

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

**Ano V - Número 21
Janeiro a Março de 2014**

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - BA

Alexandre Brandão Martins Ferreira - RJ

Claudia Lima Marques - RS

Claudio Araújo Pinho - MG

Ester Kosovski - RJ

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - RJ

José Ribas Vieira - RJ

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - RJ

Vitor Sardas - RJ

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2014.

Ano V – Número 21. Janeiro a Março de 2014

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Sumário

4 FRAGOSO, Fernando

Apresentação

5 MASI, Carlo Velho

A Globalização e seus efeitos sobre o Direito Penal

40 NASCIMENTO, José Carlos Martins do

O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária e sua Importância para a Atividade Empresarial

64 BANDEIRA, Guilherme Villela de Viana

O Debate entre Hart E Fuller: uma Controvérsia Envolvendo Veículos no Parque

98 OLIVEIRA, Ana Lúcia Soares Dotta de

Implicações Jurídicas da Reprodução Assistida: os Direitos Sucessórios dos Embriões Criopreservado

147 OLIVEIRA NETO, Hélio Nascimento de

O Princípio da Supremacia da Constituição como Norma Fundamental do Ordenamento Jurídico Brasileiro

176 BARSTED, MARIANA DE Andrade Linhares

O Princípio da Supremacia da Constituição como Norma Fundamental do Ordenamento Jurídico Brasileiro

Apresentação

Ao final de meus dois mandatos, e sob preciosa inspiração do Diretor Cultural do IAB, Dr. Pedro Marcos Nunes Barbosa, a diretoria do Instituto dos Advogados Brasileiros aprovou a realização de um Concurso de Monografias, buscando capturar a produção intelectual de jovens. Em consequência, concebemos dois distintos concursos, destinados a advogados recém formados e a estudantes de direito em qualquer nível.

Apresentaram-se mais de 50 trabalhos, que mereceram a avaliação de membros do Instituto dos Advogados Brasileiros, integrantes das respectivas Comissões Permanentes desta Casa, cuja atuação cumpre destacar e muito agradecer, pelo esforço de leitura e correção que a tarefa representou.

Homologados os resultados, recebemos na sede do Instituto, no dia 8 de maio de 2014, os autores dos seis melhores trabalhos, três em cada categoria, conferindo-lhes o prêmio em dinheiro, bem como diplomas para registro da láurea.

Creio que, ao publicarmos os trabalhos vencedores nesta Revista Digital, estamos não apenas cumprindo um dos compromissos do edital dos concursos, mas, importantemente, estimulando novas competições dedicadas às novas safras de bacharéis e de universitários, divulgando as atividades do IAB e pondo esta juventude em contato com a mais célebre academia de advogados do Brasil, fundada em 1843.

Doutrina

A GLOBALIZAÇÃO E SEUS EFEITOS SOBRE O DIREITO PENAL

CARLO VELHO MAIS

**(Primeiro Colocado no Concurso de
Monografias por Jovens Advogados)**

RESUMO

Como fenômeno de contornos ainda difusos, a Globalização demanda permanentes estudos em diversas áreas do conhecimento. Hoje, é inegável sua influência sobre o Direito e, de forma muito acentuada, sobre o Direito Penal. Entender quais as implicações da Globalização sobre a questão criminal é um desafio do qual não podem se furtar as ciências criminais no contexto de liminaridade em que vivemos. Sendo assim, o presente artigo busca entender os múltiplos significados do fenômeno e seus principais atributos, avaliando seus reflexos sobre o Direito Penal moderno e sobre as perspectivas futuras da disciplina. De um modo geral, é possível perceber que o Direito Penal da Globalização depara-se com uma criminalidade transnacional e organizada, o que inegavelmente demanda uma série de adaptações. Ao lado de uma corrente eficientista com maior aceitação, permanece vivo um discurso de resistência, que alerta para os malefícios de um expansionismo desenfreado. Graças à ampla possibilidade de debate que o ambiente atual propicia é possível verificar que o avanço da Globalização implica uma maior intervenção do Direito Penal e uma diminuição da importância do Estado Nacional na tomada de decisões político-criminais.

PALAVRAS-CHAVES: Globalização; Direito Penal; Estado Nacional; Expansionismo Penal.

ABSTRACT

As a phenomenon with still diffuse contours, Globalization demands permanent studies in many areas of knowledge. Today, its influence on the Law is undeniable, especially on the Criminal Law. To understand the implications of Globalization on the criminal matter is a challenge that the criminal sciences cannot evade in the context of liminality in which we live in. Therefore, this article seeks to understand the multiple meanings of the phenomenon and its key attributes, assessing its impact on the modern Criminal Law and the future perspectives of the discipline. In general, it is possible to find that the Globalized Criminal Law faces a transnational and organized criminality, which undeniably requires a number of adjustments. Beside an efficientist party with greater acceptance, a resistance speech remains alive warning to the dangers of an unbridled expansionism. Thanks to the wide opportunity the current environment favors it is possible to verify that the advance of Globalization implies a greater intervention of the Criminal Law and a diminishing importance of the national state in taking criminal policy decisions.

KEYWORDS: Globalization; Criminal Law; National State; Criminal expansionism.

Sumário: 1. Introdução: a ambiguidade do fenômeno; 2. As múltiplas extensões; 3. A falácia; 4. Os Modos de Produção; 5. Os efeitos; 6. A ruptura das fronteiras espaciais e temporais; 7. O esvaziamento da soberania e da autonomia nacionais; 8. O Direito Penal global; 10. Considerações finais: as consequências

1. Introdução: a ambiguidade do fenômeno

A globalização apresenta-se como fenômeno de contornos ainda difusos¹. Como expressão ambígua, pode designar tanto o poder, como a ideologia que pretende legitimá-lo. Na visão de Zaffaroni, não é um discurso, mas nada mais que um “novo momento de poder planetário”². A propósito, o sociólogo Fernando Henrique Cardoso observa que, conquanto tenha ganhado ímpeto recentemente, o tema de globalização, não é nada novo e refere-se ao grande debate em torno da expansão do capitalismo no séc. XIX³.

Novos ou antigos, os processos de globalização são fenômenos multifacetários de dimensões econômicas, sociais, tecnológicas, políticas, culturais, religiosas e legais, todas conectadas a uma tendência complexa. Estranhamente, combinam-se tanto a universalidade e

¹ Segundo SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 265, o termo “designa o fim das economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes. Um dos exemplos mais interessantes do processo de globalização é o *global sourcing*, isto é, o abastecimento de uma empresa por meio de fornecedores que se encontram em várias partes do mundo, cada um produzindo e oferecendo as melhores condições de preço e qualidade naqueles produtos que têm maiores vantagens comparativas.”

² O autor refere-se a três momentos de poder planetário: a revolução mercantil e o colonialismo, nos séculos XV e XVI; a revolução industrial e o neocolonialismo, nos séculos XVIII e XIX; e a revolução tecnológica e a globalização, a partir do século XX.

³ CARDOSO, Fernando Henrique. Conferência no Seminário Brasil Século XXI - O Direito na Era da Globalização: Mercosul, Alca e União Europeia. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2001. p. 30. Segundo ele “Todos aqueles que pensaram a formação do sistema capitalista - dos conservadores até (Karl) Marx - mencionavam a tendência à expansão de um mesmo sistema produtivo. E a tendência, portanto, de que pouco a pouco se consolidasse uma ordem mundial. Já no século XX, alguns pensadores críticos - Rosa de Luxemburgo à frente - mostravam que existia, realmente, uma tendência incontestável no sentido de que a homogeneização das forças produtivas seria impor uma ordem econômica só. A discussão que se travou mais tarde seria saber que ordem seria essa - se capitalista ou socialista. Por uma razão óbvia: é que as transformações tecnológicas foram de tal monta que era fácil prever a expansão do sistema produtivo e, como ele, os valores entranhados.”

a eliminação de fronteiras nacionais quanto a diversidade local, a identidade étnica e o retorno aos valores comunitários.

As origens do globalismo remontam o Estado de Direito de inspiração liberal-clássica, onde tinha-se por objetivos e características "o princípio da soberania nacional, a ideia de Constituição e o primado do equilíbrio entre os poderes."¹ Originalmente destinado a conter o absolutismo dos primeiros tempos do Estado moderno, cujo principal traço era o monopólio do uso da violência por parte do despotismo esclarecido, o primado do equilíbrio dos poderes atribui a titularidade da iniciativa legislativa a parlamentares soberanos, restringe o campo de ação do Executivo aos limites estritos da lei e confere ao Judiciário a competência exclusiva para julgar e dirimir conflitos. Deste modo, embora o Estado detenha o poder total, ele não pode mais exercê-lo de modo absoluto.

Os desdobramentos naturais dessas concepções atingiram diretamente a identidade cultural nacional² do homem, ocasionando sua modificação, mais significativamente a partir do final do século XX.

Nas últimas três décadas, as interações internacionais se intensificaram dramaticamente, desde os sistemas de produção e das transferências financeiras, até a disseminação mundial de informação e imagens através da mídia, ou os movimento em massas de pessoas, sejam turistas ou trabalhadores e refugiados imigrantes. A extraordinária amplitude e profundidade destes movimentos passaram a ser vistos pelos sociólogos e políticos como rupturas de formas prévias de interações fronteiriças, um fenômeno que se passou a denominar de *globalização*.

A rapidez da troca de informações e as respostas imediatas que esse intercâmbio acarretou nas decisões diárias são evidências inegáveis do mundo pós-moderno. Produtos ficam obsoletos antes do prazo de vencimento. A incerteza se radicaliza em todos os campos da interação humana. Não há mais padrões reguladores precisos e duradouros³. Assim, o termo "global" é hoje utilizado para referir-se tanto a processos como a resultados da globalização.

¹ FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. 1ª ed., São Paulo: Editora Malheiros Editores, 1996, p. 05.

² HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 7 ed., Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003, p. 08.

³ BORDON, Giovana. *A fragilidade dos laços humanos*. Jornal Gazeta Mercantil. Encarte "Fim de Semana", de 31 de julho de 2004.

Por isso, tem-se afirmado que, assim como os conceitos que o precederam, tais quais o da *modernização* e o do *desenvolvimento*, o conceito de *globalização* tem dois componentes: um *descritivo* e um *prescritivo*. A prescrição é, na verdade, um vasto conjunto de prescrições, todos ancorados no consenso hegemônico neoliberal¹.

O fenómeno parece estar relacionado a uma vasta gama de transformações em todo o mundo, como um aumento dramático da desigualdade entre países ricos e pobres e entre ricos e pobres em cada país, desastres ambientais, conflitos étnicos, migração internacional em massa, surgimento de novos Estados e falência ou implosão de outros, proliferação de guerras civis, limpeza étnica, crime globalmente organizado, democracia formal como uma condição política para a ajuda internacional, terrorismo, militarismo, etc.².

Trata-se, como já se pode antever, de uma realidade que, assim como as anteriores, também vem acompanhada de um *discurso legitimante*³ ou de uma *ideologia*⁴ – que não se resume às vantagens que obtêm seus protagonistas e se assenta sobre o pensamento neoliberal de eficácia tecnocrática e de benefício –, tem uma gestão histórica e é irreversível, na medida em que representa um marco significativo de ruptura⁵.

O domínio político e cultural da globalização é um campo fundamental de debate, já que as ideias que constituem o discurso dominante passam para o senso comum e são vividas como uma realidade concreta e inexorável.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalizations. *Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 393-394. O consenso da economia neoliberal aponta que as economias nacionais devem abrir-se ao mercado mundial e os preços domésticos devem ser acomodados aos preços internacionais; deve ser dada prioridade ao setor de exportação, as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução da inflação; os direitos de propriedade privada devem ser efetivados e protegidos internacionalmente; o setor empresarial do estado deve ser privatizado; deve haver livre mobilidade de recursos (exceto de trabalho), investimentos e lucros; a regulação estatal da economia deve ser mínima; políticas sociais devem ter uma baixa prioridade no orçamento estatal, já não universalmente aplicadas, mas implementadas como medidas compensatórias para os estratos sociais vulneráveis.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalizations. *Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 393.

³ Para o colonialismo era a supremacia teológica; para o neocolonialismo, o evolucionismo racista.

⁴ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009, p. 141.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, a. 3, n. 8, p. 71-96, 1999-2000, p. 72.

Bauman a retrata como a “nova desordem mundial” e percebe seu “caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo.”¹. Para Faria Costa, “As culturas, os gestos, os gostos, os saberes, as informações, tudo está em qualquer lugar, em qualquer espaço.”²

Nesse sentido, a globalização pode ser expressa no paradoxo da interseção entre *presença* e *ausência*, caracterizando-se pelo “entrelaçamento de eventos e relações sociais que estão à distância de contextos locais”³, como resultante dos avanços tecnológicos, principalmente dos meios de comunicação, em especial da tecnologia eletrônica, mas, sobretudo, da mídia. A mobilidade, seja de corpos físicos ou exclusivamente de conteúdos informativos, é uma marca distintiva dessa sociedade pós-industrial:

Dentre todos os fatores técnicos da mobilidade, um papel particularmente importante foi desempenhado pelo transporte da informação – o tipo de comunicação que não envolve o movimento de corpos físicos ou só o faz secundária e marginalmente. Desenvolveram-se de forma consistente, meios técnicos que também permitiram à informação viajar independente dos seus portadores físicos – e independente também dos objetos sobre os quais informava: meios que libertaram os “significantes” do controle dos “significados”. [...] O aparecimento da rede mundial de computadores pôs fim – no que diz respeito à informação – à própria noção de “viagem (e de “distancia” a ser percorrida), tornando a informação instantaneamente disponível em todo o planeta, tanto na teoria como na prática.”⁴

A mobilidade, acompanhada da velocidade no transporte da informação, tornou possível a milhares de investidores individuais a transferência de “vasta quantidade de capital de um lado do mundo para outro ao clique de um mouse”⁵. Ainda que fisicamente imóveis, todos

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 67.

² FARIA COSTA, José Francisco de. A globalização e o direito penal (ou tributo da consonância ao elogio da incompletude). *Revista de Estudos Criminais*, v. 2, n. 6, Porto Alegre, 2002, p. 30.

³ GIDDENS, Anthony. A constituição da sociedade. Tradução Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999, p. 21-22.

⁵ GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2000, p. 20.

estão em movimento, seja esta condição desejável ou não ou, até mesmo, desconhecida. Logo, “imobilidade não é uma opção realista num mundo em permanente mudança”¹.

André-Jean Arnaud sistematiza o conceito de globalização quando um certo grupo de condições é preenchida. Segundo o autor, em síntese, são elas: 1) mudança nos modelos de produção; 2) desenvolvimento de mercados de capitais com fluxo livre de investimentos sem que as fronteiras dos Estados sejam levadas em conta; 3) expansão crescente das multinacionais; 4) importância crescente dos acordos comerciais entre nações que formam blocos econômicos regionais de primeira importância; 5) ajuste estrutural, passando pela privatização e pela redução do papel do Estado; 6) hegemonia dos conceitos neoliberais em matéria de relações econômicas; 7) uma tendência generalizada em todo o mundo à democratização, à proteção dos direitos humanos, a um renovado interesse pelo Estado de Direito; e 8) o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais promovendo essa democracia e essa proteção aos direitos humanos².

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos refere-se ao fenômeno como “um vasto e intenso campo de conflitos entre grupos sociais, estados e interesses hegemônicos por um lado e grupos sociais, estados e interesses subalternos por outro”³. Trata da globalização como um conjunto de trocas desiguais em que certos artefatos, condições, entidades ou identidades locais estendem sua influência para além das fronteiras locais ou nacionais e, ao fazê-lo, desenvolvem a capacidade de designar como *local* outro artefato, entidade, condição ou identidade rival⁴.

O processo afeta a todos os âmbitos da vida humana, individual ou coletivamente, mas se expressa, na concepção de Martínez González-Tablas em três relevantes manifestações⁵: a “globalização econômica” (novas formas de organização das empresas multinacionais ou

¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 1999, p. 8.

² ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Introdução. s/p

³ SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos da globalização: A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 27.

⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalizations. *Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 396.

⁵ MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, Angel María. Aspectos más relevantes de la globalización económica. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. 5, p. 69-130, 2002, p. 73-74.

transnacionais e seu protagonismo no mercado mundial; multiplicação exponencial das operações econômico-financeiras de curta duração em todo planeta; e interdependência entre países e entre estes e os organismos internacionais, permitindo extensa margem de manobra e autonomia em sua direção e gestão¹), a “globalização política” (novas realidades que afetam a perda de soberania do Estado; perda do espaço político das ideologias tradicionais de direita e de esquerda) e a “globalização das comunicações”² (impacto das novas tecnologias da comunicação e da informação na vida, permitindo o intercâmbio de informações em tempo real e em quantia quase ilimitada³).

Ao que se nota, a globalização é um fenômeno de numerosos significados, que, por configurar-se em uma sociedade conturbada, não poderia deixar de apresentar uma alta complexidade.

2. As múltiplas extensões

Os contornos e extensões da globalização sequer podem ser imagináveis, vez que a crise financeira que assola o mundo não revela inclinações claras ou direções seguras no seu

¹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. 2 ed. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch, p. 301.

² HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 51, advertem que “a comunicação não apenas expressa mas também organiza o movimento de globalização. Organiza o movimento multiplicando interconexões por intermédio de redes. Expressa o movimento e controla o sentido de direção do imaginário que percorre estas conexões comunicativas. [...] É por isso que as indústrias de comunicação assumiram posição tão central.” Poucos locais no mundo atual estão desconectados de todo este sistema. Muito embora seja reforçada através destes próprios meios a ideia de que o mundo globalizado é local de grande intercâmbio cultural, na medida em que existe uma dominação, não existe evidentemente igualdade nas trocas.

³ Segundo Bill Gates, co-fundador da Microsoft Corporation, “Llegará un día, no muy lejano, en que seremos capaces de dirigir negocios, de estudiar y explorar el mundo y sus culturas, de hacer surgir algún gran entretenimiento, hacer amigos, asistir a mercados locales, enseñar fotografías a parientes lejanos sin abandonar nuestra mesa de trabajo o nuestro sillón. No abandonaremos nuestra conexión a la red ni nos la dejaremos en la oficina o en el aula. Esta red será algo más que un objeto que portamos o un dispositivo que compremos. Será nuestro pasaporte para un modo de vida nuevo y mediático” (GATES, Bill; MYHRVOLD, Nathan (colab.); RINEARSON, Peter (colab.). *Camino al futuro*. Tradução Francisco Ortiz Chaparro. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 1995).

enfrentamento, superação ou adaptação, pelo que se pode falar apenas em tendências de atuação imediata, sendo as conformações futuras ainda imprevisíveis¹.

Os riscos provenientes da crise econômica mostram-se como os mais perversos dos enfrentados pela humanidade nos últimos tempos, trazendo consequências francas, diretas e intensas nas relações internacionais e na proteção aos direitos humanos e economias mundiais, atingindo profundamente a segurança social integral, não possuindo respostas únicas, individuais ou exclusivas².

A pluralidade de discursos sobre a globalização mostra que é imperioso produzir uma reflexão teórica crítica da globalização e de o fazer de modo a captar a complexidade dos fenômenos que ela envolve e a disparidade dos interesses que neles confrontam³.

Os debates têm mostrado que o que usualmente é denominado de *globalização* representa, em realidade, um vasto campo social de colisões antagônicas entre grupos sociais hegemônicos ou dominantes, Estados, interesses e ideologias. Mesmo o campo hegemônico é repleto de conflitos, mas, para além deles, há um consenso básico entre os seus membros mais influentes. É esse consenso que confere à globalização suas características dominantes.

¹ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Crise Econômica e Possíveis Perspectivas Jurídico-Sociais. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 343-358, Jul./Dez. 2009, p. 353.

² CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Crise Econômica e Possíveis Perspectivas Jurídico-Sociais. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 343-358, Jul./Dez. 2009, p. 356.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 3ª ed., São Paulo: Editora Cortez, 2005, p. 54. Segue o autor comentando que a sua proposta teórica parte de três aparentes contradições que conferem especificidade transicional ao período em que vivemos. A primeira contradição é entre globalização e localização, onde na globalização quanto mais esta evolui, mais aumenta os *direitos às opções*, demonstrando que as relações interpessoais estão mais desterritorializadas. Já na localização, a contradição que exsurge fica por conta da tendência dos *direitos às raízes*, onde emerge o sentimento de novas identidades regionais, nacionais ou locais. A segunda contradição descrita pelo autor, é entre o Estado-nação e o não-Estado transnacional. Trata, pois, do papel do Estado na globalização. Para alguns, o Estado é uma entidade obsoleta, fragilizada e em vias de extinção. Para outros, em contraponto, o Estado continua a ser entidade política central. A terceira contradição é de ordem político-ideológica, entre os que veem na globalização a energia finalmente incontestável e imbatível do capitalismo e os que veem nela uma oportunidade nova para ampliar a escala e o âmbito da solidariedade transnacional e das lutas anticapitalistas.

Com a pluralidade de discursos que se observa, tem-se claramente que não há uma única globalização, ou somente um “processo de globalismo”. Aquilo que habitualmente designamos por globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais, que dão origem a diferentes fenômenos de globalização.

À luz destas disjunções e confrontos, torna-se claro que a nomenclatura *globalização* representa um conjunto de processos de globalização e, em última instância, das distintas, e por vezes contraditórias, “globalizações”, isto é, diferentes conjuntos de relações sociais, que dão origem a diferentes fenômenos. Nestes termos, não há, a rigor, uma única entidade chamada *globalização*, mas sim *as globalizações*. E, como conjuntos de relações sociais, *as globalizações* envolvem conflitos, dos quais emergem “vencedores” e “perdedores”. Porém, deve-se ter em conta que “O discurso dominante sobre globalização é a história dos vencedores, contada pelos vencedores”¹.

Uma importante noção que nos é trazida pela globalização é a percepção dos diversos lugares, da diversidade cultural e da diversidade de maneiras de ver o mundo. Daí a ideia de que a globalização não é uma só. São várias globalizações ocorrendo simultaneamente.

3. A falácia

A ideia de globalização, como um fenômeno linear, homogeneizado e irreversível, apesar de falsa, é hoje prevalente e tende a ser ainda mais, a medida que passamos do discurso científico para o discurso político e para a conversa cotidiana. Aparentemente transparente e sem complexidade, a ideia de globalização mascara mais do que revela o que está acontecendo no mundo. Estas transformações tem vindo a atravessar todo o sistema mundial, ainda que com intensidade desigual consoante a posição dos países no sistema mundial.

Longe de ser “inocente”, a globalização não se restringe ao campo económico, mas deve ser considerada também um movimento ideológico e político. E dois motivos para tal movimento devem ser esmiuçados².

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalizations. Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 395.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalizations. Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 395.

O primeiro é o que poderíamos chamar de "falácia do determinismo". Ele consiste em inculcar a ideia de que a globalização é um processo espontâneo, automático, inelutável e irreversível, que se intensifica e avança, segundo uma lógica e uma dinâmica fortes o suficiente para impor-se a despeito de qualquer interferência externa. A falácia consiste em transformar as causas da globalização em seus efeitos, obscurecendo o fato de que a globalização resulta de um conjunto de decisões políticas identificadas no tempo e no espaço.

O segundo motivo político é a "falácia do desaparecimento do sul". Quer a nível financeiro, quer a nível da produção, ou mesmo de consumo, o mundo tornou-se integrado em uma economia global onde, perante a multiplicidade de interdependências, já não faz sentido distinguir entre o *norte* e o *sul*, ou entre o *núcleo* (antiga "metrópole"), a *periferia* (antiga "colônia") e a *semi-periferia* do sistema mundial.

Nos termos desta falácia, até mesmo a ideia do "Terceiro Mundo" está se tornando obsoleta. Tendo em vista que, contrariamente a este discurso, as desigualdades entre o *norte* e o *sul* têm aumentado dramaticamente nas últimas três décadas, esta falácia parece não ter outro objetivo que não o de banalizar as consequências negativas e excludentes da globalização neoliberal, negando-lhes centralidade analítica. Assim, o "fim do sul", e o "desaparecimento do Terceiro Mundo" são, acima de tudo, produtos das mudanças ideológicas que devem ser objeto de análise.

4. Os modos de produção

A globalização não se refere apenas à criação de sistemas em ampla escala, mas à transformação de contextos da experiência social. As atividades cotidianas são cada vez mais influenciadas por eventos ocorrendo do outro lado do mundo; e, inversamente, hábitos locais de estilo de vida tornam-se globalmente consequentes. A globalização deveria ser vista não simplesmente como um fenômeno "lá fora" mas como um fenômeno também "aqui dentro": ela afeta não apenas localidades mas até intimidades da existência pessoal, na medida em que age para transformar a vida cotidiana¹.

¹ GIDDENS, Anthony. Admirável mundo novo: o novo contexto da política. In: MILIBAND, David (Org.). *Reinventando a Esquerda*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

Boaventura de Sousa Santos distingue entre dois modos principais de produção da globalização, consistentes num duplo processo de "localismos globalizados"/"globalismos localizados"¹.

"Localismo globalizado" é o processo pelo qual um determinado fenômeno é globalizado com sucesso, seja a atividade mundial de uma multinacional, a transformação do idioma Inglês em uma língua universal, a globalização do *fast food* americano, a música popular, ou a adopção mundial da mesmas leis de propriedade intelectual, patentes ou de telecomunicações promovidas agressivamente pelos EUA.

Nesta forma de produção de globalização, o que se globaliza é o *vencedor* de uma "luta" pela apropriação ou valorização de recursos ou para o reconhecimento hegemônico de uma determinada diferença cultural, racial, sexual, étnica, religiosa ou regional. Esta "vitória" traduz a capacidade de ditar os termos da integração, da competição e da inclusão.

O segundo processo de globalização é o "globalismo localizado", que consiste no impacto específico produzido pelas práticas e imperativos que surgem dos "localismos globalizados" nas condições locais. Para responder a esses imperativos transnacionais, as condições locais são desintegradas, oprimidas, excluídas, desestruturadas e, eventualmente, reestruturadas como inclusão subalterna.

Os globalismos *localizados* incluem a eliminação do comércio tradicional e da agricultura de subsistência; a criação de zonas de livre comércio; o desmatamento e a destruição maciça de recursos naturais, a fim de pagar a dívida externa; o uso de tesouros históricos, cerimônias religiosas ou lugares, artesanato e a vida selvagem para o benefício da indústria do turismo global; o "*dumping* ecológico" (compra pelos países do "Terceiro Mundo" de lixos tóxicos produzidos nos países capitalistas centrais, a fim de pagar a dívida externa); a conversão da agricultura de subsistência em agricultura de exportação como parte de "ajuste estrutural"; e a *etnicização* do local de trabalho (desvalorização do salário pelo fato de os trabalhadores serem de um grupo étnico considerado "inferior")².

Esses dois processos, embora devam ser tratados separadamente, em razão da distinção entre seus fatores, agentes e conflitos, operam em conjunto e constituem um tipo

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalizations. *Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 396-397.

² SANTOS, Boaventura de Sousa. Globalizations. *Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 396-397.

hegemônico de globalização neoliberal que vem paulatinamente determinando e condicionando diferentes hierarquias que constituem o “mundo Capitalista global” (*global capitalist world*).

A divisão internacional da produção da globalização tende a assumir o seguinte padrão: “países centrais especializam-se em localismos globalizados, enquanto países periféricos têm apenas a opção do globalismo localizado”¹.

5. Os efeitos

Conquanto se possa discutir os diversos significados da globalização, sabe-se, entretanto, que ninguém mais fica imune a seus efeitos. Isso porque, ao passo em que a sociedade global trouxe avanços, trouxe, também, riscos e inseguranças, reforçando, assim, a ideia do contraste entre determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade².

No discurso de Silveira, a globalização surge como um elemento de interação no que se refere à sociedade do risco, ou seja, “uma atua sobre a outra, incrementando riscos globais e alterações pontuais nas relações humanas. Vale dizer, o risco incrementa-se em uma sociedade globalizada”³.

No plano econômico, a globalização compreende a gênese dos mercados globais, nos quais os agentes econômicos (*global players*)⁴, o capital, o trabalho, os bens e serviços movem-se com liberdade em escala mundial, o que é possível graças ao avanço técnico. As economias nacionais devem se abrir ao mercado mundial e os preços domésticos devem tendencialmente adequar-se aos preços internacionais; deve ser dada prioridade à economia de exportação; as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução da inflação e da dívida pública e para a vigilância sobre a balança de pagamentos; os direitos de propriedade privada devem ser claros e invioláveis, o setor empresarial do Estado deve ser

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalizations. Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006, p. 397.

² ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. *A sociedade de risco e a dogmática penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 56.

⁴ Dentre os quais estão, em primeiro lugar, as organizações inter e supranacionais como as Nações Unidas e a União Europeia.

privatizado, a regulação estatal da economia deve ser mínima; deve-se reduzir o peso das políticas sociais no orçamento do estado¹.

No plano político descritivo, a globalização representa a perda de relevância política mundial que sofrem os Estados nacionais (*the breaking of nations*) e a ascensão da governança global (*global governance*).

Já no plano político normativo, globalização confunde-se com uma orientação política com base em interesses mundiais da humanidade, e não em interesses nacionais. Ocorre o que Joachim Vogel chama de uma “aproximación del mundo”².

É possível situar essas alterações socioeconômicas mais relevantes a partir da década de 80 do séc. XX³. A primeira delas é, por excelência, a “mundialização da economia”, mediante a internacionalização dos mercados de insumo e consumo, o que causa o rompimento das fronteiras geográficas clássicas e a limitação da execução das políticas cambial, monetária e tributária dos Estados nacionais. Via de consequência, ocorre a desconcentração do aparelho estatal, mediante a descentralização de suas obrigações, a desformalização de suas responsabilidades, a privatização de empresas públicas e a “deslegalização” da legislação social.

O advento de processos de integração formalizados por blocos regionais e por tratados de livre comércio, com subsequente revogação dos protecionismos tarifários, das reservas de mercado e dos mecanismos de incentivos e subsídios fiscais acarreta uma internacionalização do próprio Estado.

O próximo passo foi a “desterritorialização” e reorganização do espaço da produção, mediante a substituição das plantas industriais rígidas, surgidas no começo do século XX, de caráter “fordista”, pelas plantas industriais “flexíveis”, de natureza “toyotista”, o que veio acompanhado da desregulamentação da legislação trabalhista e da flexibilização das relações contratuais.

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos da globalização: A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 29.

² VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 114-115.

³ FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. 1ª ed., São Paulo: Editora Malheiros Editores, 1996, p. 10-11.

O uso do salário, do emprego e da tributação como variáveis de ajuste provoca uma alta taxa de desemprego e de redução salarial. A menor arrecadação fiscal causa a redução de investimentos sociais.

Como resultado, os Estados perdem sua capacidade de mediação entre o capital e o trabalho. Os sindicatos carecem de poder para lutar contra essa situação. A especulação financeira adapta formas que tornam cada vez mais permeáveis as fronteiras entre o lícito e o ilícito. Os paraísos fiscais para capitais de origem ilícita são conhecidos por todos e ninguém os obstaculiza. O sistema tributário se inverte, tentando compensar a menor tributação do capital com a maior tributação do consumo, que recai sobre os de menor renda¹.

A sociedade contemporânea é, assim, marcada pela concentração de riqueza, pela exclusão social e pelo consequente esgarçamento das relações sociais e dos laços de controle sociais informais. A globalização econômica hegemônica tem não só aumentado consideravelmente a concentração de riqueza, mesmo nos países centrais², mas também gerado um novo nível de "miséria".

