sucedam males piores, como diz Agostinho: 'Suprime as meretrizes da sociedade humana e perturbarás tudo com a libidinagem'. Assim, pois, ainda que os infiéis pequem em seus ritos, eles podem ser tolerados ou por causa do bem que deles provém ou por algum mal evitado". O "mal", no caso e digo "mal" entre aspas esse "mal", a amplitude da permissão veiculada pelo preceito legal, há de ser combatido mediante a prolação, por esta Corte, **de decisão aditiva visando a superar a incompletude** [o vocábulo está incorporado ao vernáculo] do artigo 5º e parágrafos da Lei n. 11.105/05. Note-se bem que a decisão aditiva acrescenta novo sentido normativo à lei, a fim de que determinado preceito legal seja depurado, adequado aos padrões da constitucionalidade.”

a obra do legislador, a pretexto da interpretação conforme a Constituição¹⁰(P. 626). Até mesmo citou um constitucionalista português, Blanco de Moraes, que explicita a adição de normas pelos ministros¹¹ (P. 628). Assim, conclui que o Tribunal “acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva” (P. 629). Diz que a “assunção de uma atuação criativa” que o STF faz, se mostra “determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão”.

A ADI analisada, segundo o Gilmar Mendes, seria mais uma chance do tribunal agir como legislador positivo, agora não apenas salvando o trabalho do legislador, mas, aparentemente, a sociedade brasileira como um todo, exercendo uma “função reparadora” do ordenamento (P. 629).

¹⁰ “O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei. Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não se atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.”

¹¹ “Sobre a evolução da Jurisdição Constitucional brasileira em tema de decisões manipulativas, o constitucionalista português Blanco de Moraes fez a seguinte análise: “(...) o fato é que a Justiça Constitucional brasileira deu, onze anos volvidos sobre a aprovação da Constituição de 1988, um importante passo no plano da suavização do regime típico da nulidade com efeitos absolutos, através do alargamento dos efeitos manipulativos das decisões de inconstitucionalidade. Sensivelmente, desde 2004 parecem também ter começado a emergir com maior pragnância decisões jurisdicionais com efeitos aditivos. Tal parece ter sido o caso de uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADIn 3105, a qual se afigura como uma sentença demolitória com efeitos aditivos. Está eliminou, com fundamento na violação do princípio da igualdade, uma norma restritiva que, de acordo com o entendimento do Relator, reduziria arbitrariamente para algumas pessoas pertencentes à classe dos servidores públicos, o alcance de um regime de imunidade tributária que a todos aproveitaria. Dessa eliminação resultou automaticamente a aplicação, aos referidos trabalhadores inactivos, de um regime de imunidade contributiva que abrangia as demais categorias de servidores públicos.”

4. Conclusões do uso da ICC no caso

Agora, voltamos à pergunta. O Tribunal realmente age como legislador positivo baseado na interpretação conforme à Constituição, baseada na análise da ADI nº 3510, de 2008?

A resposta é sim.

Como visto nos votos, eles criam novas regras, um novo órgão e até crimes, seja por opinião própria, seja por medo¹² (que, inclusive, revelaram ter em relação a pesquisas genéticas), seja porque acreditam que o Brasil deve se alinhar com o resto do mundo, mesmo não tendo legitimidade nem conhecimento técnico sobre o assunto. Além disso, adiantam discussões como um possível precedente para o aborto ou a formulação de leis penais. Não obstante, também contraíram o trabalho do legislador, ao estabelecer tantos limites que a vontade expressa pela lei pode deixar de ser eficaz. Menezes Direito, por exemplo, diz em seu voto não achar possível declarar simplesmente uma norma que “desafia a ciência e diz diretamente com o futuro da humanidade” (P. 629) constitucional ou inconstitucional. Pois bem, então não faz nenhuma das duas e acaba agindo como legislador positivo a fim de alterar as partes que lhe convém, assim como alguns de seus colegas.

O medo dos doutrinadores se baseava principalmente na possibilidade do tribunal agir como legislador positivo, adiantar debates que ainda não aconteceram e contrariar a obra do legislador, a pretexto de salvá-la, o que se mostrou fundado. Como exposto no texto de Rafael Lima e Diego Werneck, por exemplo, a ICC é sim um meio que os ministros utilizam para atingir o resultado que pretendem na revisão de leis, ao passo que se dão o poder de evitar coisas que nem sequer aconteceram, e podem vir a não acontecer, ao interpretar normas que poderiam ser completadas por outros Poderes da União (Legislativo ou Executivo). Desse modo, os votos que envolveram interpretação conforme se mostram manipulativas, podendo modificar, adicionar ou remover conteúdos