A principal consequência social deste fenômeno de poder é a geração de um amplo e crescente setor excluído da economia³, formado por pessoas que não conseguem se inserir no sistema, que sequer adquirem cidadania, vez que a noção de *ciudadão* passa a ser substituída pela de *consumidor* e adota a solvência como critério de inclusão social.

A política da globalização torna impotente o poder nacional frente ao poder econômico globalizado. Desta forma, Zaffaroni nota que "existe un poder económico globalizado, pero no existe una sociedad global ni tampoco organizaciones intencionales fuertes y menos aún un estado global"⁴.

A fragmentação das atividades produtivas nos diferentes territórios e continentes, permitiu que conglomerados multinacionais praticassem o comércio *interempresa*, acatando seletivamente distinções legislativas nacionais e concentrando seus investimentos em países onde elas são mais favoráveis. As empresas fixam-se nos países periféricos, buscando reduzir

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, a. 3, n. 8, p. 71-96, 1999-2000, p. 74.

² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 251-52.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, a. 3, n. 8, p. 71-96, 1999-2000, p. 74.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, a. 3, n. 8, p. 71-96, 1999-2000, p. 75.

ao máximo o número ou os salários de empregados e a carga tributária. Para tanto, contam com o apoio de políticos que buscam atrair esses capitais.

Por fim, deu-se a expansão de um Direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória (*lex mercatoria*), como decorrência da proliferação dos foros de negociações descentralizados, estabelecidos pelos grandes grupos empresariais¹.

A globalização vem, desta forma, desestruturando a “espinha dorsal” do Estado moderno. Os centros de decisões (sejam elas relacionadas à moeda, à pesquisa, ao desenvolvimento tecnológico, à produção industrial ou à comercialização de mercadorias) já não se circunscrevem ao Estado-nação; o dinheiro concentra-se nas relações financeiras – tão especulativas quanto voláteis – e, não mais, nas relações de produção. Há uma total perversão dos valores, onde o poder econômico gradativamente se sobrepõe ao poder político e as arenas decisórias são progressivamente fragmentadas, multiplicando-se em distintos níveis e lugares².

6. A ruptura das fronteiras espaciais e temporais

A maior oferta e facilidade de transportes e telecomunicações promoveu, a partir do final do século passado, uma revolução na relação entre os países. Os fluxos comerciais e financeiros multiplicaram-se várias vezes. A maior aproximação econômica, social e cultural entre os países só foi possível graças aos esforços internacionais para a redução de barreiras comerciais e financeiras e para padronização de normas e regulamentos, de maneira a oferecer velocidade e segurança na realização das transações. Neste contexto, Faria Costa nota que

O nosso viver despacializou-se. O nosso interagir subjectivo perdeu as referências clássicas do espaço. As culturas, os gestos, os gostos, os saberes, as informações tudo está em qualquer lugar, em qualquer espaço. [...]. Está em qualquer lugar porque a velocidade de circulação

¹ FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica*: implicações e perspectivas. 1ª ed., São Paulo: Editora Malheiros Editores, 1996, p. 10-11.

² COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. Globalização e controle social na contemporaneidade. Questionando a legitimidade do direito penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2520, 26 maio 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14892>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

de bens, mesmo dos bens materiais – para não falarmos sequer dos chamados serviços –, desenvolveu-se exponencialmente¹.

Então, a globalização se refere àqueles processos, atuantes numa escala global, que atravessam fronteiras nacionais², integrando e conectando comunidades e organizações em novas combinações de espaço-tempo, tornando o mundo, em realidade e em experiência, mais interconectado. Ela implica um movimento de distanciamento da ideia sociológica clássica da sociedade como um sistema bem delimitado (*fechado*) e sua substituição por uma perspectiva que se concentra na forma como a vida social está ordenada ao longo do tempo e do espaço³.

Para o cidadão “globalizado” não há barreiras intransponíveis, pois, com a ideia de ligação do indivíduo e da sociedade através de um grande sistema de redes, abandonam-se definitivamente as ideias de estabilidade e determinismo⁴.

Note-se que o tempo e o espaço são as coordenadas básicas de todos os sistemas de representação. Todo meio de representação, seja a escrita, a pintura, o desenho, a fotografia, simbolização através da arte ou dos sistemas de telecomunicação, deve traduzir seu objeto em dimensões espaciais e temporais. Assim, a narrativa traduz os eventos numa sequência temporal de “começo-meio-fim”, e os sistemas visuais de representação traduzem objetos tridimensionais em duas dimensões.

Diferentes épocas culturais têm diferentes formas de combinar essas coordenadas espaço-tempo⁵. Podemos ver novas relações espaço-tempo sendo definidas em eventos tão diferentes quanto a teoria da relatividade de Einstein, as pinturas cubistas de Picasso e Braque, os trabalhos dos surrealistas e dos dadaístas, os experimentos com o tempo e a

¹ FARIA COSTA, José Francisco de. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: STDVDIA IVRIDICA – 73, Colloquia – 12, *Globalização e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 186.

² Segundo Alberto Silva Franco, o fenômeno da globalização “contém seu ponto fulcral na existência de um mercado mundial que não conhece fronteiras. O caráter transnacional do mercado não respeita o Estado-nação, condenado a um desmonte sistemático” (FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 238-239.).

³ GIDDENS, Anthony. *O mundo na era da globalização*. Tradução Saul Barata. 6 ed. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

⁴ ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Organizado por Michel Schröter. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 30 ss.

⁵ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006, p. 70.

narrativa nos romances de Marcel Proust e James Joyce, ou o uso de técnicas de montagem nos primeiros filmes de Vertov e Eisenstein¹.

Paradoxalmente, os lugares permanecem fixos e é neles que fixamos "raízes". Contudo, a globalização proporciona que o espaço possa ser "cruzado" num piscar de olhos – por avião à jato, por fax, por e-mail, por vídeo, por satélite –. David Harvey chama este fenômeno de "destruição do espaço através do tempo"².

Almeja-se, então, proporcionar uma explicação da realidade da vida social e da vida dos indivíduos desde uma perspectiva planetária, neste mundo sem fronteiras, por um lado interdependente e intercomunicado (apesar das distâncias físicas) e, por outro, independente dos povos, das etnias e das culturas de cada um dos operadores dos sistemas econômico, político e social³.

Eis a metáfora correspondente à intensificação das consequências das crises, da qual decorre uma natural diminuição das distâncias espaciais e temporais, ocasionando a remodelagem do que se entende por fronteiras e trazendo novas expectativas político-jurídicas, mormente no que diz respeito ao princípio da soberania, à caracterização e consagração dos direitos humanos e à manutenção da ordem pública internacional⁴.

7. O esvaziamento da soberania e da autonomia nacionais

A partir dos anos oitenta do século passado, a história passa a registrar ininterruptas transferências de capital, auxiliada continuamente pelo avanço tecnológico voltado à comunicação, concentrando grandes somas nas mãos de empresas transnacionais, e estas,

¹ HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11 ed. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2006, p. 70-71.

² HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity*. Londres: Basil Blackwell, p. 205.

³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009, p. 145-146.

⁴ CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Crise Econômica e Possíveis Perspectivas Jurídico-Sociais. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 343-358, Jul./Dez. 2009, p. 344. O autor aponta que a participação de Estados em organismos internacionais em busca de soluções comuns faz com que suas decisões políticas e mesmo as de iniciativa normativa sejam condicionadas, ou no mínimo balizadas, pelas deliberações dos demais membros das entidades. E, no caso de descumprimento dos atos bilaterais, multilaterais, acordos, tratados ou convenções, os meios de coerção disponíveis com o fim de repor a ordem jurídica lesada podem ser ativados.

passam de forma incontrolável, a influenciar as políticas nacionais nos países e povos onde se instalam.

Fronteiras deixam de existir, econômica e politicamente, resultando numa política globalizada, visualizando-se o trânsito livre de pessoas, capitais, serviços e mercadorias, com tendência à eliminação de barreiras alfandegárias internas e outros óbices impedientes ao livre comércio. O Estado acaba por diminuir seu poder de regulamentação, dependendo crescentemente de determinações supranacionais à aplicação de regras de mercado¹.

O esvaziamento da soberania e da autonomia nacionais na economia globalizada obrigou os Estados-nações a internacionalizar alguns direitos nacionais e a controlar a expansão de normas privadas no plano infranacional, pois as organizações empresariais, possuindo autonomia frente aos poderes públicos, passaram a criar as regras que necessitam de acordo com suas conveniências².

A la base de esto se encuentra la idea de que somos testigos (sujeto y objeto) de una fractura "dentro" de la modernidad, la cual se desprende de los contornos de la sociedad industrial clásica y acuña una nueva figura, a la que aquí llamamos "sociedad (industrial) del riesgo"³.

Os fatores primários de produção e troca (dinheiro, tecnologia, pessoas e bens), comportam-se cada vez mais à vontade num mundo acima das fronteiras nacionais. Com isso, é cada vez menor o poder que tem o Estado-nação de regular estes fluxos e impor sua autoridade sobre a Economia⁴. Juntamente com a expansão das empresas, corporações e conglomerados transnacionais, articulada com a nova divisão transnacional do trabalho e a

¹ FARIA COSTA, José Francisco de. (coord.) *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 257.

² PERUCHIN, Vitor Antônio Guazzelli. *O crime de evasão de divisas: dificuldades definitoriais e de controle*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 83.

³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós. 1998, p. 16.

⁴ HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 11. A tese marcante da obra é que a globalização e informatização dos mercados mundiais, desde o fim dos anos 60, levaram um declínio progressivo na soberania dos estados-nação e a emergência de uma nova forma de soberania, composta por séries de organismos nacionais e supranacionais unidos sobre uma única regra lógica de governo. Esta nova forma global de soberania é o que os autores chamam "Império". Esta mudança representa a "subordinação real da existência social pelo capital".

emergência das “cidades globais”, o Estado começa a ser obrigado a compartilhar ou aceitar decisões e diretrizes provenientes de centros de poder regionais e mundiais¹.

As relações de poder estariam deslocando, progressivamente, as instâncias primordiais de mando para níveis supra-nacionalizados de institucionalidade. Agências como FMI, BIRD, OMC, e outras tantas situadas no mesmo plano de articulação, passam a ser referências de coordenação do sistema global, preenchendo funções que cabiam tradicionalmente aos Estados nacionais².

Milton Santos observa que o discurso que propugna um Estado *mínimo* decorre da necessidade dos condutores da globalização de um Estado *flexível* a seus interesses. Não é que o Estado se ausente ou se torne menor; ele apenas se omite quanto ao interesse das populações, e se torna mais forte, mais ágil, mais presente, ao serviço da *economia dominante*³.

Com o nítido enfraquecimento regulatório do Estado-nação, este perde sua característica de Estado-providência e passa a cumprir uma função de contenção dos eventuais dissensos sociais que possam surgir neste contexto “explosivo”. Desenha-se no horizonte um “Estado de prevenção ou de segurança”. Uma vez o Estado ausente na função de prover as estruturas mínimas para o desenvolvimento harmônico da sociedade, esta clama por uma maior proteção.

O terreno é fértil para o surgimento de toda sorte de clamor social por uma maior intervenção estatal na área de segurança, terreno suficientemente adubado para o florescimento de um cenário repressor, utilizando-se, primordialmente, do Direito Penal como resposta⁴.

8. O Direito Penal global

¹ IANNI, Octavio. Globalização: Novo Paradigma das Ciências Sociais. *Revista Estudos Avançados*, Instituto de Estudos Avançados da USP, São Paulo, v. 8, n. 21, p. 147-163, 1994, p. 17

² MELLO, Alex Fiuza de. *Marx e a Globalização*. São Paulo: Boitempo, 1999, p. 253.

³ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000, p. 66.

⁴ FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 324.

Por possuir um enorme grau de diferenciação, a sociedade atual alcançou um nível inédito de integração e coesão¹. Afinal, o viver de cada cidadão é, cada vez mais, um viver como “cidadão do mundo”². No que diz respeito às normas, o que se percebeu na contemporaneidade foi uma expansão das condutas geradoras de riscos e uma resposta igualmente expansiva do Direito Penal³, ao invés de uma superação progressiva do Direito repressivo⁴.

A realidade jurídico-penal da globalização é a do pluralismo jurídico (*legal pluralism*)⁵ ou “interlegalidade”, uma multiplicidade de ordens jurídicas e da combinação entre elas, diante do que “Rather than being ordered by a single legal order, modern societies are ordered by a plurality of legal orders inter-related and socially distributed in different ways”⁶. Não interessa mais ao Direito a estática de um determinado ordenamento, e sim a dinâmica do processo de

¹ GIDDENS trata deste “estreitamento dos vínculos sociais” como reflexo da criação de espaços de difícil controle e monitoramento na vida social, por ele denominados de “sistemas abstratos” ou “sistemas peritos”, isto é, redes técnicas e de saber das quais todos dependemos nos dias atuais (bancos, provedores de internet, sistemas de informação diversos, etc.) e que são caracterizadas por se situarem em espaços geográficos diferentes daqueles ocupados por seus usuários e, ainda, por serem operados por “peritos”. Por conta da organização atual da sociedade, todos dependem da ação idônea destes “peritos” e podem, potencialmente, ser afetados pela sua ação ilícita, ou seja, as consequências das atitudes lesivas eventualmente cometidas por alguns destes profissionais terão resultados negativos em grande escala (GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 88 e ss.).

² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, PUCRS, v. 5, n. 1, p. 73-92, jan./jun. 2013, p. 75.

³ Há quem afirme, no entanto, que a globalização não contribui diretamente à expansão do Direito Penal, mas justamente o contrário. A globalização tende à desregulação de mercados e políticas e, com isso, tende a substituir o Direito Penal. A globalização produz um questionável intervencionismo estatal frente a sujeitos e modalidades de conduta que perturbam o funcionamento dos mercados globalizados como, por exemplo, a imigração ilegal de pessoas (VOGEL, Joachim. *Derecho Penal y Globalización*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 113).

⁴ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 13-14, ago. 2012.

⁵ Sobre a internacionalização do Direito Penal ver AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito Penal*; tradução notas e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

⁶ “Ao invés de ser ordenadas por uma única ordem jurídica, as sociedades modernas são ordenadas por uma pluralidade de ordens jurídicas inter-relacionados e socialmente distribuídas de maneiras diferentes.” (Tradução Livre) (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova Iorque: Routledge, 1998).

intercâmbio entre ordens de diferentes escalas, que se influenciam mutuamente e conduzem a novos agentes, formas, orientações e conteúdos da legislação penal. Silva Sánchez, ao dimensionar o fenômeno da globalização no Direito Penal, adverte que

A globalização política e cultural provoca, como indicado anteriormente, uma tendência no sentido de universalização do direito, também do Direito penal. [...] Vale dizer: a tendência no sentido da universalização e a maior homogenização cultural poderia expressar-se em uma maior restrição ou em uma expansão do Direito Penal. A globalização política está se manifestando, de momento, somente em intentos de proceder a uma aplicação extraterritorial de leis estatais, com o fim de desconsiderar as disposições de isenção ou extinção da responsabilidade penal ditadas pelos Estados em cujo território se cometeu o delito.¹

Não se pode mais negar a influência de determinados Estados sobre a legislação de outros, especialmente das pressões norte-americanas sobre outros países. Materialmente, a nova legislação frequentemente se refere a campos de criminalidade em que se percebe um perigo para o Estado, a economia e a sociedade².

Tem-se afirmado que a política criminal estadunidense é a mais influente em escala planetária. Nos EUA, surgiram as principais tendências em termos de Direito Penal das últimas décadas, como a criminalidade empresarial, o retorno ao retributivismo (*just desert*), o endurecimento das penas privativas de liberdade (*sentencing schemes*), o agravante por reincidência (*three strikes and you are out*) e a flexibilização da responsabilidade penal dos menores (*you do adult crime, you do adult time*). Na parte especial, a legislação norte-americana foi responsável pela concepção de diversos novos delitos concernentes ao Direito Penal Econômico, Direito Penal Informático, combate à criminalidade organizada, ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro, à corrupção, aos crimes sexuais e, principalmente, ao terrorismo.

Nos anos 90, o fim da Guerra Fria levou a um novo ambiente de segurança global, marcado pelo maior foco nas guerras internas do que nas guerras entre Estados. No início do século XXI surgiram novas ameaças globais. Os ataques de 11 de setembro de 2001 nos

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11, p. 102-103.

² VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 119.

Estados Unidos foram uma clara demonstração do desafio do terrorismo internacional, enquanto eventos posteriores aumentaram a preocupação com a proliferação de armas nucleares e os perigos de outras armas não convencionais. A exacerbação criminal catapultada pela globalização, comunicacionalmente (mais) afirmada pelo fenômeno terrorista consciencializou-nos para a desterritorialização do crime e da segurança¹.

Estas influencias se produzem no plano político², mediante contatos informais entre corpos de política, organismos de governo e políticas, mas também através de pressão diplomática aberta, através de tratados internacionais dos quais os EUA são signatários e, ultimamente, por meio de resoluções do Conselho de Segurança da ONU³. A propósito desta "internacionalização do Direito Penal", no sentido de unificação legislativa, Sotomayor Acosta afirma que

[...] en el contexto del mundo globalizado actual es innegable que las transformaciones que se producen en los países centrales tienen repercusiones en los países periféricos. Hoy un número cada vez más creciente de decisiones políticas (y por supuesto también político-criminales) se producen en los países centrales, desde donde se orientan o se imponen a los países periféricos, en consonancia con la concentración de poder político general y económico de los primeros. Esta situación está dando lugar al fenómeno de la internacionalización del Derecho penal, que se refleja sobre todo en la creciente tendencia a la unificación legislativa. Con ello no se quiere decir que ahora sí, en el

¹ Para VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, PUCRS, v. 5, n. 1, p. 73-92, jan./jun. 2013, p. 76, "A assumpção de que a criminalidade transnacional não tem local fixo quer nos factos quer nos efeitos é incrementada na lógica do terrorismo. Os actos terroristas praticados em Londres – 7 de julho de 2005 – não se esgotam nesta cidade: da preparação à execução existem vários locais e vários Estados da União Europeia e Estados terceiros. Este pensar aplica-se ao 11 de março de 2004: atentados de Atocha. Muito mais se aplica ao 11 de setembro de 2001: actos terroristas de nível transnacional".

² VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 118.

³ Um bom exemplo desta pressão internacional é a "Declaração sobre Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional" aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1995 (UNITED NATIONS. Measures To Eliminate International Terrorism, A/RES/49/60, 17 fev. 1995, Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60>. Acesso em 13 abr. 2013.)

contexto de la globalización, resulta legítimo trasladar tales doctrinas y debates, sin más, pues está claro en todo caso que aunque las normas pudieran tener formalmente la misma cara o al menos caras parecidas, los resultados de su implementación en uno y otro contexto serán siempre muy diferentes, pues dicha unificación legislativa tiene lugar a partir de realidades muy diferentes y unas relaciones de poder claramente desiguales entre los países¹.

Como antevisto, os riscos provenientes do mundo globalizado geram a expropriação do próprio Estado, o qual não tem recursos suficientes nem liberdade de manobra para suportar a pressão. Diante deste repentino descontrole gerado, dentre outros fatores, pelo aparecimento de novos riscos e agravamento dos já existentes, o Estado passou a utilizar-se do maior instrumento de repressão que possui – o Direito Penal –, com o objetivo de controlar os riscos provenientes da ação humana, através da coibição de comportamentos não necessariamente lesivos, porém que possam retratar um risco de lesividade iminente.

Torna-se extremamente difícil referenciar o Direito Penal com objetivos de política criminal, sem ter em conta a enorme complexidade no âmbito das ciências sociais, pelo que não é estranho que se opte por deixar de lado essas referências e se prefira voltar-se a construções dedutivas de feição kantiana ou hegeliana, ainda que isso se leve a cabo por meio da radicalização do pensamento sistêmico em Sociologia (Jakobs) ou da assunção direta da ética idealista (Köhler)².

A mundialização afetou a criminalidade tanto em sua extensão como em sua estrutura e forma de aparição. Para fazer frente à “criminalidade da globalização”, o sistema penal tem que adaptar-se aos novos tempos. Os efeitos da globalização na delinquência se refletem na Dogmática Penal, nos modelos funcionalistas, no Direito Penal Simbólico³ e no Direito Penal do Inimigo¹.

¹ SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto ¿El Derecho penal garantista en retirada? *Revista Penal*, Medellín, Colombia, n. 21, p. 148-164, jan./2008, p. 154.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, a. 3, n. 8, p. 71-96, 1999-2000, p. 78.

³ Para BECK, Francis Rafael. Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea: Da Crise do Modelo Liberal às Tendências de Antecipação da Punibilidade e Flexibilização das Garantias do Acusado. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras Consitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 263-264, os novos crimes, as penas majoradas, a flexibilização de garantias e princípios, os novos métodos de investigação (não raramente de questionável constitucionalidade) estão inseridos no discurso

Las leyes penales son uno de los medios preferidos del estado espectáculo y de sus operadores "showmen", en razón de que son baratas, de propaganda fácil y la opinión se engaña con suficiente frecuencia sobre su eficacia. Se trata de un recurso que otorga alto rédito político con bajo costo. De allí la reproducción de leyes penales, la descodificación, la irracionalidad legislativa y, sobre todo, la condena a todo el que dude de su eficacia².

Não há dúvidas de que o processo de globalização influencia também na extensão universal dos direitos humanos como valor fundamental do Estado liberal e das democracias ocidentais. Isso tem determinado que os sistemas penais de diferentes culturas e civilizações assimilem um âmbito comum de comportamentos humanos que se deseja proibir e castigar. Todavia, a transnacionalização dos direitos fundamentais e sua permeabilização nas distintas culturas e civilizações tem determinado uma nova compreensão dos mesmos, que não pode ser interpretada exclusivamente em sua visão original, mas deve ser contemplada frente a um consenso sobre suas principais bases, desde uma perspectiva intercultural³.

Nesse sentido, Christian Tomuschat vincula a extensão dos direitos humanos aos efeitos da globalização. Com efeito, o professor emérito de Direito Internacional Público da Universidade Humboldt de Berlim entende que, no mundo das modernas tecnologias e das comunicações internacionais sem fronteiras, nenhuma civilização pode exilar-se sem ser afetada por influências externas⁴, inclusive do Direito Internacional Penal.

de que "algo precisa ser feito", e não possuem um caráter "prático", como desejado por não poucos políticos, juristas e formadores de opinião (independentemente das consequências daí advindas).

¹ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009, p. 141.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en América Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 5, no 20, pp. 13-23, out./dez. 1997, pp. 19-20.

³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009, p. 199-200.

⁴ TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: Between Idealism and Realism*. Padstow, Reino Unido: Oxford University Press, 2003, p. 83.

A consequência dogmática desta alteração global é que o Direito Penal deixou de se orientar apenas pela legalidade, e passou a definir-se também pela constitucionalidade (Direito Penal Constitucional) e pelo sistema universal de direitos humanos. Tornou-se um lugar comum dizer que o Direito Penal é um “instrumento de efetivação dos direitos humanos”, mas isso tem sido levado à risca pela jurisprudência das Cortes Internacionais, quando “recomendam” que os juízes, em virtude de suas posições de “garantes” dos direitos humanos, passem a realizar um controle de legalidade (conformação com a lei), constitucionalidade (conformação com a Constituição), mas, sobretudo, de convencionalidade (conformação com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos) ¹.

O “Direito Penal da Globalização” revela uma pretensão social e política de valorar como merecedor de proteção bens jurídicos relevantes para a coexistência social. Nada obstante, existem dúvidas sobre a eficácia real da aplicação da lei penal em certos âmbitos, pois frequentemente se utiliza a elaboração de medidas punitivas como mero instrumento, conjuntural e político, para tranquilizar inquietudes, inseguranças e, até mesmo, a consciência de certo setor da população².

Impõe-se globalmente o Direito Penal simbólico como tendência à utilização de reformas penais como meio de frear o alarde social originado de determinados surtos de criminalidade (muitas vezes exagerados artificialmente pela mídia) ou como mecanismo para satisfazer as demandas de consciência de amplos setores sociais³.

As principais tendências de política criminal no contexto contemporâneo seriam a descriminalização dos chamados “crimes antiglobalização” (descaminho, evasão de divisas, etc.); globalização da política criminal, especialmente no que tange à criminalidade transnacional; globalização da cooperação policial e judicial, mediante tratados ou acordos de cooperação bilaterais ou multilaterais; globalização da justiça criminal, com a criação do Tribunal Penal Internacional pelo Tratado de Roma⁴.

¹ DISCIPLINA DIREITO PENAL EM PERSPECTIVA ministrada pelo Prof. Dr. Guillermo Yacobucci em 28 mai. 2013 no âmbito do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Porto Alegre.

² BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009, p. 177.

³ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009, p. 204-205.

⁴ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, A. O Direito Penal na Era da Globalização. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 19-22.

Já no que diz respeito às transformações do Direito Penal, fala-se em globalização dos crimes e dos criminosos, em razão das facilidades da globalização – livre circulação financeira, informatização – fazendo com que os crimes se globalizem (narcotráfico, tráfico de armas, de órgãos humanos, corrupção internacional); a globalização dos bens jurídicos, traduzindo a ideia da sociedade de risco, como a ecologia, genética, segurança nas comunicações; a globalização das vítimas, no sentido de que da vítima individual passou-se a ter a vítima coletiva, e, em alguns casos, a vítima planetária (como nos casos de delitos ambientais, vírus na informática, etc.); a globalização da explosão carcerária; a globalização da desformalização da justiça penal, reduzindo garantias penais e processuais, para que o sistema seja mais eficiente; a hipertrofia do Direito Penal, pela inflação legislativa¹.

10. Considerações finais: as consequências

É inegável que o Direito Penal globalizado afasta-se dos princípios jurídico-penais tradicionais, o que constitui uma dolorosa erosão da herança cultural ocidental. No desenvolvimento da globalização há fenômenos de adaptação e equiparação, perdendo-se parâmetros de direitos e peculiaridades de distintas culturas jurídicas².

Da mesma forma que as mudanças já mencionadas permitiram o crescimento econômico e social das nações, facilitaram também a internacionalização do crime, tornando obsoletos os mecanismos tradicionais para o seu enfrentamento. A legislação adjetiva e substantiva penal dos países e as regras de cooperação jurídica internacional não responderam imediatamente e, na mesma profundidade, a esse novo ambiente³.

[...] se todo o comportamento, quer individual, quer coletivo, está inexoravelmente determinado pelo fenômeno da globalização, então, os

¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, A. O Direito Penal na Era da Globalização. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 22-26.

² VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 113.

³ RODRIGUES, Antonio Gustavo. O COAF e as mudanças na lei 9.613/1998. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 14-15, ago. 2012. Segundo o autor, a resposta político-criminal internacional começou a surgir no final dos anos 80 do século passado, com a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Drogas (Convenção de Viena).

comportamentos criminais, também eles não podem deixar de ser determinados por essa mesma realidade”¹.

Constata-se, nesta linha, a dificuldade do Estado em conduzir sua Administração, nos mais variados aspectos. Isso fatalmente acaba refletindo sobre o Direito Penal, fazendo com que sua utilização como instrumento regulador não ofereça resposta condizente e eficaz aos anseios políticos, econômicos e sociais².

Então, este “Direito Penal da Globalização” caracteriza-se, em última análise, pela maximização da intervenção punitiva estatal. É um Direito Penal de feição “eficientista” ou “expansionista”, para o qual a defesa de uma “segurança interior” torna-se o foco central³.

Nada obstante, conquanto a criminalidade tem sido efetivamente modificada pela globalização, não se pode afirmar que isso resultou na criação de uma *criminalidade global*⁴. Possivelmente, a globalização tem modificado não só a realidade da criminalidade, mas a própria percepção de determinadas formas de criminalidade, que são consideradas um problema *global*, embora, por si mesmas, não tenham dimensão *global* (“*global concern over local crime*”) ⁵.

Já há algum tempo, graves violações de direitos humanos ou do Direito Internacional Humanitário são concebidas como um problema da comunidade de todos os povos. Afirma-se, com frequência, que são os crimes mais graves que a Humanidade conhece. Neste sentido, são colocadas como um problema *global* e julgadas por uma instituição *global* – o Tribunal Penal Internacional –, embora limitadas local e temporalmente.

¹ FARIA COSTA, José de. O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Editora RT, a. 9, v. 34, p. 09-25, abr./jun. 2001, p. 11.

² PERUCHIN, Vitor Antônio Guazzelli. *O crime de evasão de divisas: dificuldades definitoriais e de controle*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 101.

³ VELÁSQUEZ V., Fernando. Globalización y Derecho Penal. In: LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 185-208.

⁴ O termo seria incorreto para designar a nova criminalidade pelo simples fato de que um delito ser cometido em todas as partes (como, por exemplo, o furto) ou se transmitir pelas fronteiras estatais não o tornaria *global*.

⁵ VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 115.

A grande preocupação reside na conversão artificiosa de outros campos de criminalidade em “problemas globais”, quando, em realidade, não o são. Isso ocorre, por exemplo, com a escravidão, a pirataria, o tráfico de drogas e o terrorismo, quando são definidos como ataques à civilização ou a interesses comuns de todos os povos civilizados¹. É que, ao adjetivar um determinado crime como *global*, impõe-se o estigma de algo especialmente perigoso e nocivo, que não agride apenas a um indivíduo ou a um Estado, mas a todo o mundo.

Quanto ao controle penal, o mercado globalizado demonstra uma potencialização deste intervencionismo punitivo frente aos sujeitos ou comportamentos que estima desviantes². O Estado caminha para a criminalização total das mais variadas condutas, atingindo, notadamente, as camadas mais marginalizadas da população³.

O Direito Penal brasileiro, mais especificamente, com sua índole extremamente intervencionista, não denotando a área de significado da violência – confundindo-a com criminalidade e colocando-a como um desígnio a ser repellido com estratégias de combate, de forma a aplacar o sentimento individual e social de insegurança – tem sistematicamente acatado os preceitos da globalização, transmutando-se em um Direito Penal notadamente “promocional” e “simbólico”, de aparente, mas ilusória, “eficácia”⁴.

Ao combinar o adiantamento da tutela penal com a configuração de novos bens jurídicos e a flexibilização das estruturas e princípios do Direito Penal consubstanciados pelo Estado de Direito, o “Direito Penal da Globalização” acaba por ampliar demasiadamente o modelo de imputação amparado na ideia de dano ou lesão, criando, assim, um Direito preventivo simbólico, ineficaz e contraproducente, por falta de autoridade e legitimidade⁵.

¹ VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 116.

² TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *El Derecho Penal de la Globalización: Luces y sombras*. In: HERNÁNDEZ, Capella (Coord). *Transformaciones Del Derecho en la mundialización*, Madrid, 1999, p. 215.

³ Consequências derivadas do desemprego, da imigração, do êxodo rural e, nos chamados países ricos, de práticas de exclusão dos imigrantes procedentes das ex-colônias de países europeus, erigidos à condição de fatos criminosos.

⁴ DIX SILVA, Tadeu A., Globalização e Direito Penal Brasileiro: Acomodação ou Indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 23, p. 81-96, julho/setembro 1998.

⁵ BECK, Francis Rafael. Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea: Da Crise do Modelo Liberal às Tendências de Antecipação da Punibilidade e

Enfim, a par de ser um movimento irreversível, a globalização conduz a uma diminuição da importância da legislação penal e da política criminal do Estado e à consequente redução da soberania nacional, o que vai de encontro aos interesses sociais prementes, que acabam sobrepostos pela influência de algumas nações, organismos e grupos econômicos bem organizados e com capacidade de levar adiante seus interesses egoísticos, em prol de causas específicas.