¹² P. 458 (Eros Grau): “ O risco da manipulação genética, o temor de que estejamos próximos à completa reificação da vida posta à mercê dos designios e princípios sem princípios do mercado, isso nos conduziria à declaração da inconstitucionalidade.” /P. 338, Ricardo Lewandowski: O ministro diz que experimentar com isso sem controle seria perigoso, “colocando em risco a própria existência da espécie humana tal como hoje a conhecemos”, por manipular com material genético, que pode levar a resultados desconhecidos. - Ele demonstra tal preocupação em razão da possibilidade de modificação desses embriões, como a criação de clones, por exemplo. Cita as fantasias “Admirável Mundo Novo”, escrito em 1930 por Aldous Huxley e “1984”, de 1949 por George Orwell, além de uma lei suíça e pesquisas inglesas, para demonstrar sua preocupação. Diz que tal lei federal suíça, de 1998, proíbe expressamente a criação de clones, quimeras ou híbridos, já que, segundo o ministro, essa seria uma possibilidade real / P. 506, Cezar Peluso - “Não me impressiona nem perturba a objeção de que, à luz dessa liberdade jurídica, poderia conceber-se a vida em úteros artificiais criados pelo inventivo engenho humano. Este tenebroso e hipotético cenário merece da consciência universal e de todas as ordens jurídicas a mais veemente repulsa, porque supõe admitir a reificação dos embriões e do processo mesmo de reprodução, em lucubração de todo em todo incompatível com a intangibilidade ética e constitucional da dignidade humana. Se houvera viabilidade técnica e possibilidade prática de vida humana exógena, independente da intervenção do útero, sua produção seria ética e juridicamente reprovável, não apenas por sua perversidade intrínseca, mas também porque aviltaria, senão que aniquilaria a mulher, não só como pessoa, mas sobretudo como figura e função maternas, essenciais à sobrevivência da espécie, e, como tal, corromperia nosso senso de civilização e aprestaria o colapso da humanidade. Em suma, seria prática manifestamente alheia ao limites conceituais e ao alcance do poder jurídico de disposição garantido aos genitores”

da norma. Agora fica visível que o STF, com o pretexto de proteger o Legislativo, acaba invadindo suas atribuições, algo que não apenas é ruim por si só, mas pior por ser feito de forma oculta.

Claro, que alguns ainda tentam defender a posição de legislador negativo, como Ayres Britto (que não apenas não usou a ICC, mas foi contra seu uso no caso), mas, como visto claramente pelo voto de Gilmar Mendes, muitos deles assumem e se orgulham de tudo que fazem. Explicitamente.

Portanto, a preocupação dos doutrinadores em relação ao uso da interpretação conforme a Constituição é fundada, principalmente ao analisar empiricamente o contexto brasileiro por permitir que os ministros tenham poderes que não foram originalmente previstos a eles.

5. Referências

ARGUELHES, Diego Werneck; LIMA, Rafael Bellem de. Constitutionally Conforming Interpretation in Brazil: From Restraint to Preemption? In KLATT, Mattias (ed.). **Constitutionally Conforming Interpretation** – Comparative Perspectives. Londres: Hart, 2023 (no prelo).

BRUST, Leo. A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas. **Revista Direito GV**, v. 5, p. 507-526, 2009

BRASIL. **Lei Nº 11.105**, de 24 de março de 2005. Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam OGMs. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2005.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657** de 04/09/1942 (Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro)

http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL%204.657-1942?OpenDocument

KATYAL, Neal Kumar; SCHMIDT, Thomas P. Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change. **Harvard Law Review**, p. 2109-2165, 2015.

LAURENTIIS, Lucas Catib de. **Interpretação conforme a Constituição**: conceito, técnicas e efeitos. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. .

MARTINS, Flávio (ed.). **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. 2921 p

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Série IDP) 1720 p 16

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. **Revista Direito GV**, v. 2, n. 1, p. 191-210, 2006.

SOLUM, Lawrence B. The interpretation-construction distinction. **Const. Comment.**, v. 27, p. 95, 2010.

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277**, DISTRITO FEDERAL, 2011
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6586**, DISTRITO FEDERAL, 2020
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6587**, DISTRITO FEDERAL, 2020
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517731>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 319**, DISTRITO FEDERAL, 1993
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=918>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4277**, DISTRITO FEDERAL, 2011
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

STF, **AÇÃO DE DESCOMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132**, DISTRITO FEDERAL, 2011
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3510**, DISTRITO FEDERAL, 2010
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3510**, DISTRITO FEDERAL, 2010
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>

STF, **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4277**, DISTRITO FEDERAL, 2011

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>

VERMEULE, Adrian. Saving constructions. **Geo. LJ**, v. 85, p. 1945, 1996.