Ao que se verifica, a par do estudo científico do fenômeno da globalização, tal como hoje se apresenta, é necessária uma reflexão que não apenas exalte seus atributos evolutivos, mas que também avalie seus aspectos negativos. Especialmente em relação às transformações causadas ao Direito Penal, é importante refletir até que ponto essa nova realidade tem ofuscado os objetivos primordiais da disciplina e relegado a um segundo plano o seu caráter de *ultima ratio* no controle social, afastando-se, assim, cada vez mais, do núcleo essencial de preservação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito Penal*; tradução notas e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*: lições de filosofia do direito e do Estado. Tradução Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Francis Rafael. Perspectivas de Controle do Crime Organizado na Sociedade Contemporânea: Da Crise do Modelo Liberal às Tendências de Antecipação da Punibilidade e Flexibilização das Garantias do Acusado. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras Consitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós. 1998.

BORDON, Giovana. *A fragilidade dos laços humanos*. Jornal Gazeta Mercantil. Encarte "Fim de Semana", de 31 de julho de 2004.

Flexibilização das Garantias do Acusado. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Leituras Consitucionais do Sistema Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 276.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Curso de Política Criminal*. 2 ed. Valência, Espanha: Tirant lo Blanch.

_____. Globalización y Concepciones del Derecho Penal. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, Espanha, USC, n. 29, p. 141-206, 2009.

Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 34, abr-jun, 2001.

CARDOSO, Fernando Henrique. Conferência no Seminário Brasil Século XXI - O Direito na Era da Globalização: Mercosul, Alca e União Europeia. Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2001.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. Globalização e controle social na contemporaneidade. Questionando a legitimidade do direito penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2520, 26 maio 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14892>>. Acesso em: 4 fev. 2013.

CUNHA, Danilo Fontenele Sampaio. Crise Econômica e Possíveis Perspectivas Jurídico-Sociais. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 10, p. 343-358, Jul./Dez. 2009.

DISCIPLINA DIREITO PENAL EM PERSPECTIVA ministrada pelo Prof. Dr. Guillermo Yacobucci em 28 mai. 2013 no âmbito do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da PUCRS, Porto Alegre.

DIX SILVA, Tadeu A., Globalização e Direito Penal Brasileiro: Acomodação ou Indiferença? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 23, p. 81-96, julho/setembro 1998.

ELIAS, Norbert. *A sociedade dos indivíduos*. Organizado por Michel Schröter. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

FARIA COSTA, José de. O fenômeno da globalização e o Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Editora RT, a. 9, v. 34, p. 09-25, abr./jun. 2001.

_____. (coord.) *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. A globalização e o direito penal (ou o tributo da consonância ao elogio da incompletude). In: STDVDIA IVRIDICA – 73, Colloquia – 12, *Globalização e direito*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. A globalização e o direito penal (ou tributo da consonância ao elogio da incompletude). *Revista de Estudos Criminais*, v. 2, n. 6, Porto Alegre, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas*. 1ª ed., São Paulo: Editora Malheiros Editores, 1996.

_____. *O direito na economia globalizada*. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GATES, Bill; MYHRVOLD, Nathan (colab.); RINEARSON, Peter (colab.). *Camino al futuro*. Tradução Francisco Ortiz Chaparro. Madrid: McGraw-Hill Interamericana, 1995.

GIDDENS, Anthony. *A constituição da sociedade*. Tradução Álvaro Cabral. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Admirável mundo novo: o novo contexto da política. In: MILIBAND, David (Org.). *Reinventando a Esquerda*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

_____. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

_____. **Mundo em descontrole**. Rio de Janeiro: Record, 2000.

_____. *O mundo na era da globalização*. Tradução Saul Barata. 6 ed. Lisboa: Editorial Presença, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na Era da Globalização*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Lavagem de dinheiro e advocacia: uma problemática das ações neutras. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 13-14, ago. 2012.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva e Guaracira Lopes Louro. 7 ed., Rio de Janeiro: Editora DP&A, 2003.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. *Império*. Rio de Janeiro: Record, 2001

HARVEY, David. *The Condition of Postmodernity*. Londres: Basil Blackwell, 1989.

IANNI, Octavio. Globalização: Novo Paradigma das Ciências Sociais. *Revista Estudos Avançados*, Instituto de Estudos Avançados da USP, São Paulo, v. 8, n. 21, p. 147-163, 1994.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS, Angel María. Aspectos más relevantes de la globalización económica. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, n. 5, p. 69-130, 2002.

MELLO, Alex Fiuza de. *Marx e a Globalização*. São Paulo: Boitempo, 1999.

PERUCHIN, Vitor Antônio Guazzelli. *O crime de evasão de divisas: dificuldades definitoriais e de controle*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira; VIEIRA, Vanderson Roberto. *A sociedade de risco e a dogmática penal*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

RODRIGUES, Antonio Gustavo. O COAF e as mudanças na lei 9.613/1998. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, n. 237, p. 14-15, ago. 2012.

SANDRONI, Paulo (org.). *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as ciências sociais*. 3ª ed., São Paulo: Editora Cortez, 2005.

_____. *Globalizations. Theory, Culture & Society*. Sage Publications, The TCS Centre, Nottingham Trent University, Nottingham, Inglaterra, v. 23, n. 2-3, p. 393-399, mai. 2006.

_____. *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nova Iorque: Routledge, 1998.

_____. *Os processos da globalização: A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus María. *A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto ¿El Derecho penal garantista en retirada? *Revista Penal*, Medellín, Colombia, n. 21, p. 148-164, jan./2008.

TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *El Derecho Penal de la Globalización: Luces y sombras*. In: HERNÁNDEZ, Capella (Coord). *Transformaciones Del Derecho en la mundialización*, Madrid, 1999.

TOMUSCHAT, Christian. *Human rights: Between Idealism and Realism*. Padstow, Reino Unido: Oxford University Press, 2003.

UNITED NATIONS. Measures To Eliminate International Terrorism, A/RES/49/60, 17 fev. 1995, Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/49/60>. Acesso em 13 abr. 2013.)

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Cooperação judiciária em matéria penal no âmbito do terrorismo. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, PUCRS, v. 5, n. 1, p. 73-92, jan./jun. 2013, p. 75.

VELÁSQUEZ V., Fernando. Globalización y Derecho Penal. In: LOSANO, Mario G./MUÑOZ CONDE, F. (Coords.). *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*. Valencia: Tirant lo Blanch. p. 185-208.

VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. In: CANCIO MELIÁ, Manuel (coord.). *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 9, p. 113-126, 2005, p. 114-115.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y sistema penal en America Latina: de la seguridad nacional a la urbana. A legislação brasileira em face do crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 5, no 20, pp. 13-23, out./dez. 1997, pp. 19-20.

_____. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal. *Direito e Cidadania*, Praia, Cabo Verde, a. 3, n. 8, p. 71-96, 1999-2000.

Doutrina

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL

JOSÉ CARLOS MARTINS DO NASCIMENTO

(Segundo Colocado no Concurso de Monografias por Jovens Advogados)

RESUMO

O presente estudo realiza uma análise detida dos institutos ligados à Governança Tributária no Brasil, principalmente no que importa a sua contribuição para a materialização/efetivação do Princípio da Segurança Jurídica. Avalia, ainda, como uma boa estrutura de Governança Tributária pode se revelar importante para a atividade empresarial, sobretudo, quando busca, por meio do *Compliance*, um eficiente planejamento tributário para as empresas.

Palavras-chave: Direito Tributário – Princípio da Segurança Jurídica – Governança Corporativa – Governança Tributária – Compliance.

ABSTRACT

This study conducts a detailed analysis of the Tax Governance related institutes in Brazil, especially in the matter contribution to the realization of the principle of legal certainty. Evaluates, even as a good structure Governança Tributária may prove important to the business activity, especially when searching through the Compliance, efficient tax planning for businesses.

Key Words: Tax Law – Principle of Legal Certainty – Governance Corporate – Tax Governance – Compliance.

Sumário: 1.INTRODUÇÃO - 2. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA 2.1 Da Segurança Jurídica 2.2 Do princípio da segurança jurídica em matéria tributária. 2.3. Principais tributos incidentes sobre o setor 3. IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM TRIBUTÁRIA PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL 3.1 Do conceito de Governança 3.2. Da Governança Corporativa 3.3 Da Governança Tributária 4. CONCLUSÃO – BIBLIOGRAFIA – ANEXO

1 INTRODUÇÃO

Já ressalta TORRES (2011), que em todos os ordenamentos jurídicos, nos dias que correm, a mais evidente constatação é que a insegurança assumiu patamares de indiscutível preocupação por todos os juristas, especialmente em matéria tributária, o que tem provocado graves afetações dos direitos fundamentais, sobretudo à igualdade e aos valores decorrentes da justiça.

Neste estudo, analisar-se-á detidamente os institutos ligados ao princípio da segurança jurídica em matéria tributária, objetivando identificar a sua importância para a atividade empresarial no Brasil, com destaque para a carga tributária no setor elétrico, por gerar reflexos para diversas outras atividades empresariais da cadeia produtiva.

Abordará, ainda, a Governança Tributária no Brasil, principalmente no que importa a sua contribuição para a efetivação da segurança jurídica.

Espera-se, ao final, contribuir com a indicação clara, de quais medidas foram importantes para favorecer a segurança jurídica e o desenvolvimento econômico do nosso País.

Tudo isto com o objetivo de contribuir efetivamente para a Governança Tributária, municiando-a de estudos jurídicos que lhe permita atingir seus objetivos, propiciando a justiça fiscal, o cumprimento do dever fundamental de pagar impostos, que bem administrados, podem gerar desenvolvimento nacional por meio da redução das desigualdades sociais.

2. DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

2.1 DA SEGURANÇA JURÍDICA

Preliminarmente à análise do que seria o princípio da segurança jurídica em matéria tributária, cumpre observar, os conceitos de princípio, e da segurança jurídica.

Para ÁVILA (2012, p. 203), os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Para BANDEIRA DE MELLO (2009, p. 53), "princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico." Sobre a violação de um princípio, o ilustre doutrinador ensina:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 53, grifos nossos)

Ensina SILVA (2006, p. 92) que princípios "são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] 'núcleos de condensações' nos quais confluem valores e bens constitucionais." Ao versar sobre a estabilidade dos direitos subjetivos, abordando a segurança das relações jurídicas, assevera que:

A segurança jurídica consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências jurídicas diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza de que os indivíduos têm (*sic*) de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída. (SILVA, 2006, p.433, grifo nosso).

Embora a Constituição Federal não traga um rol de princípios em matéria tributária, seu preâmbulo anuncia a instituição de um Estado Democrático que tem como valor supremo, dentre outros, a segurança, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (CR/88, preâmbulo, grifo nosso)

Nesse sentido, TORRES (2011, p. 28) destaca que “não há dúvida de que a segurança, enquanto princípio (direito positivo), veicula valores, e ela própria é também um valor, cuja preservação e garantias incumbe ao Estado, ainda que os cidadãos possam argui-la contra ações do próprio Estado”. O autor destaca ainda que, apesar do princípio da segurança jurídica estar fartamente consagrado na CR/88 como derivação de diversos outros princípios, somente à partir da EC 45/2004 o termo segurança jurídica foi alçado ao patamar constitucional. Na opinião do autor, reveladora é a redação do art. 2º da Lei 9.784/1999¹, ao prever a segurança jurídica como princípio da Administração Pública, a ser atendido no âmbito do procedimento e do processo administrativo, sem esquecer-se de mencionar que, em louvor da expectativa da legítima confiança segurança jurídica, cabe ao STF decidir até mesmo o momento a partir do qual as situações passam a suportar o ônus dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo², em atendimento ao disposto no art. 27 da Lei 9.869/1999³, *in verbis*:

¹ Lei 9.784/1999: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência”.

² Nesse sentido, Pedro Lenza, Direito Constitucional Esquematizado, p. 285.

³ Lei 9.868/1999: “Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Lei 9.868/1999: "Art. 27 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (grifo nosso)

SPAGNOL (2004) ressalta que não se pode iniciar a análise dos princípios tributários, enquanto balizas ao poder de tributar, de forma divorciada da compreensão do tributo no contexto de um Estado Democrático de Direito, um lápide da Constituição da República.¹

AMARO (2010) destaca que o princípio da certeza do direito, de que decorre o princípio da segurança jurídica, desdobra-se em diversos enunciados e se enlaça com outros lineamentos do nosso sistema jurídico² e ao versar sobre o princípio da legalidade tributária e tipicidade assevera que:

O princípio é informado pelos ideais de justiça e segurança jurídica , valores que poderiam ser solapados se à administração pública fosse permitido, livremente, decidir quando, como e de quem, cobrar tributos. Esse princípio é multissecular, tendo sido consagrado, na Inglaterra, na Magna Carta de 1215, do Rei João Sem Terra, a quem os barões ingleses impuseram a necessidade de prévia aprovação dos súditos para a cobrança de tributos (*no taxation without representation*). (AMARO, 2010, p. 133-134).

PAULSEN (2012), ao dissertar sobre a Segurança Jurídica destaca que:

Segurança é a qualidade daquilo que está livre de perigo, livre de risco, protegido, acautelado, garantido, do que se pode ter certeza ou, ainda, daquilo em que se pode ter confiança, convicção. O **Estado de Direito** constitui, por si só, uma referência de segurança. Esta se revela com detalhamento, ademais, em inúmeros dispositivos constitucionais, especialmente em **garantias que visam a proteger**, acautelar, garantir, livrar de risco e assegurar, prover certeza e confiança, resguardando as pessoas do arbítrio. A garantia e a determinação de

¹ Cf. Werther Botelho Spagnol. Curso de direito tributário. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. P. 98.

² Cf. Luciano Amaro. Direito tributário brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 133.

promoção da segurança revelam-se no plano deôntico (“dever ser”), implicitamente, como princípio da segurança jurídica. (PAULSEN, 2012, p. 70).

CARVALHO (2012) destaca que não há por que confundir a certeza do direito naquela acepção de índole sintática, com o cânone da segurança jurídica e assevera que:

Aquele é atributo essencial, sem o que não se produz enunciado normativo com sentido deôntico; este último é decorrência de fatores sistêmicos que utilizam o primeiro de modo racional e objetivo, mas dirigido à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações jurídicas, motivo por que dissemos que o princípio depende de fatores sistêmicos (CARVALHO 2012, p. 159, grifos nossos).

O autor ressalta que é desnecessário encarecer que a segurança das relações jurídicas é indissociável do valor justiça, e sua concretização é um objetivo continuamente perseguido pelos povos cultos.

2.2 DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

TORRES (2011, p. 18) destaca que “em matéria tributária, a legalidade e a constitucionalização de suas regras, por si só, as formas mais eloquentes de compromisso do Estado com a segurança jurídica.” Porém, o autor destaca que isso não basta, sendo necessário que o Estado disponibilize meios para conferir efetividade a tais preceitos, de onde resultaria o necessário desvelamento da implicitude material da segurança jurídica. O autor defende que numa Constituição de Estado Democrático de Direito, a segurança do sistema

tributário equivale à consolidação de todo o garantismo constitucional, motivo pelo qual, segundo ele, somente poderá ser delimitada a partir de um exame rigoroso da sua correlação com uma teoria do método jurídico, do sistema de direito positivo e com uma teoria dos princípios comprometida com valores.

Ao versar acerca da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário, TORRES (2011), destaca que:

A segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário deve propiciar elevado grau de confiança legítima não somente quanto à forma ou aos efeitos da legalidade, mas também quanto à substância dos critérios adotado para efetivação de outros princípios, imunidades, garantias e competências, inclusive aqueles pertinentes ao subsistema de justiça tributária (não discriminação, vedação de privilégios, capacidade contributiva, proteção ao mínimo vital, não confisco, entre outros). Nisso consiste o regime de segurança jurídica sistêmica inerente ao Estado Democrático de Direito aplicado à matéria tributária, um sistema de confiabilidade e efetividade de direitos e garantias dos contribuintes e do próprio Estado, a depender do tipo de relação jurídica constitucional instaurada (TAVEIRA TORRES, 2011, p. 34, grifo nosso)

Para PAULSEN (2012), o princípio da segurança jurídica constitui, ao mesmo tempo, um subprincípio¹ do princípio do Estado de Direito e um sobreprincípio² relativamente a princípios decorrentes que se prestam à afirmação de normas importantes para a efetivação da segurança.³ O autor afirma que todo o conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica se projeta na matéria tributária, e faz uma importante distinção que permite uma melhor identificação da potencialidade normativa do princípio da segurança jurídica, especificando os seguintes conteúdos:

- a) certeza do direito, ligado aos princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade - diz respeito ao conhecimento do direito vigente e aplicável aos casos, de modo que as pessoas possam orientar suas condutas conforme os efeitos

¹Subprincípio porque se extrai do princípio do Estado de Direito e o promove.

²Sobreprincípio porque dele derivam outros valores a serem promovidos na linha de desdobramento da sua concretização.

³ Cf. Leandro Paulsen, Curso de Direito Tributário Completo, 4ª edição, p. 70-72.

jurídicos estabelecidos, buscando determinado resultado jurídico ou evitando consequência indesejada. A compreensão das garantias dos artigos 150, I (legalidade estrita), 150, III, a (irretroatividade), b (anterioridade de exercício) e c (anterioridade nonagesimal mínima), e 195, § 6º (anterioridade nonagesimal das contribuições de seguridade social), da Constituição como realizadoras da certeza do direito no que diz respeito à instituição e à majoração de tributos permite que se perceba mais adequadamente o alcance de cada uma e o acréscimo de proteção que representam relativamente às garantias gerais da legalidade relativa (art. 5º, II, da CF), do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVIII, da CF);

- b) intangibilidade das posições jurídicas, ligado à proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito - pode ser vislumbrado, por exemplo, no que diz respeito à consideração da formalização de um parcelamento de dívida tributária como ato jurídico perfeito, a vincular o contribuinte e o ente tributante, gerando todos os efeitos previstos nas normas gerais de Direito Tributário, como a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, VI, do CTN) e o consequente direito a certidões negativas de débito (art. 206 do CTN). Já no caso das isenções onerosas, cumpridas as condições, surge para o contribuinte direito adquirido ao gozo do benefício pelo prazo previsto em lei, restando impedida a revogação ou modificação da isenção a qualquer tempo quando concedida por prazo certo e em função de determinadas condições (art. 178 do CTN). Nesses casos, inclusive, é aplicável a garantia estampada no art. 5º, XXXVI, da CF;
- c) estabilidade das situações jurídicas - ligado à decadência, prescrição extintiva e aquisitiva - evidencia-se nos arts. 150, § 4º, 173 e 174 do CTN, que estabelecem prazos decadenciais (para a constituição de créditos tributários) e prescricionais (para a exigência compulsória dos créditos), ambos quinquenais. Também há garantia de estabilidade no art. 168 do CTN, em combinação com o art. 3º da LC 118/04, que estabelece prazo quinquenal desta feita contra o contribuinte, dentro do qual deve exercer seu direito ao ressarcimento de indébito tributário por compensação ou pleitear a repetição;
- d) confiança no tráfego jurídico ou proteção à confiança do contribuinte - ligado à cláusula geral da boa-fé, teoria da aparência, princípio da confiança - fundamenta, por exemplo, o art. 100 do CTN, que estabelece que a observância das normas complementares das leis e dos decretos (atos normativos, decisões administrativas com eficácia normativa, práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e convênios entre os entes políticos) exclui a imposição de penalidades e a cobrança de juros de mora e inclusive a atualização do valor

monetária da base de cálculo do tributo. O art. 146 do CTN, igualmente, resguarda a confiança do contribuinte, mas quanto a mudanças nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa para fins de lançamento. Mesmo a título de proteção à boa-fé, tem-se, ainda, a proteção do contribuinte em casos de circulação de bens importados sem o pagamento dos tributos devidos. Em todos esses casos, assegura-se a confiança no tráfego jurídico;

- e) devido processo legal - relacionado ao direito à ampla defesa inclusive no processo administrativo, direito de acesso ao Judiciário e garantias específicas como o mandado de segurança - nota-se na ampla gama de instrumentos processuais colocados à disposição do contribuinte para o questionamento de créditos tributários, tanto na esfera administrativa, através, principalmente, do Decreto 70.235/72 (o chamado processo administrativo fiscal, que assegura direito à impugnação e recursos), como na esfera judicial, destacando-se a amplitude que se reconhece ao mandado de segurança em matéria tributária e os meios específicos para a dedução de direitos em juízo, como a ação anulatória prevista no art. 40 da LEF e as ações consignatória e de repetição de indébito tributário, disciplinadas, respectivamente, nos arts. 164 e 165 do CTN. Em se tratando de acesso à jurisdição, remédios e garantias processuais, impende considerar, ainda, que têm plena aplicação, também em matéria tributária, dentre outros, os incisos XXXV, LIV, LV, LVI, LXIX e LXX do art. 5º da Constituição. Evidencia-se, assim, a segurança jurídica enquanto devido processo legal e, mais particularmente, enquanto acesso à jurisdição.

Desta forma, concluímos que o princípio da segurança jurídica em matéria tributária é matéria de relevância ampla, seja para o contribuinte, que paga os tributos; seja para o Estado, que, dentro dos limites legais, cria, regulamenta, cobra, arrecada e aplica os tributos pagos pelo contribuinte; seja para o cidadão comum beneficiado (ou deveria ser) pela aplicação dos tributos recolhidos.

2.3. PRINCIPAIS TRIBUTOS INCIDENTES SOBRE O SETOR ELÉTRICO

Segundo dados do INSTITUTO ACENDE BRASIL, podemos classificar os tributos que incidem sobre o setor elétrico em três categorias principais:

- impostos e contribuições;
- encargos trabalhistas; e

- encargos setoriais.

A União dispõe de uma série de tributos que incidem sobre as empresas do setor elétrico. Dois tributos incidem sobre o lucro das empresas de energia elétrica: o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Sobre o Lucro Líquido (CSLL). A razão para a duplicidade de tributos, originados pelo mesmo fato gerador e com da mesma base de cálculo, são as regras de destinação dos recursos prescritas na Constituição Federal de 1988 (vide discussão na seção “3.3 A Constituição Federal de 1988 e o sistema tributário brasileiro”).

A União também arrecada recursos do setor elétrico por meio de três contribuições que incidem sobre o faturamento das empresas: o Programa de Integração Social (Pis), o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep) e a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (Cofins).

Outros tributos da União são o Imposto Territorial Rural (ITR), ainda de pouca relevância em termos de arrecadação. Destaca-se que, conforme entendimento sumulado do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural não incide sobre áreas alagadas para fins de constituição de reservatório de usinas hidroelétricas¹.

De todos os tributos, o mais importante em termos de participação na tarifa é o ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços. O ICMS incide sobre o valor de venda de energia elétrica e é de competência dos governos estaduais.

Os governos municipais dispõem de dois tributos e uma contribuição pela qual podem recolher recursos financeiros do governo municipal: o Imposto sobre Serviços (ISS), o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana (IPTU) e a Contribuição para o Custeio dos Serviços de Iluminação Pública (Cosip ou Cip)².

A tarifa de energia elétrica também é onerada pelos encargos trabalhistas, dos quais se destacam a Contribuição patronal ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), as contribuições ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e outros encargos sociais que incluem o Seguro Acidente de Trabalho (Sat), Salário Educação e o “Sistema S”³.

¹ Súmula 45, CARF.

² A Cosip é o tributo mais recente: foi instituída em 2002, pela Emenda Constitucional nº 39. Ela é cobrada dos consumidores pelas concessionárias e repassada aos municípios para o custeio da rede de iluminação pública.

³ Engloba o Serviço Social da Indústria (Sesi), Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Social do Transporte (Sest), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (Sebrae), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar), Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (Senat) e Serviço Social do Cooperativismo (Sescoop)

3. IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM TRIBUTÁRIA E DA GOVERNANÇA TRIBUTÁRIA PARA A ATIVIDADE EMPRESARIAL.

Esclarecido o conceito de princípio da segurança jurídica em matéria tributária, cumpre os ressaltar que pela íntima relação que identificamos entre o princípio da segurança jurídica em matéria tributária e a governança tributária como mecanismo de efetivação desse princípio, sobretudo na esfera empresarial, pelos motivos que elencaremos a seguir, nos dedicaremos desse ponto em diante ao estudo da Governança Tributária e sua importância para a atividade empresarial.

Dessa forma, preliminarmente, esclareceremos os conceitos de Governança e de Governança Corporativa - ao qual a Governança Tributária tem profunda ligação - para, a partir daí, detalhar o conceito de Governança Tributária e como uma boa estrutura de Governança Tributária pode se revelar importante para a sobrevivência e crescimento empresarial.

3.1 DO CONCEITO DE GOVERNANÇA.

Destaca GONÇALVES (2005), que a expressão governança não é um conceito jurídico, mas, oriunda de documentos oficiais do Banco Mundial do início da década de 90, fixou-se mais como uma expressão ligada mais à Ciência Política e às Relações Internacionais, o que não afasta seu estudo pelo Direito, *in verbis*:

Em primeiro lugar, deve ser destacado que governança não é um conceito jurídico. Originário, como visto, de documentos oficiais do Banco Mundial do início da década de 90, fixou-se mais como uma expressão ligada mais à Ciência Política e às Relações Internacionais. Ainda assim, ao Direito, como ciência social aplicada, interessa compreender e verificar a aplicabilidade do conceito à sua teoria e prática. Ora, os objetivos do Direito como ciência são regular os conflitos. Sua ação e funcionamento desenvolve-se dentro de um jogo de forças, sendo a norma um produto dessas disputas. (Gonçalves, 2005, p.7).

Segundo o Banco Mundial, a Governança é composta das tradições e instituições pelas quais a autoridade de um país é exercido. Isso inclui o processo pelo qual os governos são selecionados, monitorados e substituídos, a capacidade do governo de efetivamente formular e implementar políticas sólidas, e o respeito dos cidadãos e do Estado para as instituições que governam as interações econômicas e sociais entre eles.

Governance consists of the traditions and institutions by which authority in a country is exercised. This includes the process by which governments are selected, monitored and replaced; the capacity of the government to effectively formulate and implement sound policies; and the respect of citizens and the state for the institutions that govern economic and social interactions among them. (Banco Mundial, 2012)

O Banco Mundial criou os Indicadores de Governança Mundial (WGI) por meio do quais aponta indicadores de governança globais e individuais para 215 economias ao longo do período 1996-2011, para seis dimensões de governança:

- Voz e Responsabilização (*Voice and Accountability*) - capta a percepção de até que ponto os cidadãos de um país são capazes de participar na seleção de seu governo, bem como a liberdade de expressão, liberdade de associação, e uma mídia livre.
- Estabilidade Política e Ausência de Violência (*Political Stability and Absence of Violence*) - mede a percepção da probabilidade de que o governo vai ser desestabilizado ou derrubado por meios inconstitucionais ou violentos, incluindo violência política e o terrorismo.
- Eficácia Governamental (*Government Effectiveness*) - capta a percepção da qualidade dos serviços públicos, a qualidade do serviço público e do grau de sua independência das pressões políticas, a qualidade da formulação e implementação das políticas, e a credibilidade do compromisso do governo de tais políticas.
- Qualidade da Regulação (*Regulatory Quality*) - capta a percepção da capacidade do governo de formular e implementar políticas sólidas e regulamentos que permitam e promovam o desenvolvimento do setor privado.
- Estado de Direito (*Rule of Law*) - capta a percepção da extensão em que os agentes têm confiança e respeitam as regras de sociedade, e em particular a qualidade da execução dos contratos, direitos de propriedade, a polícia e os tribunais, bem como a probabilidade de crime e violência.

- Controle da Corrupção (*Control of Corruption*) - capta a percepção da extensão em que o poder público é exercido para ganho privado, incluindo as diferentes formas de corrupção, bem como a "captura" do Estado pelas elites e interesses privados.

É mister destacar a conclusão de GONÇALVES, segundo o qual:

A governança não é ação isolada da sociedade civil buscando maiores espaços de participação e influência. Ao contrário, o conceito compreende a ação conjunta de Estado e sociedade na busca de soluções e resultados para problemas comuns. Mas é inegável que o surgimento dos atores não-estatais é central para o desenvolvimento da idéia e da prática da governança.

Para o Direito, a governança tem a ver com a presença crescente desses atores no cenário político e social. Trata-se de estabelecer regras e normas para sua participação, ainda que não com formalização institucional estrita. (GONÇALVES, 2005, p.14)

Assim, em apertada síntese e à luz dos mencionados documentos do Banco Mundial, concluímos que o conceito de governança compreende a ação conjunta de Estado e sociedade na busca de soluções e resultados para problemas comuns.

3.2. DA GOVERNANÇA CORPORATIVA.

GONÇALVES ressalta que um dos sérios problemas da análise científica é a imprecisão dos conceitos, e sobre a utilização da palavra Governança assevera:

Com a palavra governança parece estar acontecendo um movimento de uso amplo da expressão, sem que sua utilização esteja cercada do cuidado analítico que requer. É preciso, portanto, precisar o seu significado no contexto em que é aplicado. Além disso, vale a pena destacar que governança tem aplicação em variados campos, com sentidos diferentes. (GONÇALVES, 2005, p.2)

Assim, destacamos que o conceito de governança foi amplamente difundido, e como não podia deixar de ser, também foi internalizado no ambiente Corporativo, ligado ao Direito de Negócios, com as suas peculiaridades.

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), por meio do Código das Melhores Práticas da Governança Corporativa, assim a definiu:

Governança Corporativa é o sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, Conselho de Administração, Diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de Governança Corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso a recursos e contribuindo para sua longevidade.(IBGC, 2010, p. 19)

Segundo ANDRADE e ROSSETTI (2006, p.143), existem princípios éticos inegociáveis, que traduzem os princípios a que deve atender a alta gestão das companhias. Por serem considerados universais, estes princípios estão presentes em todos os códigos de boa governança editados em todas as partes do mundo. São os quatro pilares clássicos da governança corporativa:

- Equidade (*Fairness*): Senso de justiça, equidade no tratamento dos acionistas;
- Transparência (*Disclosure*): Transparência das informações, especialmente das de alta relevância, que impactam os negócios e que envolvem resultados, oportunidades e riscos.
- Prestação de contas (*Accountability*): Prestação responsável de contas, fundamentada nas melhores práticas contábeis e de auditoria;
- Responsabilidade Corporativa (*Compliance*): Conformidade no cumprimento de normas reguladoras, expressas nos estatutos sociais, nos regimes internos e nas instituições legais do país.

Assim, concluímos que conceitualmente, a governança corporativa surgiu como forma de promover a melhor administração, decorrente da separação entre a propriedade e a gestão empresarial. A proposta da governança corporativa é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com os interesses dos acionistas.

3.3 DA GOVERNANÇA TRIBUTÁRIA.

Para MARTINEZ (2012), o advogado sempre foi visto como aquele profissional frequentador de fóruns, que patrocinava o interesse de seu cliente em demandas jurisdicionais. A grande maioria dos escritórios localizava-se nas regiões centrais das cidades, justamente pela conveniência da proximidade em relação aos órgãos públicos em que se estaria atuando diariamente. O autor defende que o mundo mudou profundamente e o advogado ainda não deve mais possuir a postura estritamente de litigante processual de outrora. Ao versar sobre o chamado “novo advogado empresarial”, ele defende que este profissional deve possuir habilidades complementares, mais abrangentes, de forma a atender às reais expectativas de seus clientes e propiciar-lhes melhores resultados.

No nosso entendimento, a capacidade de tratar com a Governança Tributária¹ é uma dessas habilidades requeridas para o novo advogado empresarial. Mas o que seria Governança Tributária?

Para FERREIRA (2011), a Governança Tributária ainda é um conceito em desenvolvimento. Contudo, pode-se dizer que ela diz respeito, de maneira genérica, ao sistema através do qual as empresas (de qualquer porte) são dirigidas, eficazmente, frente à tributação a que estão expostas e visa à coordenação e elaboração de estratégias, além do controle e revisão dos encargos tributários. Em apertada síntese, seria um instrumento de prevenção, de antecipação a eventuais fiscalizações e autuações do fisco.

Segundo AMARAL (2011), Governança Tributária compreende a implementação de uma política corporativa saudável e consistente, adequada à legítima maximização de resultados, à identificação e quantificação de riscos tributários. Além disso, busca o estabelecimento de métodos eficientes para gerenciamento e controle de todos os aspectos tributários do negócio e do fornecimento de informações claras, objetivas e confiáveis aos administradores, investidores e público em geral.

Para a Consultoria TREVISAN², os objetivos fundamentais de uma estrutura de Governança Tributária são: manter o crescimento dos negócios e melhorar a rentabilidade por meio da redução da carga tributária e dos riscos fiscais, bem como promover as capacitações necessárias para entender as demandas regulatórias. Uma estrutura de Governança Tributária adequada permite à empresa: (i) formular uma estratégia tributária; (ii) monitorar o

¹ Do inglês, *Tax Governance*.

² Disponível em <http://www.trevisanconsult.com.br/PDF/gt.pdf> , acessado em 21.02.2012

planejamento tributário; (iii) gerenciar os riscos tributários; (iv) formular e acompanhar indicadores de desempenho; (v) garantir o cumprimento das obrigações acessórias; (vi) assegurar o grau de certeza das informações tributárias; e, (vii) minimizar o custo reputacional da gestão tributária.

AMARAL (2011), ao explicar a origem histórica da Governança Tributária lembra que ela ganhou espaço com o desenvolvimento da Governança Corporativa, após os escândalos envolvendo os departamentos fiscais das norte-americanas Enron e WorldCom entre outubro de 2001 e março de 2002 (vide ANEXO 01)¹. Destaca que, assim como na Governança Corporativa, a Governança Tributária visa à transparência das informações fornecidas aos acionistas e ao mercado, com a distinção de ter como foco informações tributárias, nelas incluídas as contábeis e as fiscais.

AMARAL (2008) destaca que, a boa governança tributária, além de ser um princípio em si, deve ser praticada seguindo-se os princípios gerais aplicáveis à governança corporativa, e também alguns outros princípios que lhe são específicos, e elenca, tais como moralidade e ética nos negócios, legalidade, *Compliance*, preservar a reputação da empresa e de seus administradores, lucratividade²: Em função da pertinência temática, reproduzimos os princípios da legalidade e do *Compliance*, *in verbis*:

LEGALIDADE: a empresa deve ser gerida de forma a sempre obedecer as leis tributárias, incluindo-se aí as normas infra-legais e as leis de outros ramos do direito que tenham influência nas questões tributárias (como, por exemplo, leis criminais, societárias, trabalhistas, contábeis etc). Deve ser dada especial atenção para a lei que regula os crimes contra a ordem tributária e as normas acerca de fraude, sonegação e conluio na esfera tributária, as quais atingem diretamente os representantes legais das empresas e, muitas vezes, administradores, sócios, acionistas e até auditores independentes e contadores. No Brasil, com o crescimento da atribuição, por parte do fisco, da responsabilidade por infrações tributárias aos representantes, gerentes e diretores da empresa, não apenas os bens das sociedades são atingidos pelo inadimplemento das obrigações tributárias, mas também, cada vez mais, o patrimônio dos seus representantes legais. Ademais, mesmo que indevidamente, o fisco tem buscado – e, muitas vezes, conseguido – aplicar a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica em

¹ Um quadro detalhado dos escândalos ocorridos nesta época, foi publicado por ROSSETTI, José Paschoal et al. FINANÇAS CORPORATIVAS: Teoria e prática Empresarial no Brasil. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 528

² Do inglês, *commerciality*.

matéria tributária para atingir diretamente o patrimônio dos sócios, nas hipóteses de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pela confusão patrimonial e pelo desvio de finalidade.

COMPLIANCE: a empresa deve ser gerida de forma a sempre cumprir com todas as obrigações tributárias, principais e acessórias. Os negócios da sociedade, bem como seus resultados, devem obedecer aos padrões regulatórios geralmente aceitos. O Conselho de Administração ou os administradores devem obedecer a toda a legislação societária, de modo que os resultados da empresa sejam transparentes e representem a sua verdadeira situação financeira. Devem ser seguidos os manuais contábeis mais usualmente aceitos para a elaboração e apresentação das demonstrações financeiras. Além do IRFS, para as empresas multinacionais ou internacionais, também é importante observar os manuais contábeis fiscais internacionais (como, por exemplo, US GAAP, FASB – “Financial Accounting Standards board” – Statement n. 109 e suas interpretações relativas à contabilidade do imposto de renda). Alguns manuais de governança corporativa também são de observância elementar, como “O guia da OCDE para empresas multinacionais” (OECD’S Guidelines for Multinational Enterprises), que apresenta disposições interessantes no que se refere à tributação (04) e, como já visto, o US Sarbanes-Oxley Act of 2002, que dispõe de regras importantes relativas a aspectos tributários (AMARAL, 2008, grifos nossos).

A autora propõe que, a fim de colocar os princípios que regem a Governança Tributária em prática, sejam adotadas pelas empresas as seguintes medidas: (i) cumprimento das obrigações acessórias; (ii) conduta de planejamento tributário; (iii) conduta de gerenciamento de riscos tributários; (iv) relacionamento com as autoridades fiscais; (v) relacionamento com o governo; (vi) relacionamento com sócios, acionistas, imprensa e lobistas; (vii) relacionamento da empresa com seu grupo; (viii) participação em fóruns de discussão e debates acerca de questões tributárias; e, (ix) decisão acerca do nível de divulgação dessas políticas fiscais cabe aos administradores da empresa.

Ao concluir o seu artigo a autora destaca que:

A governança tributária, como pôde ser verificado, adquire relevância não apenas nas grandes corporações, como também em sociedades menores mas que já possuam uma certa repartição de atribuições entre

seus órgãos internos. Isso porque seu grande objetivo é transmitir transparência fiscal tanto aos departamentos que nem sempre se encontram a par das estratégias relativas à tributação da empresa — como é o caso, muitas vezes, do Conselho de Administração/administradores — quanto às demais partes interessadas na solidez e sucesso do negócio. Transparência fiscal, por sua vez, somente se coloca possível quando a empresa se dispõe a agir com ética e moral na condução de suas atividades (AMARAL, 2008, grifos nossos).

Ao manifestar-se sobre a importância da Governança Tributária, Douglas Yamashita (2005) afirma que:

Não há dúvidas de que os tributos representam um dos maiores riscos da atividade empresarial, de modo que sua gestão deve ser especialmente considerada na Governança Corporativa pela aplicação dos princípios de transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*) e responsabilidade corporativa. Assim, na formulação do legítimo planejamento tributário é indispensável a Governança Tributária considerando todos os aspectos da questão, sob as perspectivas legal, fiscal, contábil, financeira e econômica, à luz da experiência doméstica e internacional, a fim de minimizar riscos e potencializar a legítima econômica tributária, segundo elevados parâmetros éticos e em plena conformidade à letra e ao espírito da legislação aplicável. (Yamashita apud Ainsworth, Amaral, 2005)

Por todo o exposto, pode-se concluir que o tema faz parte da Governança Corporativa e almeja maximizar o valor da empresa no mercado com ênfase na transparência, prestação de contas e melhores práticas.

Corroboramos com o entendimento exarado, haja vista que, indubitavelmente, os tributos representam severo risco à atividade empresarial, de modo que sua gestão ineficaz pode comprometer a sustentabilidade dos negócios, assim, deve ser especialmente considerada na Governança Corporativa, e igualmente pela Governança Tributária, pela aplicação dos princípios de transparência, equidade, prestação de contas (*accountability*) e *Compliance*.

4 CONCLUSÃO

O Princípio da segurança jurídica em matéria tributária é tema de elevada relevância para o ordenamento jurídico do nosso País, de forma especial para o ambiente corporativo e empresarial. Entretanto, por diversas vezes, parece residir num ambiente de abstração, o que faz com que sua concretude seja de difícil percepção.

No campo tributário, a Governança Tributária traz relativa materialização, concretude a este princípio, uma vez que, através de uma de suas funções, o *Compliance*, tem por objetivo, garantir o cumprimento dos requisitos legais aplicáveis ao negócio. Assim, ao buscar a conformidade com a Lei, a Governança Tributária colabora com a materialização do princípio da segurança jurídica, com ganhos para toda a coletividade.

Por fim, ressaltamos que uma boa estrutura de Governança Tributária busca articular os departamentos jurídicos, fiscal, contábil, financeira e regulatórios das Empresas, de forma minimizar riscos e potencializar a legítima econômica tributária, segundo elevados parâmetros éticos e em *compliance* à letra e ao espírito da legislação aplicável aos negócios, para que, cumpram, de forma justa, o dever fundamental de pagar impostos, que bem administrados, podem gerar desenvolvimento nacional por meio da redução das desigualdades sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AINSWORTH, Richard, AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. Governança Tributária e Sarbanes-Oxley (SOX). Disponível em < http://www.recall-ledger.com.br/arq_download/Governança%20Tributária%20e%20Sarbanes-Oxley.pdf > acesso em: 15 fev.2014.

AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. AMARAL, Gilberto Luiz do. Governança Tributária: princípios e prática, 2008. Disponível em: <<http://amaraleassociados.com/artigoMostra2.php?id=14&PHPSESSID=d3ed55497f2c543ee3ee96ca1a669ced> > acesso em: 05 fev.2014.

AMARAL, Letícia Mary Fernandes do. AMARAL, Gilberto Luiz do. Governança Tributária na prática. **Revista Governança Tributária**, p. 10-13, jun/2011. Disponível em < <http://www.governancatributaria.com.br/>> acesso em: 09 fev.2014.

ANDRADE, Adriana. ROSSETTI, José Paschoal. **GOVERNANÇA CORPORATIVA: Fundamentos, Desenvolvimento e Tendências**. 2.ed. Atualizada e Ampliada. São Paulo: Atlas, 2006.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANCO MUNDIAL - Worldwide Governance Indicators. Disponível em < <http://search.worldbank.org/all?qterm=Worldwide+Governance+Indicators>>, acesso em: 01 fev. 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 24. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

FERREIRA, Marcelo José Ferraz. **Governança tributária. Já pensou nisso ?** 24 mai. 2011. Disponível em < <http://exame.abril.com.br/rede-de-blogs/advogado-corporativo/2011/05/24/governanca-tributaria/>> acesso em 21 fev. 2014.

GONÇALVES, A. F. . O Conceito de Governança. In: XIV Congresso Nacional CONPEDI, 2005, Fortaleza. XIV Conpedi 2005, 2005. Disponível em:< <http://conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/078.pdf> > Acesso em 27/02/2014.

INSTITUTO ACENDE BRASIL. **TRIBUTOS E ENCARGOS NA CONTA DE LUZ:**

pela transparência e eficiência, Disponível em: <http://www.acendebrasil.com.br/media/estudos/2010_WhitePaper_02_AcendeBrasil_Rev2.pdf>
> Acesso em: 27 fev. 2014.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 4ª.ed. São Paulo, 2010. Disponível em <<http://www.ibgc.org.br/CodigoMelhoresPraticas.aspx>> , acessado em 26/02/2014.

MARTINEZ, Rodrigo Reis Bella. **O novo advogado empresarial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3149, 14 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21079>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROSSETTI, José Paschoal *et al.* **FINANÇAS CORPORATIVAS**: Teoria e prática Empresarial no Brasil. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de direito tributário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito Constitucional Positivo e Segurança Jurídica**: Metodica da Segurança Jurídica do Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

ANEXO 01

Caso	Histórico do problema	Valor	Ano
Barings Bank (1762-1995)	O Barings foi um banco inglês, bicentenário, responsável pela guarda e custódia da Coroa britânica. Sua base em Cingapura tinha forte operação em bolsa de valores e operações de tesouraria, capitaneadas pelo então gerente de operações Nicholas Leeson, um jovem de 28 anos. Em 1995, esse operador praticou operações de compra em valores expressivos do índice Nikkei, que caiu acentuadamente no período. Como forma de reverter as perdas geradas, aumentou sua posição após a queda das cotações do índice, que continuou em declínio de forma intensa. O banco não tinha valores suficientes para cobertura das posições e foi vendido ao ING, banco holandês, por 1 libra esterlina.	US\$ 1,4 bilhão	1995
O Fundo LTCM (Long Term Capital Management)	O fundo LTCM tinha em sua fundação e gestão dois ganhadores do Prêmio Nobel: Myro Scholes, um dos criadores do modelo de Black & Schles para apreçamento de opções, e Robert Merton. Em função do elevado renome acadêmico que balizava suas operações, conseguiu atrair vultosos investimentos. Operava na venda de títulos públicos federais americanos, <i>T-Bills</i> , com remunerações mais baixas, e comprava títulos públicos estaduais, menos líquidos e que pagavam remunerações mais altas. Na crise da Rússia foi obrigado a ir a mercado para liquidação de suas operações vendidas em averto, dada a elevada procura por ativos que trouxessem menor risco de mercado, as <i>T-Bills</i> . O fundo não tinha como honrar suas operações, dado seu elevado nível de alavancagem (250/1, sendo incorporado por instituições financeiras participantes como Citigroup, Merrill Lynch, Goldman Sachs, UBS, JP Morgan, dentre outros.	US\$ 4,6 bilhões	1998

WordCom	A Wordcom, empresa do ramo de telecomunicações, praticou fraude contábil, registrando despesas operacionais como investimentos, ao longo de 5 trimestres, com vistas a apresentar melhores margens, fato que contribuía de forma relevante para sua avaliação de preço justo junto ao mercado.	US\$ 3,8 bilhões	2002
Enron	A gigante americana de energia pediu concordata em dezembro de 2001, após reconhecer práticas contábeis que inflaram o volume de negócios, camuflando sua elevada dívida.	US\$ 22 bilhões	2001

Quadro 01 – exemplos de desastres e escândalos financeiros, Finanças Corporativas, Rossetti *et al*, 2008, p.528.

O DEBATE ENTRE HART E FULLER: UMA CONTROVÉRSIA ENVOLVENDO VEÍCULOS NO PARQUE

GUILHERME VILLELA DE VIANA BANDEIRA

(Terceiro Colocado no Concurso de Monografias por Jovens Advogados)

RESUMO

Um debate ocorrido em 1958 na *Harvard Law Review* tornou-se um dos marcos para a filosofia do direito contemporânea. Ainda sob o impacto filosófico e moral da Segunda Guerra Mundial, Herbert L. A. Hart publicou sua versão do positivismo jurídico com o artigo intitulado *Positivism and the Separation of Law and Morals*. A resposta veio de Lon Fuller no artigo chamado *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*. Grande parte do debate se deu a partir de um exemplo aparentemente prosaico: uma regra que proíba veículos dentro de um parque. Com este exemplo, Hart argumentava que regras possuem um núcleo duro de significação, mas este núcleo duro estaria rodeado por uma zona de penumbra de incerteza em sua aplicação. Fuller, por sua vez, utiliza um contra-exemplo para insistir que a linguagem jurídica, por ela mesma, não pode determinar um resultado certo: é necessário analisar os propósitos a que o direito se dirige. Este trabalho analisa este debate partindo de seus três aspectos mais importantes: i) a relação entre a filosofia do direito e a filosofia da linguagem; ii) a possibilidade da interpretação jurídica; iii) e os diferentes pontos de vista possíveis para a análise do direito. Acreditamos que o estudo destes três aspectos lança luz sobre os problemas que encontramos na filosofia do direito contemporânea, principalmente no que diz respeito às teorias da argumentação jurídica em seus pontos de contato com a linguagem e a interpretação jurídica.

ABSTRACT

A debate occurred in 1958 at the *Harvard Law Review* has become a landmark for contemporary philosophy of law. Still under the philosophical and moral impact of the Second World War, Herbert L. A. Hart published his version of legal positivism within the article entitled *Positivism and the Separation of Law and Moral*. The answer came from Lon Fuller's *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Prof. Hart*. Much of the debate took place over a seemingly prosaic example: a rule prohibiting vehicles from a park. With this example, Hart argued that rules have a core of clear applications, but this core meaning would be surrounded by a penumbra of uncertainty. Fuller uses a counter-example to insist that legal language, by itself, cannot determine a certain outcome: it is necessary to understand the purpose for which the rule was supposed to serve. This paper analyses this controversy from its most important features: i) the connection between legal philosophy and philosophy of language; ii) the possibility of legal interpretation; iii) and the different possible points of view for the analysis of law. This paper argues that the study of these features sheds light on the problems we encounter in contemporary philosophy of law, especially with regard to theories of legal argumentation and its relation with legal language and legal interpretation.

SUMÁRIO

1. Introdução. - 2. Núcleo Duro e Zona de Penumbra em Hart 3. Análise e Refutação de Fuller 4. Filosofia do Direito ou Filosofia da Linguagem? 5. A Possibilidade da Interpretação Jurídica 6. Diferentes Pontos de Vista 7. Conclusão 8. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

No dia 15 de julho de 2011 foi publicado no caderno *Cotidiano* do jornal *A Folha de São Paulo* o artigo intitulado "Advogadas divergem sobre consequências da lei". O tema em debate é a recente mudança no Código Civil brasileiro que permite a usucapião do imóvel por quem permaneceu no lar após o abandono, por dois anos, do ex-cônjuge ou ex-companheiro¹. O defensor público Ricardo Rascoviski, consultado pelo jornal, parece conhecer bem qual foi intenção do legislador quando elaborou esta norma: "Isso é comum em São Paulo. A pessoa vem do Nordeste, se separa, volta pra lá e desaparece. O problema é que o juiz só partilhava o imóvel do casal e não permitia o [sic] usucapião". Com esta intenção – a de acabar com a injustiça de possuir sozinho o imóvel por mais de dois anos e não ter o título de propriedade – o legislador criou esta nova modalidade de usucapião.

Porém, o problema não é tão simples. A professora Maria Berenice Dias, também consultada pelo jornal, pôde antever um contexto que talvez tenha passado despercebido pelo legislador e, por isso, conclui que "a 'boa intenção' do legislador que fez as mudanças no Código Civil acabou em 'desastre'". "Estamos trazendo uma coisa que já foi superada - ter de provar a culpa na separação. Tem muita mulher que sai de casa de tanto que apanhou. E tem homem que deixava a mulher no imóvel que agora vai pensar duas vezes em sair", diz a professora. Seus argumentos fazem sentido: se o/a cônjuge ou companheiro(a) sai do imóvel *porque* não suportava mais a convivência ou *porque* sua vida estava em risco, será justo que ele ou ela perca o imóvel por abandoná-lo? Neste caso, não estaria o agressor se beneficiando de sua própria torpeza, agredindo e ao mesmo tempo sendo o legítimo proprietário do imóvel da vítima? Podemos, além do exemplo citado pela professora, pensar em inúmeras outras situações: aquele que não possui mais a posse direta do imóvel pode ainda continuar a estabelecer relações econômicas e jurídicas com ele, como o pagamento do condomínio,

¹ A redação do artigo é a seguinte: Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

recebendo notificações extrajudiciais ou tentando vendê-lo. Diante de tais problemas, qual seria correta interpretação para esta mudança legislativa: aplicar literalmente a norma, desconsiderando seu propósito e o contexto subjacente ao caso apresentado ou utilizaríamos o princípio universal do *nemo turpitudinem suam allegare potest* e passamos a discutir novamente a culpa nos casos de separação?

Neste mesmo jornal, no dia 31 de maio de 2011, em um interessante e breve artigo, Conrado Hübner Mendes analisa a polêmica decisão – seis votos a favor e cinco contra – do Supremo Tribunal Federal de não aplicar da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010. Comentando a percepção de uma jornalista diante da decisão, diz: “Eliane Cantanhêde entendeu que a decisão representava a ‘vitória da lei, da experiência e da técnica jurídica sobre o apelo fácil da demagogia’. Para ela, o grupo dos seis ministros não teria se curvado, tal como os outros cinco, ao ‘clamor popular e do aplauso fácil’. Teria tido a ‘coragem de enfrentar as câmeras e as críticas’”. Segundo ele, a visão da jornalista evoca um mito tão antigo e universal quanto persistente sobre o Estado de Direito. Este mito não passaria de um mal-entendido, pois afirma que a adjudicação seria uma tarefa mecânica e certa, requerendo somente técnica jurídica e a repulsa a inclinações fáceis. “Virtude e preparo técnico, assim, seriam suficientes para que a ‘verdadeira resposta’ seja descoberta nas entrelinhas do texto legal, sem interferência da vontade”. Sua visão é enfática ao denunciar a ingenuidade da jornalista que pensa no juiz apenas como a boca da lei. No julgamento da Lei da Ficha Limpa “não foi o bem que venceu o mal, nem a técnica jurídica que prevaleceu sobre o casuismo medroso, populista ou intolerante. A ‘letra da lei’, em ambos os casos, não é tão óbvia. Ao contrário, ela acaba de ser (e continuará a ser) escrita pelo próprio tribunal, por mais curioso que isso possa parecer.”

No dia 19 de junho de 2011, ainda no jornal de maior circulação do Brasil, foi publicada uma outra controvérsia jurídica. O artigo “Rio estuda proibir casas de pôquer” mostra o impasse com o qual o Secretário de Segurança Pública do Rio, José Mariano Beltrame, se deparou. Ele não sabe se, para o direito brasileiro, pôquer é uma modalidade esportiva ou se é um jogo de azar. Se for jogo, as casas de pôquer do Rio de Janeiro precisam ser fechadas. Segundo a Lei de Contravenções Penais de 1941, “consideram-se jogos de azar (...) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte” (Dec-Lei 3.688/41, art. 50, 3º, ‘c’). O problema é que os advérbios “exclusivamente” e “principalmente” não nos ajudam muito no caso do pôquer, onde há uma combinação confusa entre habilidade e sorte. Miguel Reale Jr., em um parecer para o caso, diz que “é possível inferir que suas regras dependem de probabilidades matemáticas. Há proeminência da habilidade sobre a sorte”. Já para o promotor Márcio Almeida, do Ministério Público Estadual do Rio de Janeiro, encarregado do caso, pôquer é um jogo de azar pois “o jogador depende da sorte e das cartas que chegarão à sua mão, aleatoriamente, para ganhar ou não”.

O que estes três casos nos dizem sobre o direito, além de ele ser um assunto cada vez mais frequente nas páginas dos nossos jornais? No primeiro caso, a norma que instituiu a nova usucapião é precisa, mas sua aplicação pode gerar injustiças evidentes. No segundo, a

jornalista que acredita em juízes técnicos e fieis à lei é vista como ingênua pelo jurista, que alega que a lei é escrita pelos próprios juízes e não por legisladores “por mais curioso que isso possa parecer”. No terceiro, autoridades públicas não sabem se devem proibir o funcionamento de casas de pôquer pois a norma que regula este assunto é vaga e imprecisa.

Todas de um modo ou de outro trazem à tona a constatação ao mesmo tempo simples e problemática de que há muito a ser dito sobre a relação entre norma positivada e a interpretação de seus aplicadores. Neste processo, que aqui chamarei de adjudicação, filósofos do direito, juristas, advogados, juízes e todos aqueles que prestam atenção neste fenômeno jurídico encontraram problemas de várias ordens: contradições entre a adjudicação e o objetivo da norma, como no primeiro exemplo, vagueza na própria linguagem da norma que obriga o aplicador a uma interpretação “criativa”, como no segundo e terceiro caso, além de discussões mais profundas sobre legitimidade e justiça na aplicação do direito.

Este debate não é recente. Há décadas que a interpretação jurídica e as modernas teorias da argumentação ganharam proeminência para a discussão sobre a própria natureza do direito. Neste trabalho, analiso a primeira grande polêmica que surgiu sobre entorno deste assunto, mas que trouxe importantes conseqüências para a teoria do direito contemporânea. Em fevereiro de 1958, Herbert L. A. Hart publicou no periódico *Harvard Law Reveiw* o artigo intitulado *Positivism and the Separation of Law and Morals*¹. Quando escreveu este artigo, ainda sob o impacto moral e filosófico da Segunda Guerra Mundial, tinha dois grandes objetivos: ao mesmo tempo em que buscava analisar os argumentos utilitaristas - principalmente aqueles apresentados por Jeremy Bentham² e John Austin³ - sobre a separação entre direito e moral, tenta responder às críticas céticas dos realistas americanos da década de 1930⁴. Mesmo que estes fossem seus alvos, a resposta às ideias desenvolvidas por

¹ Harvard Law Review, 71 (1958) PP. 593-629.

² Hart utiliza uma extensa bibliografia de Bentham, mas os argumentos principais são retirados das obras *A fragment on Government* (1776) e *Principles of Morals and Legislation* (1781).

³ De Austin, toma como base a obra *The Province of Jurisprudence Determined* (1832).

⁴ Aqui me refiro à teoria realista norte-americana desenvolvida inicialmente por John C. Gray (Nature and Sources of the Law, 1921) , Oliver W. Holmes (Path of the law, 1897) e Roscoe Pound (Mechanical Jurisprudence, 1908), mas radicalizada mais tarde, nas décadas de 1920 e 1930, por Karl N. Llewellyn (*The Bramble Bush*, 1930) e por Jerome Frank (*Law and the Modern Mind*, 1930). Este grupo representou uma reação ao extremo formalismo que orientou a teoria geral do direito em meados do século XIX. Argumentavam contra aqueles conceitos idealizados do direito e de suas regras, que buscavam a única interpretação correta e lógica, como foi, por exemplo, a escola “exegética” aos Códigos Napoleônicos. Ver MacCormick, Cap 11. (2010).

Hart vieram de Lon L. Fuller - que não era propriamente utilitarista nem realista¹ - publicando, no mesmo periódico, o artigo *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*².

Este trabalho analisará o debate em torno destes dois artigos. Entretanto, em muitos pontos vou me referir a obras posteriores publicadas por Hart e Fuller, principalmente *The Concept of Law* (1961) e *The Morality of Law* (1969) respectivamente, pois estas obras apresentam desdobramentos relevantes para os argumentos apresentados em 1958. Para não cometer o anacronismo de me referir a textos que só foram escritos posteriormente, indicarei em notas de rodapé as obras a que eu me refiro. Além desses livros, levarei em conta também as análises posteriores que este debate suscitou, tanto na literatura estrangeira³ quanto na nacional⁴.

Deve-se fazer uma ressalva quanto aos objetivos deste trabalho. Aqui se propõe que este debate é paradigmático quanto aos desdobramentos da teoria do direito contemporânea e que ele deve ser analisado a partir de seus três aspectos mais importantes: i) a relação entre a filosofia do direito e a filosofia da linguagem; ii) a possibilidade da interpretação jurídica; iii) e os diferentes pontos de vista possíveis para a análise do direito. Portanto, não será um trabalho categórico a partir do qual se possa encontrar respostas corretas sobre os problemas práticos do direito. Ele se encontra em um estágio anterior, na medida em que questiona a própria possibilidade de encontrar tais respostas ou, até mesmo, qual seria a relevância deste esforço para o desenvolvimento de uma teoria do direito.

2. Núcleo duro e zona de penumbra em Hart.

Hart inicia seu artigo dizendo que irá tratar de um tema que “assombra” (*haunt*) os positivistas jurídicos. Trata-se da afirmação de ser possível elaborar uma teoria que descreva o que o direito é e uma teoria que descreva como o direito deve ser. Grandes reformadores sociais como os utilitaristas ingleses do século dezanove deram grande contribuição à teoria do direito ao insistirem nesta divisão, argumenta Hart. Com isso, eles evitavam dois grandes problemas: o perigo de que a autoridade do direito se dissolvesse nas convicções morais daquilo que o direito deveria ser – como ocorreu em Blackstone ao dizer que leis humanas que contrariem as leis divinas deixam de ser leis – e um outro perigo, quase o inverso, que é dizer

¹ Ver Fuller (1934).

² Harvard Law Review, 71 (1958) PP. 630-672.

³ Os principais autores que citarei são Fredrick Schauer (1991; 1994; 1988; 2008) e Neil MacCormick (2010).

⁴ Noel Struchiner (2005) e Cláudio Michelon Jr. (2004).

que o direito existente possa suplantar a moral como critério último de avaliação de conduta, passando por passar acima de qualquer crítica. O primeiro perigo é o do anarquista que, ao criticar o direito, nega-lhe qualquer sentido de obrigatoriedade dizendo “Isto não é direito!”. O segundo perigo afirma que, sendo direito, não haverá possibilidade de crítica reformadora, em algum tipo de ceticismo epistemológico da moralidade.

Mesmo reconhecendo a importância desta distinção, Hart não deixa de considerar o desenvolvimento de teorias contemporâneas que a questionam¹. Elas passaram a argumentar pela necessária intersecção entre direito e moral ou, melhor, que o que “é” e o que “deve ser” são de alguma forma inseparáveis na análise do direito, estão necessariamente fundidos, embora positivistas tentem negá-lo.

A resposta do realismo americano a esta questão é particularmente interessante por radicalizarem o “ser” do direito, em amplo ceticismo em relação a regras positivadas. O que importa realmente, dizem eles, é o que os juízes de fato fazem. Se devo buscar o que o direito é, devo encontrá-lo empiricamente, no quotidiano das decisões judiciais. Quando muito, as regras nos ajudam tentar prever o que os juízes irão fazer². Assim, a principal crítica realista afirma que os juízes, quando aplicam as normas, estão sempre, eles próprios, legislando. Isto é, que as normas positivadas são de tal forma indeterminadas que os juízes teriam uma grande liberdade ao interpretá-las. Para confrontar este argumento, Hart apresenta o seguinte exemplo: uma norma que proíba veículos dentro de um parque público. Diz Hart: “Claramente esta norma proíbe um automóvel, mas o que dizer de bicicletas, *rollers skates* e automóveis de brinquedo? E aviões? Eles são chamados por nós de “veículos” para o propósito da norma?”³.

Partindo deste exemplo, Hart argumenta que, quando nos comunicamos e nos expressamos, atribuímos à norma certas condutas que devem ser reguladas, e as palavras que geralmente usamos – como “veículos” neste caso – *devem* ter algum significado padrão sobre o qual não há nenhuma dúvida quanto seu referente. Associamos de forma espontânea a palavra “veículo” a um carro de passeio, por exemplo. Ele explica que deve haver algum núcleo de significação padrão, mas haverá também uma região de penumbra em que a

¹ Hart ironicamente diz que o positivismo, naquele ano de 1958, já teria acabado, depois que passou-se a vincular o positivismo jurídico ao nascimento e à força do nazismo. Cita obras como do jurista italiano Alessandro Passerin D’Entrèvre (Natural Law, 1952) e, principalmente de Gustav Radbruch (Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht, 1946)

² “Profecias sobre o que os tribunais farão de fato, e nada mais pretensioso, é o que chamo de Direito” disse Oliver W. Holmes em 1894. Em O.W. Holmes, *Collected Papers* 173 (1920).

³ Hart (1958). P. 607.

aplicação da norma a certos casos será controversa¹. Nos casos onde não haja controvérsia sobre a aplicação da norma, por exemplo, se um carro entrar nos gramados do parque, podemos – ou o aplicador da norma poderá – simplesmente descrever o direito: o motorista está descumprindo a norma. Isto é certo, sem nenhuma consideração moral, política ou econômica sobre se essa norma está correta ou errada ao proibir veículos no parque². Já onde houver indeterminação, não basta descrever o direito. É preciso ir além. Devemos, diz Hart, dizer o que o direito deve ser, quando ocorria uma confusão entre o “ser” e o “dever ser” do direito³. O juiz, quando decide na penumbra, está exercendo um poder discricionário análogo ao poder do legislador ou de alguma ente administrativo capaz emitir atos normativos infralegais.

Hart não quer aqui dizer que se trata de uma decisão irracional ou arbitrária, onde não poderíamos avaliar sua pertinência ou justeza. Como disse posteriormente no *Conceito de Direito*, “[o] poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de fatores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra.”⁴ Mais claramente: “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”⁵.

¹ Aqui é importante ressaltar as próprias palavras de Hart usadas originalmente. Ele diz: “There *must* be a core of settled meaning, but there *will* be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out.” *Idem*.

² Demonstrar a possibilidade de encontrar critérios de validade do direito sem nenhuma consideração moral é fundamental para seu argumento. Podemos então dizer que existem algumas normas e algum sistema jurídico que pode ser identificados como válidos sem critérios de moralidade. Por isso sua preocupação em nos mostrar um exemplo tão prosaico, tão aparentemente neutro moralmente.

³ Novamente deve-se atentar para as palavras exatas de Hart: “What is then that makes such decisions correct or at least better than alternative decisions? Again, it seems true to say that the criterion which makes a decision sound in such cases is some concept of what law ought to be; (...)” Hart (1958). p. 608.

⁴ Hart (1986). p. 140.

⁵ *Idem*. p. 148.

Quando Hart diz que, quando decide na penumbra, o juiz terá o poder discricionário para avaliar o “dever ser” do direito, não está querendo dizer que, nestes casos, haverá, necessariamente a junção entre direito e moral. Não é disso que se trata. Ele ressalta que, neste ponto, devemos tomar cuidado com a palavra “deve” (*ought*). “We must, I think, beware of thinking in a too simple-minded fashion about the word ‘ought’. This is not because there is no distinction to be made between law as it is and ought to be. Far from it. It is because the distinction should be between what is and what from many different points of view ought to be. The word ‘ought’ merely reflects the presence of some standard of criticism; one of these standards is a moral standard but not all standards are moral. We say to our neighbour, ‘You ought not to lie’, and that may certainly be a moral judgment, but we should remember that the baffled poisoner may say, ‘I ought to have given her a second dose’. The point here is that intelligent decision which we oppose to mechanical or formal decisions are not necessarily identical with decisions defensible on moral grounds”¹. Dever-ser, portanto, refere-se a um tipo de análise crítica e não a uma conexão necessária entre direito e moral. Por exemplo, um jurista nazista poderia criticar uma decisão jurídica – vinculado portanto ao dever ser – a partir de critérios iníquos, dizendo que a decisão estava errada por contrariar os princípios arianos do *Mein Kampf*. Esta crítica pode basear-se em uma atitude crítica que nenhum de nós reconheça como sendo moralmente justa.

No decorrer do artigo, Hart mostra como, por ignorarem o problema da penumbra no direito, importantes filósofos do direito se enganaram: Blackstone errou em sua “ficção pueril” – como diz Austin – de afirmar que os juízes nunca legislam, apenas encontram o direito. Assim como errou, em um estágio mais antigo, Montesquieu, preocupado com a divisão de poderes, sem considerar o papel criador dos juízes. Eles analisaram de forma equivocada este aspecto do que Hart chama de *judicial process* (aqui traduzido por adjudicação). Ignorando o problema da diferenciação entre o núcleo duro da norma e a região de penumbra, não conseguiram enxergar onde haveria pontos onde devemos dizer o que o direito deve ser, como um novo legislador, e onde seria possível apenas dizer o que o direito é.

Hart mostra que durante muito tempo uma falsa concepção da teoria analítica do direito (*analytical jurisprudence*) pôde nos fazer crer que direito estaria preso a um sistema lógico no qual os juízes apenas deduziam suas decisões a partir de premissas. A lógica, de fato, não prescreve a interpretação dos conceitos, ela apenas diz que se, hipoteticamente, interpretarmos certos conceitos de determinada maneira, *então* uma conclusão deve seguir. Ou seja, a lógica nada diz sobre como classificar determinados conjuntos de características – e isso, segundo Hart, é o coração de uma decisão judicial e não seu aspecto lógico-dedutivo. Se a premissa maior disser, “É proibido andar com veículos no parque”, e interpretarmos a premissa menor dizendo que um carro de passeio é um veículo, *logicamente* podemos deduzir que é proibido andar com um carro de passeio no parque. Mas a lógica não nos diz de que forma caracterizamos um carro de passeio como um tipo de veículo e nem admite que possa

¹ Hart (1958). p. 613.

haver casos em que essa caracterização seja impossível¹, ela apenas *postula* de antemão uma interpretação para deduzir suas conclusões.

Os erros que se atribuem à lógica e ao formalismo, na verdade, são erros interpretativos, que geralmente ocorrem - Hart faz questão de acrescentar - quando juízes, em suas decisões, não percebem, ou fingem não perceber, que os termos gerais de uma norma são suscetíveis a diferentes interpretações e que muitas vezes têm a escolha deixada em aberto pelas convenções lingüísticas. Como disse posteriormente Hart (1970) em um artigo sobre Jhering, os homens que fazem as leis são homens, não deuses, e "é característica da condição humana, não apenas do legislador, mas de qualquer um que tente regular alguma esfera da conduta por meio de regras gerais, que trabalhe sob uma limitação suprema - a impossibilidade de prever todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Um deus pode fazê-lo; mas nenhum homem, nem mesmo um jurista, pode fazê-lo. Claro que as coisas *poderiam* ser diferentes: suponhamos que o mundo em que vivemos fosse, de fato, caracterizado apenas por um número finito de elementos e suponha que soubéssemos todas as formas em que poderiam se combinar: aí, sim, uma prescrição poderia ser estabelecida, de antemão, para cada possibilidade"². E conclui: "Mas este claramente não é nosso mundo. Os legisladores humanos não são capazes de ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o mundo pode trazer. Isto significa que todas as regras e conceitos jurídicos são abertos; e quando surge um caso não previsto, temos que fazer uma escolha nova e, ao fazê-lo, elaborar nossos conceitos jurídicos, adaptando-os a objetivos socialmente desejáveis"³.

O erro dos realistas estaria no extremo oposto de uma adjudicação presa a lógica e dedutiva. Eles acreditam em que toda adjudicação é composta pela zona de penumbra⁴ e portanto seu resultado sempre será o que o direito deve ser a partir de critérios políticos, morais ou meramente subjetivos. Seria como tomar a litiosidade comum no direito e nos tribunais como representativas do direito em si, como se não houvesse um núcleo duro de significação nas normas que pudessem guiar nossas condutas.

¹ "If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. In this area men cannot live by deduction alone" Hart (1958), pp. 607-608.

² Hart (2010) PP. 304-305.

³ Idem, p. 305.

⁴ "Hart believed that many of the realists were obsessed with difficult appellate cases at the fragile edges of the law and, as a result, overestimated law's epiphenomenal indeterminacy and vastly underestimated its everyday determinacy". Schauer (2008), p. 1109.

3. Análise e refutação de Fuller.

Fuller publicou em seu artigo uma reconfiguração do problema. Segundo ele, a distinção apresentada por Hart entre um núcleo duro de significação e a zona de penumbra não nos ajuda a entender a separação (se houver alguma) entre direito e moral. Diz que, antes de tudo, deve-se deixar claro o que Hart quis dizer em sua doutrina do “*the core and the penumbra*”. À primeira vista, pode parecer que Hart está apenas descrevendo algo que faça parte do dia-a-dia de qualquer pessoa que trabalhe com o direito. Ou seja, que, quando devemos interpretar as normas jurídicas, há algumas situações em que a aplicação do direito será clara e outras em que sua aplicação será duvidosa – haverá casos fáceis e outros difíceis. Mas essa interpretação é enganosa. Na verdade, Hart, tendo como base uma teoria da linguagem, colocou o problema da interpretação jurídica de uma forma inteiramente nova.

Segundo esta análise, a tarefa da interpretação jurídica é a de determinar o significado das palavras inseridas nas normas jurídicas, como “veículos” em uma norma que diga que é proibido veículos no parque. Mas especificamente, a tarefa da interpretação é determinar o alcance do significado das palavras ou determinar o conjunto de coisas a que determinada palavra se refere. Isto ocorre pois a comunicação só é possível porque as palavras possuem um significado comum (*standard instance* ou *core meaning*) que permanece relativamente constante independentemente do contexto em que essa palavra aparecer. Desconsiderando alguns casos incomuns, sempre será correto dizer que a palavra “veículos” possui um significado padrão, isto é, há um conjunto de coisas ou entes a que esta palavra se refere, dentro e fora do direito. Haverá este significado em qualquer norma jurídica, seja qual for seu propósito. Quando o juiz aplicar a norma dentro desses casos comuns, não haverá de sua parte qualquer papel criativo. Estará apenas o direito como ele é.

Além desses casos comuns, palavras possuem zonas de penumbra, onde, diferente do primeiro caso, sua aplicação irá variar de contexto a contexto. Quando um objeto em questão, com um triciclo, cai em um caso de penumbra, o juiz é obrigado a um papel mais criativo na aplicação. Ele deve, pela primeira vez, submeter-se a uma interpretação que leve em conta propósito da norma. Deverá pensar: tendo como pressuposto de que essa norma tem a função de regular a circulação de veículos em parques públicos, deve-se interpretar esta norma para impedir a circulação de triciclos? Quando decisões como esta são tomadas, há uma intersecção entre o que “é” e o que “deve ser” o direito, na medida em que o juiz, decidindo o que é a norma, o faz à luz da sua noção sobre o que a norma deve ser para atingir o seu propósito.

Fuller diz que uma teoria da interpretação tal como proposta acima é completamente insustentável. Seu defeito mais óbvio está em dizer que o problema da interpretação em geral reside no significado individual das palavras, embora Hart não tenha dito isso explicitamente.

Seguramente, diz Fuller, nenhum juiz de *common law* segue uma adjudicação tal como descrita por Hart – e normalmente eles não vêem este problema como sendo uma mera questão de interpretação. Mesmo quando aplicam leis positivadas (como nos países de *civil law*), interpretam o significado de frases, parágrafos, ou até uma página, e não somente buscam identificar o significado de uma só palavra, como descrito no exemplo. Certamente um parágrafo não possui um sentido padrão que se mantém constante independentemente do contexto onde esteja inserido. Só podemos falar de núcleo duro de uma lei – onde a aplicação não exige uma investigação exata de seu propósito – quando podemos ver que o objetivo – que o propósito – desta lei já esteja claro.

Para explicar melhor seu argumento, Fuller apresenta um contra-exemplo: O que diria Hart se um grupo de patriotas decide colocar no parque um caminhão de guerra usado na Segunda Guerra Mundial em cima de um pedestal, enquanto outros cidadãos indignados não aceitam essa proposta e, como fundamento, utilizam a proibição de veículos no parque? Esse caminhão, em perfeito estado de conservação, estaria na zona de penumbra ou no núcleo duro do conceito de “veículo”? Antes desta situação aparecer, um caminhão de guerra claramente seria considerado um veículo, mas seria errado dizer, argumenta Fuller, que ele é um veículo para os propósitos da norma.

O argumento hartiano consiste em dizer que, ao menos que as palavras que usamos tenham um núcleo duro de significação, a comunicação seria impossível e portanto seria também impossível construir um sistema onde as regras tenham autoridade. Tal situação acabaria com qualquer dever de fidelidade à lei imposto pelo princípio da legalidade. Por isso a teoria da interpretação que divide o *core* e a *penumbra* é tão importante para um ideal de fidelidade à lei.

Mas Fuller não concorda com essa tese interpretativa¹. Ele elabora um outro exemplo. Imaginem, diz ele, uma lei que diga que é um delito, cuja pena será de cinco dólares, dormir

¹ Fuller é veemente em dizer que Hart rejeitou as modernas teorias sobre a linguagem elaboradas por Wittgenstein, Bertrand Russell e Alfred Whitehead. Hart estaria preso ao que Fuller chama de “the pointer theory of meaning”, uma teoria que ignora e minimiza o efeito que a intenção do falante e a estrutura da linguagem possuem sobre o significado das palavras. “It would not do to attempt an extended excursus into linguistic theory. I shall have to content myself with remarking that the theory of meaning implied in Professor Hart’s essay seems to me to have been rejected by three men who stand at the very head of modern developments in logical analysis: Wittgenstein, Russell and Whitehead. Wittgenstein’s posthumous *Philosophical Investigations* constitutes a sort of running commentary on the way words shift and transform their meanings as they move from context to context. Russell repudiates the cult of “common usage” and asks what “instance” of the word ‘word’ itself can be given that does not imply some specific intention in the use of it. Whitehead explains the appeal that ‘the deceptive identity of the repeated word’ has for modern philosophers; only by

em qualquer estação de trem. O propósito da lei é claro, basta imaginarmos um passageiro maltrapilho emitindo altos e alcoólicos roncoss, atrapalhando a viagem de quem gostaria de viajar em sossego. Esta visão pode facilmente representar uma clara situação que a lei busca proibir, mas está longe do padrão comum de estado mental quando utilizamos a palavra “dormir”.

Como esse exemplo nos ajuda a explicar o ideal de fidelidade à lei esboçado por Fuller? Imaginemos um juiz que esteja diante de dois homens levados até ele por terem violado esta norma. O primeiro homem estava esperando o trem atrasado das três da manhã e, quando foi abordado pelo guarda da estação, estava sentado corretamente, mas emitia alguns leves roncoss. Neste mesmo momento, o guarda disse que o passageiro havia descumprido a norma e que portando deveria ser detido. Já o segundo homem fora detido com seu cobertor e travesseiro pronto para passar a noite dormindo na estação. Quais destes dois casos de encaixam corretamente na situação comum quando nós utilizamos o verbo “dormir”? Se o juiz desconsiderar esta questão, liberando o primeiro homem e apenando o segundo, estará violando seu dever de fidelidade à lei? O juiz violou seu dever quando interpretou o verbo “dormir” desta norma como “espalhar-se no banco ou no chão da estação para passar ou pretender passar a noite”?

Este é o ponto central da crítica de Fuller à teoria de Hart: será que é mesmo possível interpretar as palavras contidas em uma norma sem se perguntar qual é seu propósito, seu objetivo, mesmo nos casos mais comuns? Segundo sua visão, quando interpretamos para adjudicar uma norma, devemos ser capazes de, suficientemente, nos colocar no lugar daqueles que redigiram a lei para saber o que eles pensavam no que “deveria ser”. Em outras palavras, é somente à luz do que “deve ser” que podemos dizer o que a norma “é”¹. Além disso, para interpretamos uma norma, deve-se levar em conta não somente uma única palavra contida na frase, mas sua interação que formarão uma estrutura de pensamento. Olhando para além da interpretação de uma única palavra, diferente do que propõe Hart, é possível ver como exemplos hipotéticos auxiliam nosso pensamento: colocamos nossas mentes em uma direção, depois em outra, e buscamos uma interpretação coerente e aplicável da norma como um todo.

O que de fato está em jogo entre Hart e Fuller não é somente uma brincadeira acadêmica de exemplos e contra-exemplos. Na verdade, o que Fuller tenta nos mostrar é que

assuming some linguistic constant (such as the ‘core of meaning’) can validity be claimed for procedures of logic which of necessity move the word from one context to another”. Fuller (1958) p. 669.

¹ Em suas palavras: “We must, in other words, be sufficiently capable of putting ourselves in the position of those who drafted the rule to know what they thought ‘ought to be’. It is in the light of this ‘ought’ the we must what the rule ‘is’”. Fuller (1958) p. 666.

as deficiências da teoria hartiana estão profundamente enraizadas em sua má compreensão de uma filosofia da linguagem¹. Para construir uma filosofia do direito positivista, Hart precisa minimizar ou até ignorar o fato de que a intenção do falante exerce uma grande influência para o sentido das palavras e para a estrutura lingüística como um todo. Este tipo de filosofia da linguagem lida com o que eles chamam de “uso comum das palavras”. Utilizando esta noção posso dizer que há um uso comum das palavras e que portanto não é necessário recorrer aos seus propósitos e à sua estrutura para atingi-lhe o significado.

Esta rejeição à tese interpretativa propositiva – esta que diz que é impossível interpretar uma norma sem atentar-se às suas finalidades – é um lugar-comum de quase todas as teorias positivistas. Mas será que essa rejeição é toda injustificável? Fuller diz que não. De alguma forma, coloca ele, o dever de aplicar a lei se tornaria impossível se não levarmos em consideração responsabilidades mais amplas que acompanham as interpretações propositivas do direito. Fuller elabora um outro exemplo, desta vez mais radical. Imaginemos, diz ele, uma lei dizendo que a venda de absinto é proibida. Por quê? Para proteger nossa saúde. Entretanto, se estudos recentes passarem a dizer que o absinto é uma bebida muito boa, saudável e benéfica. Poderíamos construir uma interpretação da lei, seguindo sua finalidade, como autorizando o consumo e a venda irrestrita de uma das mais saudáveis bebidas do mundo: o absinto? Em outras palavras, considerando a finalidade das normas sem se ater minimamente à sua linguagem, posso construir uma interpretação completamente diferente do que a norma diz? Evidente que não, responde Fuller.

Como podemos eliminar ou ao menos diminuir os riscos das interpretações propositivas? Dizer, como os positivistas, que devemos observar o uso comum das palavras é escapar do problema. Fuller propõe que devemos, mesmo interpretando propositivamente, levar em conta a *integridade estrutural* das normas. Esta integridade pode ser encontrada seja em sua estrutura explícita, seja em sua relação interna com outras normas. Nos referimos à integridade estrutural das normas quando conceituamos a intenção da lei – embora quem tenha a intenção sejam as pessoas e não as palavras escritas no papel. Agindo dentro integridade estrutural, o dever de aplicar a lei não só permite, como também exige que o juiz tenha um papel criativo, mas não poderá ir além da estrutura normativa.

É importante analisar como essas ideias foram desenvolvidas por Fuller em seu *The Morality of Law*², embora este trabalho não faça menção explícita ao problema da penumbra colocado por Hart. O problema da interpretação na adjudicação toma corpo nesta obra para tratar do mais complexo – segundo Fuller – entre os requisitos morais para reconhecer a

¹ “I have stressed here the deficiencies of Professor Hart’s theory as that theory affects judicial interpretation. I believe, however, that its defects go deeper and result ultimately from a mistaken theory about the meaning of language generally”. Fuller (1958) p. 668.

² Fuller (1969) PP. 81-91.

existência do direito. Há um requisito moral interno ao direito de que haja congruência entre a ação dos oficiais (*official action*) e a lei positivada (*declared rule*). Esta congruência pode ser destruída ou enfraquecida de várias maneiras: erros na interpretação, inacessibilidade ao direito, falta de discernimento sobre o que é necessário para manter a integridade do sistema jurídico, suborno, indiferença, preconceito, estupidez e até corrupção. O elemento mais sutil para manter esta congruência é o problema da interpretação. É uma exigência da legalidade, diz Fuller, que a adjudicação escape da literalidade do texto positivado e tome como guia os princípios interpretativos do sistema jurídico¹. Quais seriam estes princípios interpretativos? Fuller diz que a melhor resposta curta a esta questão nos é dada pela resolução ao caso Heydon, de 1584, a partir de quatro perguntas: i) como era o *common law* antes da edição da norma; ii) qual era o problema ou defeito que o *common law* não resolvia; iii) qual o remédio que o Parlamento encontrou para a cura da doença no *Commonwealth*; iv) qual a verdadeira razão deste remédio para que todos os juízes possam lidar com esta doença. Fuller acrescenta, ele mesmo, um último ponto: como aqueles que devem ser guiados pela norma razoavelmente entendem o propósito da norma, para que ela não se torne uma armadilha para aqueles que não compreendem suas razões tão completamente quanto o juiz.

Mais uma vez, Fuller emprega uma analogia para tornar seu argumento mais claro. Imaginemos que um inventor de aparelhos domésticos morra deixando, desenhado à lápis, um novo projeto em que ele estava trabalhando. Em seu leito de morte, pediu para que seu filho continuasse sua nova invenção, embora não tivesse tido a chance de dizer qual era o propósito para o qual este novo aparelho doméstico iria servir. Ao concretizar o desejo do pai, a primeira atitude do filho será se perguntar para quê este novo aparelho servirá, ou seja, que defeito ou problema seu pai havia encontrado nos aparelhos existentes que este novo iria resolver. Teria que buscar, como no caso Heydon, a “verdadeira razão” para que este novo aparelho fora elaborado. A tarefa do filho será satisfatória se ele for capaz de chamar o espírito do pai para ajudá-lo para concretizar seu objetivo. O mesmo deve ocorrer com a adjudicação: devemos suficientemente nos colocar no lugar daqueles que redigiram a lei para encontrar o seu verdadeiro objetivo. Tudo faz parte de um esforço cooperativo para assegurar a legalidade.

Esta maneira de entender a interpretação na adjudicação está vinculada ao modo como Fuller compreende o funcionamento da linguagem, que, segundo ele, é um fenômeno interativo por excelência. Tal como o filho deve-se colocar no lugar do pai para interpretar os propósitos de sua nova invenção, quando nos comunicamos devemos ao máximo nos colocar no lugar do outro para tentar compreendê-lo. Nas palavras de Fuller: “[communication] involves an effort to initiate in another mind perceptual process that will closely as possible

¹ “The most subtle element in the task of maintaining congruence between law and official action lies, of course, in the problem of interpretation. Legality requires that judges and other officials apply statutory law, not according to their fancy or with crabbed literalness, but in accordance with principles of interpretation that are appropriate to their position in the whole legal order”. Fuller (1969) PP. 82.

match those taking place in the mind of the communicating party”¹. Essa complexidade na comunicação que Hart e outros positivistas ignoram quanto tomam por base o que Fuller chama de “the pointer theory of meaning”.

4. Filosofia do direito ou filosofia da linguagem?

Algo nesta discussão nos chama à atenção. Uma das principais críticas de Fuller, como já foi dito, é a de Hart ter se apropriado indevidamente de uma filosofia da linguagem para construir sua filosofia do direito. O que é mais peculiar, porém, não é somente discutir se essa apropriação foi correta ou não, mas sim, o próprio uso e discussão de uma filosofia da linguagem. A certo ponto, nos perguntamos: O que de fato eles estão discutindo? Como o controle social é exercido por meio de normas positivadas e decisões judiciais? Ou como nos comunicamos e interpretamos as proposições jurídicas?

Como disse Fuller, a argumentação hartiana, preocupado com a adjudicação e interpretação de normas jurídicas, é completamente nova. Entretanto, essa nova forma de abordagem em relação à natureza do direito já fora apresentada por Hart desde sua defesa para a cátedra de Teoria Geral do Direito (*Jurisprudence*) em Oxford, com a palestra intitulado *Definition and Theory of Jurisprudence*². Já neste contexto, ele argumentava que os juristas devem prestar atenção no uso da linguagem jurídica do dia-a-dia, em sua relação prática com o Direito, deixando de lado a pretensão de construir teorias baseadas em definições “essencialistas” de conceitos jurídicos pré-estabelecidos. Neste sentido, o direito passa a ser visto como um fenômeno social principalmente lingüístico. As leis são formuladas e promulgadas, assim como atos administrativos são editados e decisões judiciais são impostas por meio de atos de linguagem. O direito constitui uma trama enorme de conceitos – uma verdadeira estrutura conceitual – e sua compreensão não pode deixar de lado a elucidação e a análise dessa complexa estrutura conceitual envolvida. Problemas jurídicos, inclusive dilemas filosóficos, passam a ser vistos, sob esta abordagem, como uma série de mal-entendidos sobre a linguagem que encontramos no cotidiano. Por isso, como pudemos ver no debate entre Hart e Fuller, o papel do contexto em que proferimos um enunciado jurídico se tornou fundamental³.

¹ Fuller (1969) PP. 227.

² Hart diz: “only since the beneficial turn of philosophical attention towards language that the general features have emerged of that whole style of human thought and discourse which is concerned with rules” *Definition and Theory in Jurisprudence* (Palestra inaugural, Clarendon Press, Oxford, 1953). Também publicado em (1953) 70 *Law Quarterly Review*, 37.

³ “A sociologia descritiva de Hart se aproxima da metodologia típica das investigações dos filósofos da linguagem ordinária: para entender determinados conceitos, faz-se uma análise cuidadosa de como as pessoas inseridas em uma determinada prática, onde o conceito é tipicamente encontrado, utilizam o termo que deve ser esclarecido. As perguntas que guiam

Para este tipo de análise, devemos deixar um pouco de lado os grandes sistemas filosóficos e jurídicos e voltar às perguntas mais simples. Por isso, a pergunta básica de Hart é: Como o controle social mediado pelo direito é possível? Como precedentes judiciais e leis positivadas guiam a conduta das pessoas e até que ponto esta mediação é possível?¹

Vejamos com cuidado sua estratégia argumentativa diante desse problema. Como já foi dito, com o exemplo da proibição de veículos no parque, Hart escrevia contra os realistas jurídicos. Quais são as características principais da teoria realista? Eles são fundamentalmente céticos, não acreditam na existência de regras – ou acreditam na sua ampla indeterminação – de modo que o direito é determinado empiricamente na ação dos juízes, no que os juízes de fato fazem, ou seja, como já foi dito, se quero encontrar o que o direito é, devo buscá-lo nas decisões judiciais. Assim, se as próprias regras não possuem força normativa – não são capazes de determinar a conduta daqueles que estão a elas subordinados – os juízes não aplicam, interpretam nem adjudicam o direito, eles próprios criam o direito. Todos os casos são casos de penumbra, onde a determinação do que deve ser o direito ou o que o direito é *a priori* é impossível.

Como o argumento do veículos no parque entra nesta discussão? Principalmente a posição realista nos trás um problema lingüístico que não descreve corretamente como os indivíduos podem, sim, agir conforme normas positivada. Se as regras são de tal forma indeterminadas como propõem os realistas, como haveríamos de agir?² Para responder a esta

tal investigação são perguntas como: Quando e em quais contextos o termo em jogo é utilizado de maneira apropriada? Por que optar pela palavra utilizada naquele contexto e não outra palavra similar? O que se pretende é fazer ‘distinções finais’ entre as palavras e as situações de uso, para esclarecer conceitos.” Stuchiner (2005) p. 60.

¹ Por isso, mais tarde, no *Conceito de Direito*, Hart faz a afirmação polêmica de que seu trabalho é um tipo de “sociologia descritiva do direito”. “Não obstante a sua preocupação com a análise, o livro pode ser também encarado como um ensaio de sociologia descritiva; porque a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais podem ser melhor trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar. Neste campo de estudos é particularmente verdade que podemos usar, como disse o Professor J. Austin, ‘uma consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos’”. Hart (1986) p. 2.

² “Para todas as regras (exceto as mal elaboradas), há alguns casos claros, e para algumas regras há muitos casos claros. Se não fosse assim, a possibilidade de qualquer sistema jurídico existir em qualquer lugar como qualquer tipo de orientação sobre a conduta de qualquer um para qualquer propósito seria nula. A experiência comum, porém, revela não só a

pergunta, Hart argumenta: quando uma lei é promulgada, todos temos em mente um problema a resolver (uma conduta que deve ser permitida ou proibida) ou, mais amplamente, uma situação que deve ser feita ou evitada. Invocamos uma imagem – uma situação ou contexto – a partir da qual a regra se dirige¹. Quando pensamos na regra que proíbe veículos em um parque, a imediata imagem que nos vem é a de um automóvel perturbando o passeio dos transeuntes. Hart chama esses casos de paradigmas ou critérios a partir dos quais comparamos a situação fática ao que imaginamos a regra se referir. Os casos de penumbra – que existem devido a textura aberta da linguagem – serão aqueles em que haverá dúvida, mas obviamente não se resumem a ele, como argumentam os realistas. Casos de indeterminação sempre haverá, pois a sociedade está sempre mudando e novas situações ocorrerão, mas isso não significa que não podemos encontrar casos óbvios onde a regra claramente será aplicada.

Esse argumento pode soar muito coerente quando analisamos a disputa entre Hart e os realistas. Mas o que dizer em relação diante da refutação de Fuller – a refutação de que mesmo onde encontramos situações de clareza em relação a aplicação da regra interpretamos propositivamente? Acredito que, para analisar corretamente esta pergunta, devemos voltar às origens do conceito de “textura aberta da linguagem” que Hart primeiro introduziu no debate jurídico. Para isso temos de voltar aos escritos de Friedrich Waismann e Ludwig Wittgenstein, de onde Hart retirou este conceito².

Waismann dedicou grande parte de seu trabalho filosófico buscando apresentar as idéias de Wittgenstein de uma forma mais acessível, mas alguns de seus conceitos-chave podem ser consideradas extensões dos conceitos wittgensteinianos. O conceito de “textura aberta” da linguagem é um deles³. O argumento de que nossa linguagem possui textura aberta

possibilidade, mas a realidade da orientação jurídica do comportamento”. MacCormick (2010) p. 170.

¹ Hart apresenta um exemplo de regra primária, ou seja, aquela que estabelece obrigações e deveres, proibindo transgressão. Outros aspectos linguísticos estão em jogo nas regras secundárias, mas Hart não os analisa neste exemplo. Embora, mais tarde, ao analisar a obra de Fuller, Hart diz expressamente que a regra de reconhecimento também possui sua textura aberta: “Chamei atenção para o fato de que a característica de textura aberta, que afeta todas as regras, está presente também na regra de reconhecimento. Também ela tem sua área de ‘penumbra’, assim como seu ‘cerne’ firme e bem estabelecido”. Hart. (2010) p. 405.

² Hart entende que há dois momentos na teoria analítica do direito. O primeiro data ainda do século XIX e está associado aos nomes de Bentham e John Austin, que trataram diretamente sobre a natureza do direito. O segundo momento é associado mais diretamente à filosofia da linguagem do séc. XX desenvolvida principalmente por Wittgenstein, John J. Austin e Waismann.

³ Waismann agradece ao Prof. Kneale pela sugestão de traduzir o termo em alemão “Porosität der Begriffe” para “open texture of language”.

entra, no trabalho de Waismann, como uma reposta à posição fenomenológica segundo a qual nossa compreensão de conceitos de objetos materiais, como o ouro ou a pedra, podem ser reduzidos ou são equivalentes aos nossos dados sensoriais. Segundo ele, é impossível ter a definição completa de um conceito a partir de nossos sentidos, nunca poderíamos exauri-lo a partir de nossos dados sensórios, pois não podemos prever à exaustão todos os fatores que podem determinar sua compreensão¹. Quando nos comunicamos, quando tentamos compreender o que é dito por outro falante na linguagem comum, levamos conosco uma bagagem gramatical e semântica que nos auxiliam a resolver pequenos problemas do dia-a-dia, mas não podemos prever todas as situações².

Como disse, a noção de textura aberta da linguagem pode ser vista como uma extensão dos conceitos wittgensteinianos, principalmente dos conceitos de hipótese e de jogos de linguagem. Wittgenstein é conhecido por ser um filósofo que assumidamente sofreu uma ruptura clara em seu sistema de pensamento. Costuma-se dividir sua obra – que aliás não é muito extensa se levarmos em conta o que foi publicado em vida – em Primeiro Wittgenstein e Segundo Wittgenstein³. O Primeiro Wittgenstein é associado à teoria figurativa da linguagem desenvolvida no *Tractatus Logico-Philosophicus*. Sua idéia central é a de que cada proposição apresenta uma figuração (*Picture* em inglês e *Bild* em alemão) do mundo real. Como a figuração corresponde ao mundo afigurado, as estruturas lógicas que organizam nossa linguagem são as mesmas que organizam o mundo real, havendo um paralelismo completo entre os dois, ou como diz Struchiner, um isomorfismo. Logo após a publicação do *Tractatus*, Wittgenstein abandona a teoria figurativa e sua obsessão logicista e passa a buscar na linguagem, não uma essência oculta que nela poderia residir, mas como ela de fato ela funciona, como ela desempenha vários tipos de funções. Os conceitos aqui apresentados de jogo de linguagem e hipótese dizem respeito a este segundo momento na sua teoria.

Hart chega a citar inclusive algumas passagens das *Investigações Filosóficas* de onde se retirou a noção de textura aberta da linguagem. “ Este reconhecimento da *Porosität*, ou, como dizem os ingleses, da *open texture* dos conceitos é, como disse, uma característica importante

¹ “The failure of the pheonmenalist to translate a material object statement into terms of sense data is not, as has been suggested, due to the poverty of our language which laks the vocabulary for describing all the minute details of sense experience, nor is it due to the difficulties inherent in producing an infinite combination of sense datum statements though all these things may contribute to it. In the main it is due to a factor which, though it is very important and really quite obvious, has to my knowlegde never been noticed –to the ‘open texture’ of our empirical concepts”. Waismann (1945). p. 121.

² “The fact that in many cases, there is no such thing as a conclusive verification is connected with the fact the most of our empirical concepts are not limited in all possible directions”. Idem, ibidem, p .122.

³ Ver Struchiner (2005) pp. 102-104 e Wittgenstein (1999) PP. 9-15.

da filosofia inspirada pela forma moderna da teoria analítica do direito. Wittgenstein o expressou com palavras que se encaixam perfeitamente ao direito: 'Eu disse que a aplicação de uma palavra não está limitada pelas regras' e 'Nós não estamos munidos com regras para cada possível aplicação dela', e novamente 'A extensão de um conceito *não* está fechada por um limite: Ele não está completamente limitado por regras'"¹. Chegamos a esta conclusão se passarmos a entender a linguagem, não como um simples mecanismo de representar o estado de coisas do mundo real, mas como uma ferramenta que podemos usar de maneiras diferentes. Por isso podemos falar que existem vários jogos de linguagem e que uma hipótese nunca será conclusiva. Tal como o conceito de "jogo"², não podemos definir a linguagem a partir de características de elementos comuns. Como diz Struchiner, "assim como ocorre nos jogos, os fenômenos conhecidos como 'linguagem' não possuem nenhuma característica comum que percorre e pode ser identificada em todas as instancias. (...) Não existe uma única essência comum entre os fenômenos que chamamos de linguagem, mas sim uma semelhança do tipo que existem entre jogos".

Por exemplo, quando alguém nos pergunta coloquialmente "pode me passar o açúcar, por favor?", respondemos "claro", e passamos o açúcar que está ao nosso lado na mesa. Este é apenas um dos usos de nossa linguagem, que geralmente é utilizada como uma ferramenta para lidar com estes pequenos problemas de inteligibilidade. Entretanto, podemos nos deparar com problemas incomuns quando tentamos resolver, por exemplo, qual é o estatuto metafísico do "eu pensante" cartesiano do *cogito* duramente alcançado nas *Meditações Metafísicas*. Tanto na filosofia, mas também quando lidamos com problemas práticos inesperados, essa mesma

¹ Hart (2010) p. 310-311. As citações de Wittgenstein estão nas parágrafos. 84, 80, 68 das *Investigações Filosóficas*. Ver Wittgenstein (1999) PP. 53-57-58.

² "Considere, por exemplo, os processos que chamamos de jogos. Refiro-me a jogos de tabuleiro, de cartas, de bola, de torneios esportivos. O que é comum a todos eles? Não diga: 'Algo deve ser comum a todos eles senão não se chamariam jogos' – mas veja se algo é comum a todos eles. – Pois, se você os contempla, não verá na verdade algo que fosse comum a todos, mas verá semelhanças, parentescos, e até toda uma série deles. Como disse: não pense, veja! – Considere, por exemplo, os jogos de tabuleiros, com seus múltiplos parentescos. Agora passe para os jogos de cartas: aqui você encontra muitas correspondências com aqueles da primeira classe, mas muitos traços comuns desaparecem e outros surgem. Se passarmos agora aos jogos de bola, muita coisa comum se conserva, mas muitas se perdem. – São todos recreativos? Compare o xadrez com o jogo da amarelinha. Ou há em todos um ganhar e um perder; mas se uma criança atira a bola na parede e a apanha outra vez, este traço desapareceu. Veja que os papéis desempenham a habilidade e a sorte. E como é diferente a habilidade no xadrez e no tênis. Pense agora nos brinquedos de roda: o elemento de divertimento está presente, mas quantos dos outros traços característicos desapareceram! E assim podemos percorrer muitos, muitos outros grupos de jogos e ver semelhanças surgirem e desaparecerem. E tal é o resultado desta consideração: vemos uma rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente." Wittgenstein (1999) p. 52.

linguagem não nos auxilia, ela é falha, pois ela não é formada por um sistema fechado que comporte todo qualquer tipo de discurso. Voltando ao exemplo, quando alguém nos diz “pode me passar o açúcar” não nos perguntamos qual é essência do açúcar, qual é, na realidade, a constituição última de seus elementos químicos ou o que é aquilo sem o qual um açúcar deixa de ser um açúcar e verificamos se essa definição se encaixa naquele “ente” que se encontra ao lado de nosso prato. Simplesmente, compreendemos e passamos o açúcar. É aí que entra a textura aberta da linguagem. Ao mesmo tempo que resolvemos a maioria dos problemas cotidianos com a comunicação ordinária, com suas características predominantes, relativamente estáveis, suas tendências e hábitos, ela não se esgota em um sistema fechado. Não há clausura na linguagem, por meio da qual ela seria capaz de prever todas as situações possíveis, todos os conflitos imagináveis. Usamos comumente a linguagem de várias formas, querendo atingir diversos objetivos. Uma proposição possui uma variedade de interpretações, dependendo do sentido que atribuímos a ela ou do contexto em que a proferimos.

Imaginemos que um legislador e uma equipe de técnicos especialmente criada para regular o bem-estar em parques públicos queiram proibir meticulosamente a circulação de qualquer veículo no parque. Eles elaboram um grande estudo, listando todas as características daqueles “entes” que poderiam ser considerados como veículos. Além disso, publicam uma imensa lista de exemplos de veículos, como carros, motos e patinetes motorizados, que não podem circular dentro do parque. Mesmo assim, mesmo com todo este esforço de caracterização, esta dedicada equipe não conseguirá prever todos os objetos que podem ser caracterizado como veículos. Mas podemos ir além. Técnicos podem, ainda que razoavelmente, listar as características dos veículos, que são objetos sensíveis, mas o que dizer, por exemplo, do verbo “circular” ou “trafegar”, dentro das proposições “é proibido circular com veículos no parque” ou “é proibido trafegar com veículos no parque”? Quantas situações podemos prever para este verbo, ou quantas não podemos?

Para citar um problema atual e verdadeiro, o artigo 150, VI, ‘d’, da Constituição Federal diz que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão. Se em 1988 perguntássemos para o legislador constituinte ou para o qualquer tributarista especializado em imunidade tributária qual é a melhor descrição que eles ou elas poderiam nos oferecer para o conceito de livro, periódico ou jornal, qual resposta nos dariam? Um livro, periódico ou jornal, diriam, é um material físico, com uma certa quantidade de páginas impressas, vinculando algum tipo de informação. Agora, muitos anos depois, o consumidor brasileiro tem contato com um outro produto ao qual atribuímos o nome de “livro”, como os chamados livros digitais ou *ebooks*. Estes novos bens guardam pouca semelhança descritiva com os (não tão) antigos livros aos quais estávamos acostumados. Não são impressos, não sentimos a textura de suas páginas, não são inclusive “um” livro, pois um aparelho eletrônico pode armazenar uma biblioteca inteira. Ou seja, até o conceito lógico de identidade se perdeu neste caso! Mesmo que os mais diligentes legisladores tentassem caracterizar o conceito de “livro” no começo da década de 1990, listando suas características fundamentais, não conseguiriam, pois não poderiam prever os surgimento dessas novas tecnologias. O que dizer, agora, passadas duas

décadas da promulgação da Constituição, sobre a imunidade tributária nestes casos? Deve-se tributar somente o suporte eletrônico - que não é muito diferente de um computador - e conceder a imunidade aos arquivos digitais? Ou seria razoável concedê-la também aos aparelhos, já que a Constituição não exclui o papel que será destinado à impressão?

Hart, tendo contato com esta filosofia da linguagem, tentou adaptar a análise de conceitos descritivos, por meio da "textura aberta" de Waismann, para a análise da adjudicação do direito nos modernos sistemas jurídicos. Aqui, há diferenças fundamentais, ou seja, há diferenças fundamentais entre a linguagem comum tal qual Waismann analisa em sua obra e a linguagem jurídica que Hart busca analisar. Há, inclusive, diferenças contextuais importantes que modificarão a natureza própria da comunicação. Se estou caminhando com um colega no parque e ele aponta para uma pessoa de patins e diz "cuidado com o veículo" posso achar estranho que a palavra "veículo" seja utilizada naquela situação. Posso ainda não dizer para ele que achei estranho, pois a linguagem informal comporta este tipo de flexibilidade e imprecisão. Entretanto, em situações de comando, imposição de condutas que devem ser toleradas ou negadas, tendemos a exigir que este grau de imprecisão seja menor, para que menor seja a discricionariedade de quem for interpretar os mandamentos jurídicos. O que Hart tenta dizer com o conceito de "textura aberta" é que não desejamos nem seria possível exigir do legislador esta precisão absoluta. O ato de criação do juiz na zona de penumbra é necessário para que conceitos adquiram novos significados em determinados contextos, dando mais flexibilidade a situações não previstas. Como escreveu MacCormick: "Não seria nem desejável (...) que buscássemos eliminar essa discricionariedade com formulações legislativas excessivamente precisas. Os legisladores não são mais capazes do que ninguém de prever o futuro em sua totalidade. Eles também não têm o monopólio da sabedoria prática. Deve ser deixada aos juízes e autoridades alguma discricionariedade para agir de forma justa, reta e sensata à luz das necessidades, conforme percebidas pelas autoridades responsáveis, quando os casos são apresentados"¹.

Voltando ao problema da interpretação propositiva colocado por Fuller, o argumento de Hart pode ter o sentido inverso ao esperado. Se ele utilizou o conceito de "textura aberta" para mostrar que a discricionariedade judicial seria necessária àqueles casos imprevistos pelo contexto de quando a lei for elaborada, a possibilidade de uma interpretação propositiva de uma zona de penumbra fica muito mais mitigada. À luz do que propõe Fuller, caberia dizer o oposto, ou seja, que a interpretação propositiva aconteceria naqueles casos comuns, onde seria fácil identificar o objetivo do legislador. Dessa forma, ocorreria o contrário do que Hart buscava com seu exemplo. Identificamos o deve-ser do direito, aquilo a que ele se dirige, nos casos de clareza independente do contexto - uma camionete barulhenta circulando no meio do caminho destinado aos pedestres - mas dizemos o que o direito é quando não sabemos ao certo se a situação fática corrobora a aplicação da norma. Como se pôde perceber, a distinção

¹ Niel MacCormick. (2010) P. 180.

entre o “ser” e o “dever ser” é uma questão mais complexa do que se apresenta à primeira vista.

5. A possibilidade da interpretação jurídica

Agora seria o caso de nos perguntarmos quando, de fato, haverá interpretação no direito, seja ela propositiva ou não. Desconsiderando por ora a questão de ser possível ou não uma interpretação jurídica que não leve em conta as finalidades da lei, podemos inicialmente falar em graus de interpretação. Em Hart, o conceito de textura aberta nos serve para dizer que é difícil – senão impossível – a interpretação do direito nestes casos. As normas jurídicas, os precedentes – ou seja, o que podemos levar em conta como “fontes sociais do direito” – nos falham, não nos ajudam a responder qual será o direito ou, se ajudam, ajudam pouco. Podemos, então, inicialmente fazer três divisões. Primeiro, há aqueles casos em que a regra claramente será aplicada, como no caso da camionete barulhenta circulando no meio do parque – os tais casos paradigmáticos onde a aplicação do direito será mecânica – pois há um acordo geral sobre a aplicação dos termos classificatórios. Segundo, haverá aqueles casos para além da penumbra, quando a regra claramente não será aplicada, quando, por exemplo, comemos um sanduíche claramente não estamos dirigindo um veículo no parque. Estes também são casos paradigmáticos, mas pela não aplicação da norma. E terceiro, os casos de penumbra, como uma bicicleta, quando há tantos argumentos contra como a favor para considerá-la como sendo um veículo para os propósitos da norma.

Somente neste último caso, nos casos de penumbra, a autoridade que adjudicar a norma dará a ela um sentido que antes ela não tinha, onde as convenções lingüísticas não conseguirem determinar seguramente o uso dos termos gerais. Tal como um novo legislador, preencherá as falhas emendando a lei com um sentido que antes não havia. Com base no direito existente, aquele que adjudica a norma não consegue determinar o sentido do direito, por isso ele deverá criar um novo direito, pois a interpretação *no* direito se torna impossível. Esta divisão pode ser reduzida em termos lógicos: uma proposição que diga “X é p” pode ser claramente verdadeira, como no primeiro caso, claramente falsa, como no segundo ou, como no terceiro, um caso de penumbra. Essa divisão trinária que Hart tenta nos mostrar quando diz que a linguagem é vaga.

O que Fuller busca com seus contra-exemplos é que talvez a verdadeira vagueza no direito seja outra. Seu argumento é que se fosse possível determinar previamente quais as palavras são vagas, não haveria, de fato, vagueza no direito. Mesmo Waismann já havia alertado para esta possível confusão, quando distingue vagueza de textura aberta da linguagem. Segundo ele “*vagueness* should be distinguished from *open texture*. A word which is actually used in a fluctuating way (such as “heap” or “pink”) is said to be vague; a term like “gold”, though its actual use may not be vague, is non-exhaustive or of an open texture in that we can never fill up all the possible gaps through which a doubt may seep in. Open texture, then is something like *possibility of vagueness*. Vagueness can be remediated by giving more

accurate rules, open texture cannot.”¹ Como no exemplo do grupo de patriotas que deseja instalar um caminhão de guerra no parque, a proposição “um caminhão de guerra é um veículo” não era vaga até o problema surgir. Isto é, a verdadeira vagueza ocorre quando hesitamos ou somos incertos na maneira como estabelecemos essas três categorias ou, melhor, como estabelecemos quais são as palavras que devem ser consideradas vagas. Nisto reside a concepção de que palavras, por sua natureza, não podem ser consideradas claras de antemão. É o uso que fazemos dela que determinará sua precisão. Seria como dizer que a proposição “X é p” nunca poderia ser confirmada ou negada *a priori*. Neste ponto, ocorrem muitos mal-entendidos. Geralmente, argumenta-se que, para que houvesse menos vagueza no direito, tanto as normas quanto as decisões judiciais deveriam ser mais específicas, contrapondo, portanto, vagueza e especificidade. Entretanto, o contrário da especificidade é a generalidade e não a vagueza. Por exemplo, um “gato” é mais específico do que “um organismo vivo”, mas é mais fácil distinguir um organismo vivo de um organismo inanimado do que um gato e uma onça pequena. Neste exemplo, o que é mais específico é mais vago do que é geral. Pode, também, ocorrer o contrário, como uma palavra específica, como cadeira, sendo menos vaga do que uma mais geral, como uma peça de mobília. Se quisermos fazer a distinção de Hart e Waismman entre núcleo claro/penumbra, a vagueza não diz respeito à generalidade do conceito em questão, mas sim com a determinação de suas fronteiras. Mas o que ocorre, realmente, quando delimitamos as fronteiras dos conceitos jurídicos?

Se levamos em conta esta interpretação, a teoria hartiana da textura aberta não nos ajuda a fazer a distinção clara entre “ser” e “dever ser”. A proposta de sua análise é ter uma teoria que descreva o direito como ele é. Ao introduzir o conceito de textura aberta, quis mostrar como a natureza da linguagem jurídica muitas vezes é indeterminada e qual a atitude dos aplicadores do direito face a esta indeterminação. Sua conclusão é a de que, nestes casos, os juízes criam um novo direito que não conseguem encontrar com base nas fontes jurídicas. Entretanto, não é assim que os próprios juízes, advogados ou outros intérpretes do direito normalmente se comportam nos casos de vagueza do direito². Eles não dizem: esta norma é vaga, não sei dizer qual é a resposta correta pelas fontes do direito, então criarei um novo direito a partir outros critérios, sejam eles morais, políticos ou simplesmente subjetivos. Quando encontrar estes critérios, aplicarei retroativamente o novo direito encontrado para julgar se, quando o réu estava andando de bicicleta no parque, estava ele descumprindo ou

¹ *Idem, ibidem*. p. 123.

² Neste aspecto, a teoria hartiana é muitas vezes vista como reducionista, pois reduz o fenômeno do direito à análise do sistema jurídico meramente enquanto um tipo de regra social. Como diz Robert Summers “... to concentrate on the rules is to obscure the role of the personalities of the officials who administrate the system. This may be unimportant in analytical jurisprudence. But Professor Hart is interested in how individual officials can affect the operation of the system. Possibly there is something in the spirit of legal realism. The role of individual qua individuals is sure surely significant in the area of what Professor Hart considers the open texture of rules. This domain is worth study if we are to understand life within a framework of law..”. Summers (1963) p. 644.

não a norma. O que ocorre normalmente é outro comportamento. Quando aplicadores do direito se deparam com casos de vagueza no direito, não abrem mão da interpretação *jurídica*. Mesmo nestes casos em que eles, inicialmente, não sabiam a resposta, seus argumentos terão como pressuposto de que existe uma resposta certa subjacente às fontes do direito, mas que ainda não foi encontrada. Quando ponderam os argumentos e encontram aquela que seria a melhor resposta, não aplicam retroativamente o *novo* sentido da norma. Eles dizem normalmente: você descumpriu a norma mesmo sem que ninguém antes soubesse se seu comportamento era lícito ou não, embora o direito sempre tenha dito que sua conduta era ilícita. Claro que, na maioria dos sistemas jurídicos modernos, há regras que proíbem que a responsabilidade seja atribuída retroativamente, mas, mesmo que a responsabilidade possa ser válida somente a partir da decisão, o direito sempre considerou a conduta ilícita.

Percebemos que os juízes, mesmo quando interpretam na textura aberta, identificam sua própria decisão como descrevendo um direito já estabelecido e não, como propõe Hart, justificando uma nova prática a ser seguida tal qual um legislador. Eles não veem que a adjudicação pode ser dividida em dois tipos de justificação: a primeira, quando opera na zona de certeza, deve justificar uma ação que já estava regulada por um sistema normativo. Por exemplo, o juiz dirá para o réu que havia uma norma válida no parque que proibia a circulação de veículos. Durante o estágio probatório da ação, foi provado que o réu, em determinado dia, estava dirigindo um carro e que por isso deverá pagar uma certa quantia de multa. Esta justificação está inteiramente descrevendo um estado de coisas que ocorreu no passado: a norma *era* válida, *foi* provado que o réu estava andando de carro e portanto a punição será estabelecida por algo que ele *fez*. Entretanto, quando opera na zona de penumbra, o juiz deve construir um outro tipo de justificação. Como um legislador, deverá justificar o próprio sistema normativo que deverá ser seguido, a própria instituição de se proibir veículos no parque. Voltando ao exemplo, o juiz deverá dizer que uma bicicleta é um veículo para os propósitos da norma porque seu objetivo é impedir acidentes envolvendo deslocamento em velocidade e, tal qual um veículo, uma bicicleta poderá causar este tipo de acidente. Subjacente a este argumento, poderá dizer que toda a legislação do parque está voltada para aumentar o bem-estar daqueles que lá freqüentam e que proibir as bicicletas é uma forma de coquistar este objetivo. Nota-se que aqui há outro tipo de justificação. Ela avaliará a própria norma ou um sistema de normas – ou as prática que subjazem a elas – tendo em vista o futuro, isto é, quais são os objetivos que serão conquistados se esta interpretação for dada.

6. Diferentes pontos de vista

Uma outra forma de ver este problema é dizer que as abordagens de Hart e Fuller possuem perspectivas diferentes sobre a natureza do direito. É comumente dito que uma das grandes contribuições de Hart para a teoria do direito é ter introduzido a noção de que proposições jurídicas, quando são proferidas por agentes do direito, são proposições feitas sob um ponto de vista interno, mas que o estudioso do fenômeno jurídico deve ter um ponto de

vista hermenêutico em relação a estas mesmas proposições¹. Mas o que isso quer dizer? Um agente pode ter um ponto de vista interno em relação a um sistema, instituição ou prática. Este ponto de vista é manifestado quando a posição de um agente dentro de uma instituição afeta os pressupostos das ações e proposições do próprio agente, sendo que estas mesmas ações e proposições seriam diferentes se o agente não ocupasse uma posição interna. Se alguém estiver fora de uma instituição – ou sistema ou prática –, poderá ter o ponto de vista hermenêutico em relação a elas, pois a proposição pode ser *sobre* uma prática de um ponto de vista interno, mas se encontra externa a ela.

Por exemplo, as proposições de um zoólogo sobre o comportamento dos animais são externas aos comportamentos descritos, mas são internas ao comportamento da própria zoologia. No caso do direito, se quisermos entender o comportamento dos agentes do direito, teremos que compreender os pressupostos que informam suas ações e proposições. Para caracterizar o ponto de vista interno no direito, Hart argumenta que os agentes do direito devem aceitar a existência do sistema a partir do qual agem e falam. A noção de aceitação, para Hart, pela maioria dos agentes (oficiais e juízes) é particularmente importante. Sem que houvesse esta aceitação pelo ponto de vista interno, mesmo que seja em um grau mínimo, a própria existência de um sistema jurídico se tornaria inviável.

Entretanto, devemos tomar cuidado com o termo “aceitação” tal qual empregado pela teoria hartiana. Aceitação, neste caso, não significa concordância com o sistema e tampouco a mera constatação de um hábito ou regularidade. Para citar um exemplo comum, um carnívoro pode dizer para um vegetariano, “Você não pode comer este pedaço de carne que está no seu prato”. O carnívoro aceita o sistema normativo do vegetariano, isto é, reconhece não só a existência lingüística e lógica do vegetarianismo, como também a maneira como os vegetarianos apresentam razões e justificações para suas regras alimentares e criticam a violação de tais regras, ainda que não concorde e nem siga suas práticas.

Seguindo esta abordagem, Neil MacCormick diz que o elemento mais importante da obra de Hart é como ele abordou a explicação das normas jurídicas como regras sociais para diferenciá-las de simples hábitos, comandos ou meras generalizações do comportamento humano². Utilizando método hermenêutico, tentou retratar o comportamento governado pelas regras como encarado por seus participantes, que o vêem como obedecendo ou deixando de obedecer a certos padrões compartilhados. Para que uma regra social exista, deve haver não só a regularidade de ação (elemento cognitivo) como também uma *atitude* entre os membros de um grupo cujo comportamento revela tal padronização, um tipo de atitude reflexiva

¹ Atribui-se, na obra de Hart, o desenvolvimento das reflexões sobre o ponto de vista interno e externo à leitura do livro *The Idea of social science and its relation with philosophy* de Peter Winch. Ver Winch (1990) PP. 57 ss. e Michelon (2004) Cap. 5.

² McCormick. (2010) Cap. 4.

(elemento volitivo) a esse padrão de comportamento como regra comum¹. A junção destes dois elementos, nos casos das regras sociais, faz com que, se houver um desvio no seu cumprimento, isto será tratado como uma falha ou como um lapso suscetíveis à crítica, mas desrespeitar um hábito de agir geral não precisa suscitar qualquer forma de crítica.

O ponto de vista hermenêutico é possível apenas se um ponto de vista interno é postulado ou pressuposto. Em outras palavras, minha capacidade de afirmar, explicar e interpretar as regras e outros *standards* e a sua aplicabilidade a casos dados depende da suposição de que uma ou algumas pessoas aceitam tais regras como *standards*, mas posso fazê-lo sem estar vinculado a eles. No caso do direito, ocorre uma confusão empírica que muitas vezes passa despercebida: mesmo que possamos enunciar proposições jurídicas sem fazer parte dele e sem nos comprometermos com sistema jurídico – podemos falar, por exemplo, que no direito brasileiro um dia foi válida a proposição “sou legítimo proprietário de um escravo”-, na maioria dos casos, esta divisão não está estabelecida, ou seja, aqueles que proferem enunciados jurídicos os “aceitam”, no sentido forte de comprometer com o mesmo sistema do qual fazem parte.

Esta é uma outra forma de enxergar o debate entre Hart e Fuller: eles possuem visões diferentes sobre de que ponto de vista é possível analisar os sistemas jurídicos. Podemos dizer que a análise de Fuller esteja comprometida com um ponto de vista interno – portanto não hermenêutico – ao admitir que qualquer interpretação no direito seja uma interpretação propositiva e contextual. Um ponto de vista interno, não como um participante direto do sistema jurídico, como um advogado ou juiz, mas como um teórico do direito que só reconhece a existência de um sistema jurídico se este estiver comprometido com algumas finalidades básicas². Desta forma, ele implicitamente argumenta que a “descrição” do direito só é possível se nos comprometermos em analisar suas finalidades e ao que ele se propõe, isto é, para dizer o direito tenho que ir além do direito mesmo naqueles casos em que a aplicação da norma será clara, como no exemplo do grupo de patriotas.

Podemos supor que o contra-argumento de Hart diria que essa é uma má compreensão da nossa linguagem. Por exemplo, é possível ler um jornal publicado em Portugal em 1850 pois consigo entender, sem o contexto e sem a verdadeira intenção dos redatores, o significado das palavras em português. Claro que minha compreensão seria *melhor* se tivesse conhecimentos históricos de Portugal daquela época, mas o fato de eu desconhecer o contexto não impede a compreensão. Este exemplo não diz que nossa linguagem é imutável e nem que

¹ “Em que pesem as dúvidas de alguns comentadores da obra de Hart, tomar uma “atitude crítica reflexiva” ou “aceitar” é ver um determinado comportamento como criticável e considerar esta espécie de crítica legítima (o termo crítica aqui é utilizado para designar tanto a censura quanto a aprovação de um comportamento)”. Michelon Jr. (2005) p. 149.

² Ver Schauer (1994).

a nossa linguagem possa ser perfeitamente inteligível sem atenção ao contexto, mas sim que algumas convenções lingüísticas, ou regras de linguagem, são conhecidas e compartilhadas por todos aqueles que sabem português.

A característica de nossa linguagem mais intrigante é sua natureza composicional, ou seja, como podemos compreender palavras e frases completamente novas que nunca tínhamos lido ou ouvido antes. Fazemos isso porque regras de linguagem, sejam elas explícitas ou implícitas, permitem que eu atribua significados a significantes (barulhos ou inscrições) sem ter contato com a intenção do interlocutor ou com o contexto no qual os significantes aparecem. Se estou andando na praia e observo uma inscrição na areia onde está grafado "S-O-C-O-R-R-O", imediatamente penso que alguém está precisando de ajuda e não em elefantes ou sapos. Neste sentido podemos falar que a linguagem requer somente um "contexto" mínimo de regras e acordos compartilhados por uma comunidade de falantes de uma mesma língua.

No caso do direito, podemos dizer que interpretamos as proposições jurídicas pois compartilhamos as mesmas regras de uma linguagem geral e da linguagem jurídica de uma forma específica. Como diz Schauer: "Because we understand the rules of language, we understand the language of rules"¹. Aqui há uma diferença fundamental entre a linguagem em que as leis são escritas e o propósito desta mesma lei. Propósitos são mais plásticos do que o sentido de uma linguagem. Eles não podem ser reduzidos em uma formulação canônica, pois a própria "canonização" de seus propósitos pode agir contra eles. O fato de eles não poderem ser reduzidos a um conjunto específico de palavras é o que lhes dá a sensibilidade necessária para os contextos novos que podem advir quando a norma for aplicada.

Para elucidar este ponto, Schauer elabora um exemplo. Suponhamos que o propósito da lei que proíbe veículos no parque é o de preservar sua paz e tranquilidade. Suponhamos, também, que este propósito deriva de um propósito ainda mais profundo, que é maximizar o prazer daqueles que residem na cidade. Agora, imaginemos que um campeão olímpico que acabou de ganhar seis medalhas de ouro é nativo desta cidade e está de volta ao mesmo parque, cenário de sua infância, ao lado do extremamente popular Presidente da República. A regra que proíbe veículos se aplica ao carro motorizado (*motorcade*) utilizado pelo Presidente da República, que o utiliza pois perdeu os movimentos da perna. Neste exemplo, o propósito da norma proíbe este carro motorizado, mas esta proibição frustrará o propósito ainda mais profundo de maximizar o prazer dos cidadãos ao receberem duas personalidades ilustres como essas². Assim, em um primeiro nível, existe tensão entre a linguagem e o propósito da norma;

¹ Schauer (1988). P. 528.

² Em uma situação mais simples, podemos pensar em uma cidade extremamente católica por ser o local de nascimento do atual Papa. Quando este deseja regressar ao parque em que

no próximo, entre o propósito da norma e o propósito mais profundo da regulação; podemos pensar em um propósito ainda mais profundo conflitando com o primeiro e assim por diante, infinitamente. O problema deste raciocínio está na confusão entre regra e *standards* propositivos por onde se perde o próprio conceito de regra. Se ocorre esta confusão, regras passam a ser interpretadas somente como guias de conduta e perdem seu caráter normativo. Como diz Schauer: "A rule's acontextual rigidity is what makes it a rule"¹. O próprio caráter rígido na norma – seu centro de certeza pejorativamente chamado de formalista – é o que faz dela uma norma. Essa rigidez é conquistada pela própria linguagem utilizada em sua formulação, embora desconsidere exaustivamente toda e qualquer situação quando será aplicada e por isso mesmo pode ser vista como arbitrária².

Voltando ao conceito de regra social, se confundo a regra com sua finalidade, mantenho o elemento cognitivo – identifico padrões que devem ser respeitados, por exemplo, que a regulação dos parques deve aumentar o prazer dos cidadãos – mas perco o elemento crítico, pois não consigo ao certo identificar quando esta finalidade foi violada e conseqüentemente não consigo julgar adequadamente a conduta daqueles que se submetem a essa finalidade³. Assim, podemos afirmar que regra social *qua* regra social só existe enquanto seus padrões lingüísticos puderem orientar claramente a conduta dos que compartilham desta regra. Quando esta orientação não puder ser estabelecida, a atitude crítica se torna impossível e o

passou a sua infância e encontrou o verdadeiro valor do catolicismo, precisa utilizar o "Papamóvel" para sua segurança no parque.

¹ Schauer (1988). p. 535.

² "De acordo com Hart, os princípios, tanto no caso jurídico quanto moral, são caracterizados como bases racionais de conduta e como sendo gerais em seu alcance. Regras, aparentemente em contraste, são em essência convencionais e, portanto, podem ser (em certo sentido) arbitrárias na forma específica que tomam, como na regra britânica de "manter a esquerda" ao dirigir – por que não manter a direita" como em todos os lugares? O ponto ou princípio envolvido é claro – dar condições de segurança na direção. O princípio é eminentemente racional, mas isso não torna "mantenha a esquerda" mais racional do que "mantenha a direita" ou vice-versa. MacCormick (2010). p.62.

³ "A diferença entre regras e hábitos sociais (e a própria existência de regras) é justificada por Hart através da constatação de que o desvio de alguns comportamentos regulares provoca um determinado tipo de reação (críticas, reconhecimento de obrigações, pedidos de obediência etc.), enquanto o desvio de outros comportamentos regulares não provoca qualquer reação (ao menos não provoca qualquer reação crítica). Para justificar a existência das regras Hart apela, portanto, para diferentes comportamentos lingüísticos socialmente típicos. O princípio metodológico que está implícito nesta prova (mas que Hart assume explicitamente no prefácio do *Concept of Law*) é: a análise de nosso comportamento lingüístico pode levar a uma conclusão sobre a existência de algo." Michelon Jr. (2005) p. 160.

que sobrar da regra transforma-se apenas em um guia de conduta¹. Se assumo que um ponto de vista interno pressupõe a preferência da conduta a um certo padrão, a transgressão desse padrão será objeto de crítica justificada. Se aqueles que compartilham determinado padrão de conduta não conseguem estabelecer claramente sua transgressão, o ponto de vista interno da regra se perde.

7. Conclusão

Neste trabalho tentei pôr em evidência a importância e a riqueza deste debate que se tornou fundamental para a filosofia do direito contemporânea. Agora, farei o esforço de traçar resumidamente os pontos que deveriam ter ficado claros em minha exposição. Se olharmos para a história da filosofia do direito, veremos que o conflito entre as posições extremas entre o formalismo idealista e o ceticismo realista – que muitos descrevem tragicamente como uma escolha entre Cila e Caríbdis – perdura há séculos². Como afirmei, o artigo de Hart pode ser visto como uma resposta aos realistas americanos da década de 1930 e que estes, por sua vez, estiveram em confronto com teorias formalistas desenvolvidas no século XIX. A saída de Hart foi optar por uma análise que buscasse dar conta das duas visões. Os juízes não seriam aplicadores mecânicos das leis positivadas e objetivas, tampouco expressam suas visões preferenciais subjetivas nas decisões. Sua engenhosa resposta, baseada na recém desenvolvida filosofia da linguagem, buscou analisar o que de fato os juízes fazem e como enxergam suas próprias ações e justificativas. Com o exemplo da proibição de veículos no parque, tentou esclarecer que, pela natureza de nossa linguagem, nenhum dos extremos explica corretamente as características da adjudicação. Devido à sua textura aberta, haverá casos em que o juiz poderá aplicar ou não claramente a norma, olhando retrospectivamente, mas também haverá aqueles em que, como um novo legislador, exercerá um poder discricionário.

A refutação de Fuller nos serviu como um alerta. A verdadeira vagueza da norma não reside simplesmente na divisão entre o *core* e a *penumbra* mas sim na maneira de

¹ Uma das críticas de Hart ao livro *The Morality of Law* está no fato de Fuller não ter apresentado em sua obra nenhum conceito de regra. “Os limites mais extremos dessa ampla concepção [da concepção de direito] não podem ser determinados, com precisão, a partir do livro, uma vez que o autor não nos oferece nenhuma explicação do que sejam ‘regras’, mas fala o tempo todo como se a noção de regra não contivesse nenhuma ambigüidade, nem apresentasse qualquer problema”. Hart (2010) p. 387.

² Entendo ser este debate muito mais rico e proveitoso do que aquele com o qual os estudantes de direito estão acostumados entre positivismo e jusnaturalismo. Claro que poderia ter dito que Hart elaborou uma versão bem fundamentada da teoria positivista e que Fuller desenvolveu um jusnaturalismo procedimental em sua obra. Entretanto, tais descrições breves não trariam nenhuma vantagem para a compreensão do debate que busquei reproduzir.

estabelecermos esta divisão. Embora equivocadamente assumamos uma teoria interpretativa contextual e propositiva, seus contra-exemplos servem para ilustrar que, em muitos casos, a interpretação literal de uma norma pode nos levar a casos absurdos. São casos difíceis não porque a linguagem não nos ofereça uma resposta. São difíceis precisamente porque as oferece, embora pareça a resposta errada. Evidente que, pelas regras de linguagem, um caminhão de guerra é um veículo, mas seria ele um veículo para o propósito da norma?

Entendemos melhor a refutação de Fuller se voltarmos para o conceito de textura aberta. Trata-se da constatação de que a verdadeira vagueza no direito está naqueles casos imprevisíveis, inimagináveis pela “hipótese” legislativa. Ou seja, deve-se não a uma vagueza inerente às palavras empregadas, mas sim à possibilidade da vagueza diante das novas situações apresentadas. Como poderia o legislador imaginar que um dia um grupo de patriotas gostaria de instalar um caminhão de guerra como um memorial de guerra ou que chamaríamos “livro” um dispositivo eletrônico capaz de armazenar uma biblioteca inteira?

Aqui há um verdadeiro problema: como entender a atitude dos juízes diante dessas situações imprevistas? Sugerimos que neste caso juízes passam a justificar o próprio sistema normativo que deverá ser seguido, a própria instituição de se proibir veículos no parque. Por isso sua interpretação será prospectiva, tentando analisar a finalidade do sistema jurídico do qual faz parte.

É importante ressaltar que este tema é um dos mais debatidos na teoria da interpretação contemporânea, principalmente acusando Hart de não ter dado a profundidade devida sobre como os juízes decidem na penumbra¹. Cito aqui sucintamente as duas principais críticas feitas a Hart sobre este ponto.

A discricionariedade alegada por Hart nestes casos foi atacada por Ronald Dworkin em sua primeira grande obra *Taking Rights Seriously* (1978). Dworkin acusa o positivismo de Hart por ter prestado muita atenção ao funcionamento de regras, não percebendo que o raciocínio e o debate que se estabelece nos casos de penumbra seguem, não a lógica a partir de regras, mas de princípios, políticas e outros tipos de padrões². Estes outros padrões – que podem ser chamados genericamente de princípios, mas que podem ser subdivididos em princípios e políticas – apresentariam um funcionamento lógico distinto do funcionamento das regras. Tivesse Hart prestado atenção a esta distinção, teria percebido que a suposta discricionariedade para a criação de uma nova regra, na verdade, está orientada pela justificação de princípios morais. Por isso, argumenta Dworkin, deve-se pensar com cuidado

¹ Ver a apresentação de Ronaldo Porto Macedo Jr. à tradução brasileira do livro *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Hart (2010).

² Dworkin (2002) p. 36.

quando positivistas, como Hart, utilizam o conceito de “poder discricionário” quando decidem na penumbra. Como vimos no começo deste trabalho – ver nota 18 –, Hart rejeita a tese de que, nos casos de penumbra, o “dever ser” do direito é tomado com bases em critérios morais e é veemente ao dizer que o poder discricionário é exercido à luz das novas circunstâncias antes imprevisas pelo direito. Aqui seu argumento fundamental é o de que o direito existente nada diz sobre como decidir em situações imprevisas. Dworkin rebate este argumento dizendo que “esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuam poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado”¹. Dessa forma Hart teria se enganado, pois o juiz, nestes casos, devem justificar sua decisão com base em princípios morais que podem, sim, orientar a decisão para um novo caso particular.

Já Neil MacCormick, em sua leitura, aliás em muitos pontos parecida com a de Dworkin, diz que Hart deveria ter diferenciado melhor regras, princípios e *standards* de conduta em geral. Ele diz que “a idéia de as regras possuem um ‘aspecto interno’ é endossada, mas não é considerada suficiente para distinguir *regras* de outros tipos de *standards* cuja existência reconhece”². Tivesse Hart distinguido melhor este ponto, diz McCormick, teria percebido que existem cânones interpretativos e *standards* de conduta que orientam os juízes quando decidem na penumbra. Hart teria apontado na direção certa, mas não foi muito longe porque não analisou o fato de que “nos sistemas jurídicos existem cânones ou *standards* de raciocínio jurídico que determinam quais são as justificativas satisfatórias para decisões judiciais quando a justificativa por simples dedução de uma regra jurídica e dos fatos estabelecidos do caso é inaplicável (...)”³

Por fim, sugeri que uma forma de enxergar o debate entre Hart e Fuller é dizer que eles possuem diferentes pontos de vista sobre o direito. Fuller estaria comprometido com um ponto de vista interno em sua análise propositiva e contextual quando diz que é somente à luz do dever ser do direito que posso estabelecer o que de fato ele é. Hart, estabelecendo a divisão entre um núcleo de certeza e a zona de penumbra, analisa o direito a partir de um ponto de vista hermenêutico. Sob este ponto de vista, pode dizer que é exatamente o caráter rígido das normas que permite que apenas postulamos a existência de um sistema jurídico sem, no entanto, fazer parte dele. Sem que houvesse este núcleo duro de significação, os participantes da ordem jurídica perderiam o elemento crítico capaz de avaliar o descumprimento das regras sociais.

¹ Dworkin (2002) p. 57.

² MacCormick (2010) p. 72.

³ Idem. P. 172.

Referencias bibliográficas.

BAKER, Gordon. Verehrung und Verkehrung: Waissmann and Wittgenstein. In Wittgenstein: Sources and Perspectives. C. G. Luckhardt (org.). Harvester Press, 1979. Págs. 342.

BIX, B. H. L. Hart and the "Open Texture" of Language. Law and Philosophy, Vol. 10, No. 1. PP. 51-72, (Feb. 1991).

ENDICOTT, Timothy A. O. Linguistic Indeterminacy. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 16, No. 4 (Winter, 1996), PP. 667-697.

DWORKIN, R. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FULLER, L. American Legal Realism 82 U. Pa. L. Review 429, 430-431 (1934).

_____. Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart. Harvard Law Review, 71 PP. 630-672. (1958).

_____. The Morality of Law. Yale University Press. Revised Edition. (1969).

HART, L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. 70 Law Quartely Review, 37. (1953)

_____. Positivism and the Separation of Law and Morals. Harvard Law Review, 71 PP. 593-629 (1958).

_____. O Conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1998.

_____. Ensaios sobre Teoria do Direito e Filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

KHATCHDOURIAN, Haig. The Philosophical Quartely, Vol. 12, No. 47 PP. 138-152. (Apr. 1962).

LYONS, David. Open Texture and The Possibility of Legal Interpretation. Law and Philosophy, Vol. 18, No. 3 PP. 297-309. (May, 1999).

O'CONNOR, D. J., Philosophy and Ordinary Language, The Journal of Philosophy, Vol. 48, No. 26 PP. 797-808. (Dec. 20, 1951).

SCHAUER, F. Formalism. Yale Law Journal, Vol. 97. pp. 509-548 (1998).

_____. Exceptions. The University of Chicaco Law Reveiw. Vol. 58, No. 3, PP. 871-899. (Summer, 1991).

_____. A Critical Guide to Vehicles in the Park. (2008).

STRUCHINER, N. Para falar de regras : o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. In: http://ged1.capes.gov.br/CapesProcessos/919300-ARQ/919300_5.PDF. Rio de Janeiro : PUC-Rio, 2005.

SUMMERS, Robert. Professor H. L. "Hart's Concept of Law". Duke Law Journal, Vol. 1963, No. 4. (Autumn, 1963).

WAISMANN, F. Symposium: Verifiability Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, Vol. 19, Analysis and Metaphysics (1945)

WINCH, P. The Idea of Social Science and its Relation to Philosophy. 2^a. Ed. London: Routledge, 1990.

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA: OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS EMBRIÕES CRIOPRESERVADO

ANA LÚCIA SOARES DOTTA DE OLIVEIRA

(Primeiro Colocado no Concurso Estudantes De Direito)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar as implicações jurídicas no tocante à reprodução assistida, em especial os direitos inerentes aos embriões criopreservados. Para isso, buscou-se verificar nos dispositivos legais, bem como na doutrina e jurisprudência pátrias o *status* dos embriões criopreservados oriundos de tais técnicas bem como os direitos a eles inerentes, em especial, quanto à questão sucessória. Nesse sentido, procurou-se esclarecer indagações acerca das questões mais relevantes e polêmicas quanto à possibilidade de direitos para esses embriões, bem como as possíveis implicações no cenário jurídico. Assim, constatou-se que, embora não haja legislação específica que determine os direitos dos embriões, estes, acaso sejam implantados no útero materno *post mortem* do cônjuge, deveriam ter seus direitos sucessórios assegurados. Isso porque, além de se respeitar o projeto parental, buscar-se-ia também atender aos princípios constitucionais que coíbem quaisquer discriminações entre filhos e garantem a proteção à família, célula matriz da sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: embriões, reprodução assistida. direitos sucessórios.

ABSTRACT

This study aims to examine the legal implications regarding to assisted reproduction, in particular the rights attached to cryopreserved embryos . To this end, we sought to verify in the legal provisions as well as the doctrine and national jurisprudence, the status of cryopreserved embryos derived from such techniques and the rights attached to them, in particular as to the succession problem. In this way, through the dialectical approach , we sought to clarify questions about the most relevant and controversial issues concerning the possibility of rights to embryos and the possible implications in the legal setting. Thus, it was found that, although there is no specific legislation determining the rights of embryos, these, if implanted in the *post mortem* womb of the spouse , should have ensured its succession rights. That's because, in addition to respect parental project, it would also seek to meet the constitutional principles that restrain any discrimination between children and guarantee the protection of the family, mother cell of society

KEYWORDS : embryos , assisted reproduction, succession rights.

Sumário: Introdução; I- O acesso à paternidade e à maternidade na era contemporânea; 1.1. O direito à procriação; 1.2. Princípios constitucionais relevantes ao planejamento familiar; 1.3. A reprodução assistida e as regras infraconstitucionais vigentes; 1.3.1. As normas do Conselho Federal de Medicina; 1.3.2. A reprodução humana e o Novo Código Civil; II - O nascituro e o embrião: sua proteção jurídica; 2.1. A proteção jurídica do nascituro; 2.1.1. O Nascituro no Código Civil de 2002; 2.2. O estatuto jurídico do embrião; 2.2.1. A formação do embrião humano e seu *status* jurídico; 2.3. A questão dos embriões excedentários; III - Os inteesses sucessórios do embrião criopreservado; 3.1. A reprodução assistida *post mortem*; 3.2. Os direitos sucessórios do embrião criopreservado; 3.2.1. Legitimidade sucessória do embrião; 3.2.2 Formas de garantia de direitos hereditários aos embriões; 3.2.2.1. A sucessão testamentária e a prole eventual; 3.2.2.2. O fideicomisso; 3.2.2.3. A petição de herança; Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como fulcro perquirir sobre a questão dos embriões criopreservados oriundos de técnicas de reprodução humana assistida, em especial quanto aos efeitos dessa prática em termos sucessórios. É notório que, com os avanços tecnológicos experimentados nas últimas décadas, em especial pela ciência genética, muito se tem evoluído nesse campo. Em razão disso, criam-se situações para as quais o direito precisa trazer respostas que resolvam conflitos, os quais, por vezes, mostram-se deveras complexos, uma vez que geram consequências em outras esferas.

Sabe-se que inseminações artificiais e *in vitro* são temas polêmicos, os quais abrem portas a debates éticos e a questões legais já que esses métodos artificiais alteram a forma natural de procriação. Ademais tais procedimentos eram considerados, há poucas décadas, inimagináveis, e nesse sentido desafiam o direito, o qual não conseguiu acompanhar tal evolução. Isso faz com que, diante das esparsas regras a respeito, seja necessário refletir acerca desse tema de tal forma que se possa repensar conceitos até então cristalizados e que agora, diante de novas perspectivas, mostram-se inovadores e, ao mesmo tempo, intrigantes.

Diante disso, buscar-se-á, inicialmente, tecer considerações sobre o direito à procriação, o qual goza de amparo constitucional, uma vez que a própria Carta Magna prevê o direito ao planejamento familiar, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Serão mostrados, também, os princípios que norteiam o planejamento familiar, bem como o amparo

trazido pela Lei n. 9263/96, a qual pretende assegurar pleno acesso às técnicas de reprodução assistida, existindo, entretanto, divergências nas decisões dos tribunais pátrios quanto à efetivação dessa garantia.

Tratar-se-á, ainda no primeiro capítulo, acerca da escassa legislação pátria sobre a reprodução humana assistida uma vez que existem apenas as Resoluções do Conselho Federal de Medicina e uma breve alusão a tais técnicas no Código Civil de 2002, quando trata da presunção de paternidade.

O segundo capítulo tratará mais detidamente do *status* jurídico do embrião, buscando compará-lo ao do nascituro, o qual detém proteção no ordenamento jurídico vigente. Buscar-se-á o entendimento da doutrina e da jurisprudência no tocante à tutela jurídica dos embriões, os quais se constituem como vida em potencial. Nesse sentido, analisar-se-ão os principais pontos e limitações trazidos pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina em relação à reprodução assistida, em especial, aos embriões excedentários.

O último capítulo tratará dos reflexos trazidos pelas técnicas de reprodução assistida, especialmente no direito sucessório, analisando-os com respaldo em diversos doutrinadores. Desse modo, buscar-se-á esclarecer aspectos importantes que geram vários questionamentos, como a possibilidade de direitos sucessórios ao embrião implantado *post mortem* bem como as implicações jurídicas desse procedimento.

Por derradeiro, buscar-se-á trazer à baila as formas de garantia de direitos hereditários aos embriões, segundo o entendimento doutrinário, bem como as controvérsias que envolvem a questão e que colocam em aparente conflito a segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos. Procurar-se-á, enfim, através deste estudo, enfrentar os principais aspectos que tanto intrigam doutrinadores e operadores do direito acerca das questões, principalmente sucessórias, que envolvem a reprodução assistida, especialmente em relação aos embriões excedentários, os quais ainda representam um desafio a ser enfrentado por todos os segmentos envolvidos.

I - O ACESSO À MATERNIDADE E À PATERNIDADE NA ERA CONTEMPORÂNEA

1.1. O direito à procriação

Os avanços científicos advindos no século passado, em especial a partir do final da década de 70, com o nascimento do primeiro bebê de proveta no mundo, vieram desmistificar os paradigmas outrora consagrados acerca da reprodução humana. O que antes seria

inimaginável – um casal com problemas de fertilidade poder ter filhos biológicos – pôde se tornar realidade.

A maternidade, antes vista como dom divino, uma dádiva concedida à mulher de poder gerar e gestar a sua prole, hoje adquiriu inovadoras proporções. Da pioneira técnica da proveta aos mais avançados métodos de reprodução assistida, hoje experimentados por inúmeros casais em todo o mundo, muito se evoluiu, permitindo que o sonho de parceiros inférteis pudesse se tornar realidade.

Entretanto, o direito à procriação sofreu variadas transformações com o passar do tempo. Isso porque, tal direito, em especial sob o ponto de vista religioso, sempre esteve atrelado ao casamento. Segundo Espinosa, *"para os cristãos, o desejo de ter um filho próprio natural é o fim do sacramento do Matrimônio"*¹. O autor afirma ainda que, mesmo em termos jurídicos, a procriação foi, durante longo tempo, considerada como uma das finalidades do casamento, consequência natural do débito conjugal.

Tomando-se como ponto de partida o modelo patriarcal, hierarquizado e transpessoal da família, vista como célula matriz da sociedade, admitia-se o sacrifício pessoal de seus membros em nome da manutenção do vínculo de casamento. Mais ainda, compreendia-se a família como "unidade de produção, realçados os laços patrimoniais".² Nesse sentido, as pessoas se uniam com o objetivo de formar patrimônio, o qual posteriormente seria transmitido aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí havia, como afirmam Cristiano Farias e Nelson Rosenthal, *"a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade"*³.

Com a mudança dos costumes, o advento da pílula anticoncepcional e a consequente liberação sexual, intensificados desde as últimas décadas do século passado, a sociedade avançou. Passaram, pois, a viger novos valores e o desenvolvimento científico atingiu limites nunca antes imaginados, admitindo-se a concepção artificial do ser humano, sem a presença do elemento sexual. Ainda, de acordo com Cristiano Farias e Nelson Rosenthal, *"os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família"*⁴.

¹ ESPINOSA, Jaime. *Questões de Bioética*, São Paulo: Quadrante, 1998, p. 39.

² FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENTHAL, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 4

³ FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENTHAL, Nelson. *Direito das famílias. Op. Cit.*, p. 4

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENTHAL, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 4

Assim sendo, ao se colocar em evidência a estrutura familiar tradicional em meio às diversas inovações da ciência, permite-se compreender a família sob novas nuances. Nesse sentido, buscou-se o reconhecimento de novos direitos no tocante à concepção e à procriação, direitos estes que, embora devam ser previstos e assegurados pela legislação, não podem sofrer limitações por parte do Estado.

Sabe-se que, nas relações de família, a regra geral preponderante é a autonomia privada, cabendo a intervenção estatal apenas quando esta se fizer justificável, de modo a garantir direitos, em especial, os fundamentais, como no caso de alimentos, por exemplo. Assim, assevera Rodrigo da Cunha Pereira:

Sob nova roupagem e assumindo novo papel, a família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, sobretudo no que se refere à intimidade de seus membros, reconhecido um notório processo de privatização das relações, com propagação da interferência mínima do Estado no âmbito das relações privadas¹.

Heloisa Helena Barboza leciona que o *"right to procreate apresenta um conteúdo negativo, isto é, que atribui ao indivíduo uma defesa contra qualquer privação ou limitação, por parte do Estado, da liberdade de escolha, quanto a procriar ou não"*.²

Sendo assim, entende-se que resta reconhecido, como direito humano, a livre escolha reprodutiva, estando inerente a essa escolha o momento e a forma desejados, sem qualquer interferência estatal. Entretanto, não se trata de um direito absoluto, ilimitado, o qual não encontra quaisquer barreiras. Se aos futuros pais assiste o direito ao planejamento familiar, à constituição de uma família, gerando seus filhos biológicos, ou não; aos futuros filhos, fruto desse desejo, cabem também direitos como à dignidade e à formação de sua personalidade no seio de uma família

Heloisa Helena Barboza ainda quanto à efetivação do direito de se reproduzir, afirma que:

(...) não se restringe à esfera de interesses de um indivíduo, na medida em que, necessariamente, interfere de modo decisivo em outro: em outras palavras, ao se reconhecer o direito à procriação, é indispensável

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 156-157.

² BARBOZA, Heloísa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157

que se considerem os direitos do filho, também internacionalmente reconhecidos.¹

A Constituição Federal de 1988, no artigo 226, *caput*, tratou de conferir à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Previu, ainda, no parágrafo 7º do referido artigo, atenção especial ao planejamento familiar:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.²

Nesse sentido, percebe-se a preocupação do legislador em assegurar a autonomia em relação ao direito de reprodução bem como o acesso a todos os meios e informações para que tal intento se realize.

Em termos infraconstitucionais, o direito ao planejamento familiar encontra-se previsto na Lei n. 9.263/96, que expressamente, em seu artigo I, declara-o como inerente a todo cidadão. O artigo 3º, parágrafo único, I, prevê que a este direito esteja incluída a assistência à concepção e contracepção, devendo ser oferecidos, em consonância ao que dispõe o artigo 9º, todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção³. Desse modo, pode-se inferir que a legislação supracitada abarca as técnicas de reprodução assistida, as quais devem encontrar também limitações normativas.

Heloisa Helena Barbosa leciona que, no Brasil, o direito ao planejamento familiar não é absoluto e que, embora seja previsto constitucionalmente, é necessário confrontá-lo com outros princípios constitucionais⁴. Tal confronto precisa ocorrer de tal forma que o desejo de

¹ BARBOZA, Heloísa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 230-231.

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/10/2013.

³ BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento familiar. Brasília, DF., 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l923.htm.

⁴ BARBOZA, Heloísa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). Op. Cit. p. 231.

procriação possa ser devidamente exercido em observância a princípios de extrema relevância, os quais devem sempre prevalecer.

1.2. Princípios constitucionais relevantes ao planejamento familiar

É certo que a Constituição Federal de 1988 procurou proteger a família enquanto instituição, célula vital da sociedade. Sabe-se também que tal proteção buscou assegurar direitos, como o de procriação, através do planejamento familiar responsável. Entretanto, tais direitos, como já fora dito, não se encontram ilimitados, carecendo, pois, de detida reflexão à luz do direito e do ordenamento jurídico.

Se a Carta Magna procurou garantir a proteção à família, é na própria Constituição Federal que se devem buscar os pilares para que tal proteção se efetive. Nesse sentido, surgem os princípios constitucionais, os quais precisam ser observados, de forma a assegurar a todos o pleno reconhecimento de seus direitos. O primeiro deles é a dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Lei Maior e considerado fundamento da República Federativa do Brasil. Trata-se de um conceito em processo de construção, uma vez que abarca uma gama de valores existentes na sociedade e que esta se encontra em constante evolução. Ingo Wolfgang Sarlet, ao conceituar a dignidade da pessoa humana, preceitua:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹

Assim sendo, pode-se perceber que o princípio da dignidade da pessoa humana configura-se como o mais amplo dos princípios constitucionais e, no que concerne ao direito de família, o princípio norteador que busca assegurar a garantia plena de desenvolvimento de todos os membros do grupo familiar. É necessário, portanto, reconhecer que a dignidade humana se constitui como o princípio maior do direito ao planejamento familiar e se impõe

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

como limite supremo de toda a sua normatização. Isso porque a família contemporaneamente deve ser vista como instrumento de realização da pessoa humana, de modo a se evitar quaisquer interferências que violem os interesses de seus membros, tutelada na medida em que se promova a dignidade das pessoas que a compõem, garantindo igualdade substancial e solidariedade entre elas.

Outro princípio, relevante ao planejamento familiar e intimamente ligado ao princípio da dignidade humana, é o da paternidade responsável. Previsto expressamente na Constituição Federal, no § 7º do artigo 226 e implícito no artigo 229, o qual impõe deveres aos pais, quais sejam os de educar, assistir e criar os filhos menores, respeitando os seus direitos, tal princípio tem como sinônimo “responsabilidade”. Responsabilidade esta que se configura desde a concepção até quando os filhos necessitem da assistência familiar, em consonância ao que determina o artigo 227, ou seja, se configura como uma garantia fundamental. Trata-se, pois, de um dever inerente à própria parentalidade, fundamentado na igualdade entre homem e mulher, os quais devem sopesar e dividir responsabilidades, participando de forma igualitária das decisões que afetem a vida dos filhos. Assim sendo, tal princípio objetiva um planejamento familiar racional e independente, de modo a permitir que os membros da família possam se desenvolver naturalmente e de forma salutar.

A aplicação do princípio do melhor interesse da criança considera as necessidades do menor em detrimento aos interesses dos pais, observando-se sempre o caso em concreto. Trata-se, pois, de uma forma de proteger e tutelar direitos de uma parcela da população que, notoriamente, encontra-se em situação de vulnerabilidade frente a outros grupos. Permite-se assim uma mitigação do princípio da igualdade, de modo a garantir aos portadores de uma desigualdade intrínseca a efetivação de seus direitos. Tem-se, portanto, outro princípio intimamente ligado à dignidade humana, uma vez que considera as vulnerabilidades existentes, buscando atingir a “igualdade jurídica material e não meramente formal”.¹

É preciso considerar, ainda, no que se refere ao planejamento familiar, a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges ou conviventes, um princípio pautado no fato de que, na vigência da sociedade conjugal, deve prevalecer a igualdade substancial, deixando-se de lado qualquer ação discriminatória, que subjugue a mulher. Ao cuidar da proteção jurídica da família, a Constituição Federal de 1988, assim dispõe, no artigo 226: “os *direitos e deveres*

¹MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003, p. 123.

referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Entretanto, na prática, como observa Heloísa Helena Barbosa:

intrincadas questões podem se originar da falta de entendimento entre os cônjuges quanto à constituição, limitação ou aumento da prole, na medida em que, em nossa cultura, têm sido atribuídas à mulher, quase que com exclusividade, as ações para tanto.¹

Vê-se, por vezes, que muitas das decisões, as quais, em princípio, são tomadas em conjunto pelo casal, não raras vezes, chegam ao Judiciário, cabendo a este resolver os conflitos a elas inerentes. É o caso, por exemplo, da presunção de paternidade na reprodução assistida heteróloga, quando desfeita a união entre o casal, o cônjuge contesta tal condição, mesmo após ter aceitado que sua esposa fosse inseminada artificialmente pelos gametas de um suposto doador. Ou ainda, na hipótese de o cônjuge negar o consentimento necessário para tal inseminação, sendo esta um desejo da mulher. Trata-se de questões que ainda se constituem como um desafio para os operadores do Direito e que precisam ser resolvidas e apreciadas com cautela.

Ainda versando na esteira da isonomia, o planejamento familiar deverá observar a plena igualdade entre os filhos, uma vez que a Lei Máxima, no artigo 226, § 6º, assim estabelece: "*os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação*".² Trata-se de um princípio que concretiza a dignidade da pessoa humana, pois não mais poderá ser dado ao filho qualquer tratamento diferenciado em razão de sua origem. Assim sendo, como asseveram Cristiano Farias e Nelson Rosenthal, "*qualquer filho gozará dos mesmos direitos e proteção, seja em nível patrimonial, seja mesmo na esfera pessoal*"³

Desse modo, tem tal princípio o poder de impedir que ocorram distinções entre os filhos, pautadas na relação entre os pais ou ainda em relação à sua origem biológica ou não. Por derradeiro, verifica-se que a Lei n. 9263/96, em consonância ao artigo 226, § 7º da

¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Op. Cit., p. 162

² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/10/2013.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENTHAL, Nelson. *Direito das famílias*. Op. Cit., p. 54.

CRFB/88, ao incluir o planejamento familiar no conjunto de ações previstas no art. 3º daquele dispositivo, buscou atender ao princípio que assegura o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. No que tange às técnicas de reprodução, previstas no artigo 9º da Lei n. 9263/96, estas abrangem a reprodução assistida, prevista no Código Civil de 2002, quanto à presunção de paternidade, devendo atender a todos aqueles que dela necessitarem, e, inclusive, encontrar-se disponível, gratuitamente, através do SUS (Sistema Único de Saúde).

1.3. A reprodução assistida e as regras infraconstitucionais vigentes

1.3.1. As normas do Conselho Federal de Medicina

O direito ao planejamento familiar encontra, em seu aspecto positivo, o direito à procriação, o qual abarca não somente a previsão de quantos filhos o casal pretende ter, como também a forma como eles serão gerados. Isto, no caso de não ser possível a concepção de forma natural, através da relação sexual. Sabe-se que a ciência, desde o final do século passado, muito avançou no campo da reprodução humana, tanto que o desejo de ter um filho biológico, outrora inviável a casais inférteis, tornou-se uma realidade cada vez mais presente. Trata-se das técnicas de reprodução assistida, as quais podem e devem ser utilizadas quando, após esgotadas todas as formas de concepção natural e todos os tratamentos possíveis, o casal não consiga seu intento.

Entretanto, embora tenha se intensificado desde o início deste século, a reprodução assistida ainda não encontra regulamentação no ordenamento jurídico pátrio. A mais recente tentativa foi o Projeto de Lei nº 1184/03, que há dez anos tramita no Congresso Nacional e que pretende normatizar a questão. Entretanto, o que existe, na prática, são alguns artigos do Código Civil, que tratam das técnicas de Reprodução Assistida e sobre os quais abordar-se-á mais adiante, e as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). Estas buscam, com base na Lei de Biossegurança, disciplinar pontos importantes de tal procedimento orientando os profissionais envolvidos quanto às medidas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida e normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício de tais técnicas.

A primeira Resolução do Conselho Federal de Medicina, sob o nº 1358/92, dispunha, como um de seus "Princípios Gerais", *in verbis*:

1- As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo

de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.¹

Em suas Considerações iniciais, a Resolução nº 1358/92 afirmava que a infertilidade humana, devido à sua importância, deveria ser tratada como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas. Salientava, também, que o avanço científico permitiria solucioná-la, porém seria necessário harmonizar tais técnicas com os princípios da ética médica.

Insta salientar, nesse ponto, que, embora seja vista como uma terapia, a reprodução assistida não tem como escopo a cura da infertilidade (e não o faz); trata-se de uma forma alternativa trazida pelas inovações científicas, mas que encontra também as suas limitações. Assim sendo, tais técnicas devem ser utilizadas desde que não ofereçam quaisquer riscos às pacientes que a elas se submetem tampouco aos futuros bebês.

Outro ponto relevante encontrava-se no consentimento informado, também previsto no item nº 1, "Dos Princípios Gerais". Tal dispositivo determinava que aos pacientes, bem como aos doadores, seriam esclarecidas, de forma detalhada, todas as questões referentes aos procedimentos. Deveriam também ser elucidados os aspectos éticos, jurídicos, biológicos e econômicos, de tal forma que, ao firmarem consentimento em documento próprio, estariam todos os envolvidos totalmente cientes de todas as implicações das técnicas de reprodução bem como das consequências trazidas por tais procedimentos.

O consentimento informado do cônjuge também seria imprescindível caso a mulher, submetida aos procedimentos de RA, fosse casada ou mantivesse união estável.²

Posteriormente, surgiu a Resolução nº 1957/10 que, em sua exposição de motivos, destacou a extrema importância da Resolução anterior, diante da inexistência de dispositivos legais sobre o assunto:

¹ BRASIL.Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.358. Publ. no Diário Oficial da União em 19/11/92, Seção I, p. 16053. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 12/11/13.

² O Projeto de Lei n. 1184/03, no art. 19, II, ao tratar das infrações e penalidades decorrentes da reprodução assistida, prevê, inclusive, que a ausência de consentimento livre e esclarecido dos beneficiários e dos doadores constitui crime, com pena de 1 a 4 anos e multa. In: BRASIL, Projeto de Lei nº 1.184/03. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacaohtm. Acesso em 12.12.13.

A Resolução 1.358/92 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. Porém, dezoito anos após, considerando os avanços técnico-científicos e modificações de condutas éticas por parte da sociedade, o Conselho Federal de Medicina decidiu, junto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo, revisar a resolução em comento, adaptando-a à evolução tecnológica e modificações de comportamento social.¹

A referida Resolução manteve os princípios da anterior, trazendo apenas três modificações relevantes: I) passou a haver limites quando ao número de embriões transferidos.; II) todas as pessoas capazes poderiam recorrer à técnica de reprodução assistida; III) passou a ser permitida a utilização do sêmen *post mortem*, desde que tivesse ocorrido a autorização do doador.

Em abril de 2013, o Conselho Federal de Medicina aprovou nova Resolução, sob o nº 2013/13, a qual manteve o texto da anterior, trazendo poucas, porém, relevantes modificações. Em sua exposição de motivos, afirma que, tais mudanças se justificam pelas constantes transformações sociais e pela rápida evolução científica nessa área. Dentre as principais modificações encontram-se: I) a permissão para o uso das técnicas de RA por casais homossexuais ou pessoas solteiras; II) o estabelecimento de limites de idade máxima para se submeter aos procedimentos e para doação de gametas; III) o descarte de embriões criopreservados por mais de 5 anos, se esta for a vontade dos pacientes e não apenas para pesquisas com células-tronco como prevê a Lei n. 11.105/05.²

Nota-se, portanto, que a legislação vigente no Brasil não buscou ainda normatizar a reprodução assistida. Dessa forma, coube ao Conselho Federal de Medicina editar normas que viabilizassem tais procedimentos, enquadrando-os dentro dos padrões éticos em consonância a outros dispositivos, como a Lei de Biossegurança e a própria Constituição Federal de 1988. Ainda assim surgem inúmeras questões e constantes conflitos que chegam ao Poder Judiciário clamando por uma solução. Nesse sentido, deve-se entender que, diante dessa nova perspectiva tecnocêntrica que se instaurou após os avanços científicos experimentados nos

¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1957/10. Publ. no Diário Oficial da União, Seção I, p. 79, em 06/01/11. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 13/11/13.

² BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119, em 09/05/13. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso: 13/12/13.

últimos anos, a legalidade constitucional deve se impor atuando como um verdadeiro “filtro” para as novas possibilidades tecnológicas.

1.3.2. A reprodução humana e o Novo Código Civil

O Código Civil de 2002 traz, em seu artigo 1597, ao tratar da presunção de paternidade:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I- nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II- nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV- havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.¹

Observa-se que o Código Civil não buscou disciplinar de forma mais detalhada a questão da reprodução assistida, tema de extrema relevância na seara civilista e do qual emergem diversos questionamentos. Assim, a opção do legislador parece ter sido a de remeter às vias ordinárias a tarefa de detalhamento de um conteúdo de extrema especificidade técnica, como se pode inferir pelo conteúdo genérico e aberto trazido pelo artigo supracitado. Miguel Reale, que participou da elaboração do Código Civil de 2002, justifica tal opção, afirmando que questões tão complexas como as que envolvem a ciência médica e a biogenética, como por exemplo, a fertilização *in vitro*, carecem de legislações específicas. O autor cita exemplos de nações como os Estados Unidos e a Inglaterra, as quais possuem legislações autônomas e específicas para tratarem do tema.²

¹ BRASIL, Código Civil, Lei nº 10.406/02. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/lei/2002/l10406.htm. Acesso em 16/12/13.

² REALE, Miguel. *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em: <http://miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccchtm>. Acesso em 10/10/2013.

Os incisos III a V do novo Código Civil, supracitados, tratam da técnica de reprodução artificial., ou seja, aquela que não se dá por meios naturais, via relação sexual. Quanto aos métodos artificiais, os mais usuais são: a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

De acordo com Jussara Maria Leal de Meirelles, a inseminação artificial pode ser assim definida:

(...) técnica mais antiga que consiste, basicamente, na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado". Já a fertilização *in vitro*, consiste "em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e após algumas horas ou , em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio¹.

Ambas as técnicas podem se dar de duas formas: a homóloga, em que o material genético que dará origem ao embrião é oriundo do próprio casal; e a heteróloga, na qual os gametas, são provenientes de doadores. Neste caso, segundo Guilherme Calmon, poderão ocorrer três formas:

i) reprodução heteróloga unilateral *a patre* (quando o terceiro é doador de espermatozóide); ii) reprodução heteróloga unilateral *a matre* (quando a terceira pessoa é doadora do óvulo, o qual será fecundado *in vitro*, para depois ser transferido para o útero da mulher que deseja procriar); e iii) reprodução heteróloga bilateral (quando ocorre a doação por terceiros tanto do espermatozóide como do óvulo, sendo a fertilização realizada *in vitro* e após transferido para o útero da mulher que gerará o embrião implantado)²

Não se pode olvidar da existência da gestação de substituição, popularmente conhecida como "barriga de aluguel", a qual já trouxe e ainda vem trazendo muitas implicações jurídicas. Embora não prevista no Código Civil, tal possibilidade de reprodução assistida, disposta no item VII da Resolução 2013/13, do Conselho Federal de Medicina, somente poderá ocorrer "*caso exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.*"³ Cumpre salientar que, conforme determina a própria Resolução, a doação do útero deverá ser gratuita, sendo vedado qualquer fim

¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 342.

³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, item VIII. p. 120, em 09/05/13. Disponível em: www.portalmedico.org.br. Acesso: 13/12/13.

lucrativo; a doadora, em regra, deverá ter até 50 anos e ser parente até o quarto grau da doadora genética¹.

O Código Civil de 2002, ao tratar de forma tão abrangente da reprodução assistida, chamando-a genericamente de "inseminação artificial," trouxe dois pontos importantes que precisam ser abordados mais detidamente. O primeiro encontra-se no inciso III, o qual prevê a possibilidade de a inseminação artificial homóloga ocorrer após a morte do marido. Assim sendo, dispõe acerca de gametas masculinos criopreservados e da possibilidade jurídica de a mulher do doador, após seu falecimento, vir a utilizá-los. A Resolução 2013/13 do Conselho Federal de Medicina trata claramente dessa hipótese, afirmando, no item VIII, no tocante à reprodução assistida *post mortem* que a mesma *"é possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente."* Entretanto esse procedimento, embora previsto na legislação civilista, provoca discussões doutrinárias especialmente quanto à questão da autorização do doador e ao tempo para que a técnica se efetive, uma vez que gera intensos reflexos no âmbito do Direito de Família.

O segundo ponto crucial da questão encontra-se no inciso IV, ao dispor acerca dos embriões criopreservados e sobre a possibilidade de implantação dos mesmos a qualquer tempo. Surge, neste ponto, um terreno fértil para intensos embates entre os doutrinadores, uma vez que as implicações de tal procedimento também esbarram, por vezes, em consequências éticas e jurídicas, estas relevantes no Direito de Família e, em especial, no direito sucessório. Nesse ínterim, emergem questionamentos inevitáveis acerca da natureza jurídica do embrião, se o mesmo constitui-se como uma vida em potencial ou apenas fruto de material genético de propriedade dos doadores e que poderia, portanto, ser descartado a qualquer tempo.

II - O NASCITURO E O EMBRIÃO: SUA PROTEÇÃO JURÍDICA

2.1. A proteção jurídica do nascituro

2.1.1. O Nascituro no Código Civil de 2002

O artigo 2º do Código Civil determina: *"A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*.

¹ Na Resolução n. 1957/10, o limite de parentesco limitava-se até o 2º grau e não havia limite de idade.

Torna-se evidente que a legislação civilista não confere ao nascituro a chamada “personalidade”, pois como determina literalmente o dispositivo, esta se inicia apenas a partir do nascimento com vida. Trata-se de intrigante tema, o qual fora objeto de estudos e de verdadeiros embates por parte de doutrinadores e operadores do direito.

José Carlos Barbosa Moreira assim leciona:

No direito romano, e mesmo em legislações modernas, a aquisição da personalidade requeria, além do nascimento com vida, a viabilidade, isto é, a normal aptidão do neonato, dada sua compleição anatômica e fisiológica, para continuar vivo por certo tempo.¹

Insta salientar, entretanto, que o ordenamento jurídico pátrio não observa tal requisito, já que o mínimo intervalo entre o nascimento e a morte configura-se como bastante para que seja consubstanciada a personalidade, o que apresenta reflexos significativos, em especial, no direito sucessório.

Antes mesmo de o Código Civil enfrentar este intrincado tema, três correntes² já se instauravam acerca do início da personalidade. A primeira, conhecida como concepcionista, parte do pressuposto de que a vida se inicia a partir da concepção. Nesse sentido, uma vez concebido, o ser já é pessoa e, como tal, detém personalidade, sendo sujeito de direitos. São adeptos dessa teoria Teixeira de Freitas, Silmara Chinelato e Francisco Amaral.

Já a teoria da personalidade condicionada da qual são adeptos Serpa Lopes, Washington de Barros e Arnoldo Wald, sustenta que a personalidade começa com a concepção, porém existe uma condição suspensiva: o nascimento com vida. Este, vindo a ocorrer, os efeitos da personalidade retroagem à data da concepção.

Por fim, a teoria natalista determina que ela tem início a partir do nascimento com vida. No tocante ao ente que está por nascer, para os adeptos dessa teoria, não se pode considerá-lo como indivíduo, mas tão simplesmente como aquele que possui a expectativa de vir a sê-lo e, sendo assim, os seus direitos encontram-se em estado potencial. É o entendimento de doutrinadores como Sílvio Rodrigues, Pontes de Miranda e Eduardo Espínola.

O Código Civil de 2002 adotou a teoria natalista, uma vez que deixa claro que a aquisição da personalidade se dá com o nascimento com vida. Contudo, a segunda parte da legislação civilista afirma que ao nascituro cabem direitos os quais devem ser postos a salvo.

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v.7, . n. 34, Porto Alegre:IBDFAM.2006, p.149.

²Cf. BORGES, Janice Silveira. *Dignidade do ente por nascer*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III : princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. .99- 100.

Há portanto, uma aparente dissociação entre “personalidade civil” e “titularidade de direitos”. Como reconhecem José Luiz Quadros de Magalhães e Tatiana Ribeiro de Souza, não deve haver conexão jurídica entre ambas, uma vez que o Direito tem de avançar com a sociedade. Afirmam ainda os autores que “*pelo direito positivo, o Código de Processo Civil reconhece, no art. 12, a massa falida, a herança jacente, o espólio, o condomínio, como podendo ser parte no processo*”¹

Deve-se também observar que o próprio Código Civil traz, em diversos artigos, regras que tratam de direitos do nascituro como, por exemplo, o artigo 542 – que dispõe acerca da doação, a qual terá validade se aceita por seu representante legal. Tem-se ainda o artigo 1.609, que trata do reconhecimento do filho antes mesmo de seu nascimento; o artigo 1.779 quanto à previsão de curador para o nascituro e o artigo 1.798 o qual o legitima à sucessão. Deve-se, pois, atentar para o fato de que a segunda parte do artigo 2º funciona como um “princípio geral de direito”² o qual busca alcançar todos os interesses referentes a um ser que, por si só, destarte sua fragilidade, tem direito à vida e, conseqüentemente, ao respeito de sua dignidade.

Nesse sentido, a jurisprudência tem admitido, em favor do nascituro, formas de proteção não disciplinadas em lei, como no caso de investigação de paternidade, em que lhe é conferida a propositura da ação, como se pode verificar pelo teor do seguinte julgado:

INVESTIGACAO DE PATERNIDADE. NASCITURO. CAPACIDADE PARA SER PARTE. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores tem direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1621 do Código Civil.³

¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. N. 34. p. 156.

² Pontes de Miranda, ao se referir ao art. 4º, 2ª parte do Código Civil de 1916, texto correspondente ao atual art. 2º do Código Civil de 2002. v. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, 1954-59, t. I, p. 178.

³BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 583052204, Relator Des. Athos Gusmão Carneiro, Data de Julgamento: 24/04/1994, 1ª Câmara.

Em síntese, o ordenamento jurídico brasileiro, em detrimento de não conferir personalidade ao nascituro, assegura-lhe direitos, os quais não se limitam apenas em artigos específicos. Isso porque o próprio artigo 2º, em sua segunda parte, não discrimina quais seriam esses direitos merecedores de tutela estatal. Interessa afirmar, por conseguinte, que, partindo da premissa maior de que o nascituro tem direito à vida, tal direito abarcaria todos os dele advindos merecendo, pois, a devida proteção legal.

2.2. O estatuto jurídico do embrião

2.2.1. A formação do embrião humano e seu *status* jurídico

Parece consensual que a vida se inicia a partir da concepção através da união dos gametas masculino (espermatozóide) e feminino (óvulo), através de um processo denominado fecundação. Assim sendo, tomando emprestado conceitos de outros campos do saber, como a Biologia, tem-se a definição de que o óvulo fecundado antes de sua implantação no útero materno chama-se “zigoto”. O embrião, por sua vez, é o ser em desenvolvimento desde sua implantação no útero até oito semanas subsequentes à fecundação, recebendo, logo em seguida, a denominação de “feto”, a qual se conservará até o nascimento.¹

Nesse sentido, assevera Nerman Nys que haveria um problema terminológico, pois costuma-se utilizar o termo “embrião” de maneiras distintas, o que estaria equivocado uma vez que só haveria embrião a partir da implantação do zigoto no útero materno, pronto para recebê-lo e no qual se desenvolveria.² Simplificando, a entidade em desenvolvimento durante os primeiros quatorze dias a partir da fecundação, o zigoto, seria ainda desprovida de cérebro, pois somente a partir desse lapso temporal começar-se-ia o desenvolvimento do sistema nervoso e, posteriormente, da atividade cerebral.

Destarte as confusões terminológicas que se instauraram, parece que convencionou-se adotar, em termos jurídicos, o vocábulo “embrião” tanto para a vida em formação inicial intra-uterina quanto a que começa após a concepção através da fecundação artificial *in vitro*. Nota-se, portanto, que a concepção de “nascituro” poderia abarcar ambos os conceitos, porém, o embrião humano não recebeu notoriamente a tutela positivada na lei. Como assevera Jussara Maria Meirelles:

¹ NYS, Herman *Experimentação com embriões*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Biotecnologia, direitos e bioética*. Belo Horizonte: PUC-Mins/Del Rey, 2002. p. 177.

² *Idem*, p. 159-160.

A ordem legislativa civil reconhece os seres humanos nascidos como pessoas naturais, protegendo-lhes os direitos. Também põe a salvo os interesses dos nascituros (concebidos no ventre materno e em vias de se tornarem pessoas, ao nascerem com vida). Por fim, assegura vantagens à chamada prole eventual, que diz respeito aos seres humanos ainda não concebidos. (...) Os embriões concebidos e mantidos em laboratório mostram-se estranhos ao modelo clássico. Não são pessoas naturais, pois inexistente o nascimento com vida; também não são pessoas a nascer (nascituros), mas nem por isso é possível classificá-los como prole eventual (a ser concebida), posto que concepção já houve.¹

Por ser tratar de tema deveras complexo e que envolve aspectos que não se limitam ao direito, as questões concernentes aos embriões carecem de tutela especial. No tocante a essa tentativa, como já fora abordado, existe o Projeto de Lei nº 1184/03, o qual pretende disciplinar a reprodução humana assistida. Entretanto, o que se tem hoje, em termos práticos, são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, as quais não dão conta de todas as lacunas, especialmente em termos jurídicos.

Isso posto, faz-se mister salientar que a existência de embriões *in vitro* advinda dos avanços científicos dos métodos de reprodução humana, os quais se intensificaram nas últimas décadas, representa uma realidade nova, a qual precisa ser enfrentada pelo direito. Isso porque dessa nova possibilidade de fertilização advieram outras situações, as quais necessitam de limitações e enfrentamentos, até porque delas surgem implicações em outros ramos do direito. Trata-se, pois, de observar o direito à vida desses embriões, os quais como já fora observado, constituem-se como pessoa em potencial a qual merece tutela do direito.

Entretanto, como observa Jussara Maria Leal de Meirelles, existem tentativas forçadas as quais se mostram insuficientes no sentido de realizar uma interpretação extensiva das técnicas de reprodução assistida *in vitro*, adequando-as ao sistema clássico existente, ou seja, aos parâmetros tradicionais. Isso porque, como observa a autora :

De acordo com a orientação tradicional, haveria o reconhecimento da personalidade jurídica ao embrião *in vitro*, o que parece pretender caracterizá-lo, tal qual o nascituro, a titular de direitos subordinados à condição. Essa condição seria de eficácia suspensiva (implantação no útero) ou resolutiva (não implantação); ou, ainda, dúplice, ou seja, suspensiva (nidação) e resolutiva (nascimento com vida), dependendo do posicionamento adotado perante a subjetividade jurídica do novo ser.²

¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.165.

² *Idem*, p. 166.

Assim sendo, não se deve, “sob o manto de um pretense amparo” buscar uma forçosa adequação dessa nova realidade ao arrepio de reflexões mais detidas acerca do tema. É certo, pois, que, ao se subordinar o *status* jurídico do embrião a determinadas condições, depender-se-á do desejo e do interesse de outrem, ou seja, das pessoas diretamente interessadas no projeto parental. Com isso, surgem questões deveras importantes tais como o tratamento jurídico a ser dispensado aos embriões não aproveitados nas técnicas de inseminação, os quais são denominados excedentes e que, para sua manutenção, são congelados e por anos ficam sob cuidado das clínicas especializadas em reprodução humana. Mais ainda, que tais embriões seriam propriedade daqueles que os desejaram e que, portanto, teriam o livre arbítrio para decidir sobre seu destino.

Nesse sentido, observam Magalhães e Souza:

O Direito que pode responder aos desafios contemporâneos deve ser principiológico, construído no caso concreto, e logo com forte participação do Judiciário na construção da norma para o caso, o que nos remete à preocupação com o acesso da justiça, à igualdade real entre as partes no processo e à formação dos membros do Judiciário.¹

2.3. A questão dos embriões excedentários

A técnica de fertilização *in vitro* consiste na fecundação de óvulos em laboratório com o sêmen também obtido clinicamente. Trata-se de um procedimento, como afirmam os especialistas, de certa forma incômodo e doloroso, pois a mulher recebe medicações que estimulam a ovulação e, a partir desta, são pinçados os óvulos que poderão ser fertilizados. Em vista disso, para que a técnica alcance maiores chances de sucesso e para que a mulher não precise a ela se submeter várias vezes, obtém-se um certo número de embriões, dentre os quais não se poderá prever a quantidade dos que apresentarão desenvolvimento inicial compatível para que sejam transferidos ao útero materno, os chamados “embriões viáveis”.

Dentre os embriões obtidos, entretanto, mesmo os que se encontram prontos para a implantação, há os que não podem ser transferidos, uma vez que as normas que regulam a questão delimitam esse quantitativo, com o objetivo de se evitar a chamada gravidez múltipla. É o que se extrai da Resolução Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13, no item I. 6, atualmente em vigor:

¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *Os Direitos do Nascituro: Vida e Pessoa*. In: Revista Brasileira de Direito de Família, nº 34, p. 156.

O número máximo de oócitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões. d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.¹

Nesse sentido, Jussara Maria Leal de Meirelles observa que:

Entre os embriões obtidos, portanto, alguns não são transferidos ou porque não apresentam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluírem normalmente, ultrapassam o número máximo recomendável à transferência por ciclo, fixado para evitar a gestação múltipla com risco de aborto, parto precoce e outras complicações.²

Denominam-se “excedentes”, portanto, os embriões que, a partir da concepção não serão implantados no útero materno, ou seja, aqueles que “sobram” desse procedimento e, por isso devem ser guardados para possível e posterior utilização. Observa, ainda a autora que *“Os embriões não transferidos, denominados excedentários, constituem séria questão que assume contornos éticos, sociais e jurídicos”*.³ Isso porque o destino destes parece encontrar-se atrelado ao de outrem, ou seja, uma vez congelados, serão implantados quando e se houver conveniência dos envolvidos no projeto parental.

A própria Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/13 determina alguns pontos relevantes, no item **V, o qual trata da “Criopreservação de Gametas e de Embriões”**, tais como:

2 - Do número total de embriões produzidos em laboratório, os excedentes, viáveis, serão criopreservados. O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo os excedentes, viáveis, serem criopreservados.

3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119-121, em 09/05/13. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 13/12/13.

² MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. p. 164.

³ *Idem*. p. 165.

4- Os embriões criopreservados por mais de 5 anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.¹

Do dispositivo acima transcrito, deve-se observar alguns pontos extremamente relevantes: a) os pacientes decidem quantos embriões serão transplantados a fresco; b) além do consentimento informado, haverá a declaração de vontade expressa quanto ao destino dos embriões criopreservados em casos de dissolução do vínculo entre o casal, doenças graves ou ainda se desejam doá-los; c) a possibilidade de descarte dos embriões criopreservados por mais de 5 anos, de acordo com a vontade dos pacientes. Nesse sentido, surgem inevitáveis questionamentos como: seriam os embriões criopreservados uma propriedade? E, nesse caso, não se estaria reduzindo-os ao *status* de “coisa” propriamente dita?

Suzana Stoffel Albano afirma que, nos Estados Unidos, a partir de casos concretos os quais buscavam uma solução para o problema da propriedade de embriões criopreservados, os tribunais acabaram por estabelecer que estes deveriam ser considerados como propriedade.²

Contudo, no Brasil, lembra a autora, a questão ainda apresenta-se controversa sendo que a doutrina majoritária não os considera dessa forma. Afirma também que ainda não existem casos nos tribunais brasileiros litigando a posse de embriões, entretanto se situações semelhantes às ocorridas nos Estados Unidos da América³ aqui se apresentassem, provavelmente o juiz, por analogia, determinaria a guarda dos embriões congelados à mãe, por ser aquela que pode levá-los a termo. Assim sendo, o tribunal, de certa forma, estaria tratando embriões como crianças e não como propriedade. Nesse caso, esbarrar-se-ia em outro problema: seria possível a expectativa quanto ao pagamento de pensão alimentícia? E por quanto tempo? Vê-se, portanto, que a temática ora enfrentada a cada viés que se analisa, surgem novos contornos os quais precisam ser observados.

Apesar de novas e ainda insipientes, as reflexões acerca do destino dos embriões excedentários tornam-se por vezes polêmicas. Sabe-se que a Resolução supracitada determina que aos casais cabe a decisão quanto ao destino dos embriões, entretanto as

¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119-121, em 09/05/13. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 13/12/13.

²ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Reprodução Assistida: os Direitos dos Embriões congelados e daqueles que o geram*. In: Revista Brasileira de Direito de família. n. 34, p. 82-83.

³A autora cita como exemplo o caso Davis vs Davis, em que o “pai” dos embriões criopreservados divorciado da esposa, disputava a guarda dos embriões afirmando serem estes sua propriedade.

clínicas devem preservá-los pelo tempo que aqueles desejarem, não cabendo a elas decidir quanto ao futuro dos mesmos. Tal questão já encontra respaldo nos tribunais pátrios, como se pode extrair da seguinte decisão:

DANOS MORAIS – Pleito de indenização pela perda/descarte de pré-embriões criopreservados em Hospital Público – Descarte ou perda, sem o consentimento do casal, que pretendia ter outro filho, por inseminação *in vitro* – Documentos e informações técnicas a revelar que a criopreservação realmente aconteceu, mas não de quatro pré-embriões, mas de dois pré-embriões, uma vez que estavam no estágio de desenvolvimento (blastocisto inicial) próprio para o congelamento – Prova testemunhal que não infirmou os documentos apresentados – Valor pleiteado, no entanto, que ora é reduzido a R\$20.000,00 (vinte mil reais – Sentença de improcedência reformada - Recurso parcialmente provido.¹

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de utilização dos embriões criopreservados para fins de pesquisa e terapia, a qual encontra-se prevista na Lei Nº 11.105/05, a Lei de Biossegurança que, em seu art. 5º assim dispõe:

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.

¹BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 0212660-67.2008.8.26.0000, Relator Des. Antônio Carlos Malheiros, Data de Julgamento: 07/08/2012, 3ª Câmara de Direito Público.

§ 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 1997.¹

A recente Resolução do Conselho Federal de Medicina, sob o nº 2013/13 prevê também o descarte de embriões, entretanto este não se limita apenas ao uso em pesquisas com células-tronco. Além disso, estende o prazo estabelecido que, na Lei nº 11.105/05 é de 3 anos, nos seguintes termos:

4- Os embriões criopreservados por mais de 5 anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes, e não apenas para pesquisas de células-tronco, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

Entretanto, cabe indagar acerca da possibilidade de utilização dos embriões humanos em tais pesquisas. É certo que não se pode conceber, como argumentam os que lhes são favoráveis, que os embriões estejam fadados ao esquecimento, congelados por anos sem perspectivas de quando serão aproveitados. Entretanto, também não se pode tratar o embrião que, como já fora abordado, constitui-se em vida humana, à simples condição de coisa a qual pode ser manipulada e cujo destino esteja a cargo de outrem.

Ainda nessa perspectiva, Jussara Maria Leal de Meirelles, leciona que:

No que concerne à doação de embriões excedentes de um projeto parental específico, muito embora aproxime-se da finalidade das técnicas de reprodução humana assistida, qual seja a busca de soluções à infertilidade, evidencia os seres embrionários como coisas passíveis de negociação².

A autora adverte, ainda, que, embora a adoção possa ser uma alternativa para o imenso contingente de embriões criopreservados que se acumulam nos bancos destinados a

¹ BRASIL. Lei nº 11.105/05. Lei de Biossegurança. Disp. em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 13/10/2013.

² MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Op. Cit. p. 174.

esses fins, há de se indagar quanto à sua aceitabilidade ética, uma vez que poderia sujeitar os futuros “adotandos” aos riscos do congelamento e do descongelamento a fim de atender aos desejos de supostos adotantes. Nesse sentido, afirma que: *“Ademais, poderia implicar instrumentalização de seres humanos, porquanto a fecundação poderia estar direcionada a ‘fabricar’ uma criança para destiná-la à adoção, ainda em estado embrional”*.¹

Diante do exposto, pode-se afirmar que devido às semelhanças entre os embriões humanos e as pessoas nascidas, uma vez que estas também se originaram de um embrião, pode-se-lhes conferir, não a personalidade, como fora visto alhures, mas a condição de vida que carece de proteção. Nesses termos, como aduz Jussara Maria Leal de Meirelles:

O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas asseguradas constitucionalmente.²

Cumpre, portanto, ressaltar que a tutela jurídica ao embrião, embora não se encontre prevista expressamente no ordenamento jurídico pátrio, deve encontrar respaldo na própria Constituição Federal, e em seus princípios axiológicos de tal forma que, à luz do direito, seja possível garantir-lhes a devida e correta proteção frente a questões jurídicas. Estas, em especial, revelam-se no tocante aos direitos sucessórios, os quais, com os avanços tecnológicos e o acesso cada vez maior das novas técnicas de reprodução assistida inevitavelmente chegarão aos Tribunais.

III - OS INTERESSES SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO CRIOPRESERVADO

3.1. A reprodução assistida *post mortem*

A possibilidade de utilização de métodos não naturais de reprodução, com o objetivo de realização de um projeto parental, encontra-se intimamente ligada ao conceito de família trazido pela Constituição Federal de 1988. Desse novo conceito, surge a visão eudemonista de

¹ MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 174.

² *Idem*. p. 175

família, a qual emerge como um instrumento de busca da felicidade dos indivíduos, como observam Farias e Rosenvald:

É o que se denomina família eudemonista, isto é, tendente à felicidade individual de seus membros a partir da convivência, permitindo que cada pessoa se realize pessoal e profissionalmente, convertendo-se em seres totalmente úteis, não mais se confinando ao estreito espaço da própria família.¹

A partir dessa nova concepção de família, as inovações biotecnológicas no tocante à reprodução humana devem observar os padrões permitidos pela bioética e, em termos jurídicos, preservar sempre o princípio da dignidade humana. Esse princípio, como fora observado alhures, deve pautar tais práticas na busca da realização do projeto parental, o qual também encontra-se previsto na Carta Magna. Entretanto, muitas vezes, o sonho de formar uma família, gerando seus próprios filhos, não se efetiva devido à morte do cônjuge. Nesse caso, a fertilização artificial *post mortem* torna plausível a realização desse desejo, uma vez que o material genético criopreservado possibilita, mesmo após a morte do marido, que a esposa seja inseminada e venha a gerar o filho tão esperado.

Todavia, tal procedimento encontra opiniões divergentes na doutrina quanto à constitucionalidade da previsão legal disposta no artigo 1597, III, do Código Civil.

As discussões doutrinárias acerca da questão dividem-se em duas correntes. A primeira, com base nos princípios da autonomia da vontade, do planejamento familiar, da igualdade entre os filhos e da paternidade responsável, fundamentados na dignidade da pessoa humana, admite a possibilidade de inseminação artificial *post mortem*.

Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, entende que: "*o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte*".²

Comungando do mesmo entendimento, encontra-se Douglas Phillips Freitas:

deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'. Disponível em: www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadascej/enunciados/aprovados/da/i/iii/i4/e/5/jornada/d/direito/civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view. Acesso em 14/12/2013.

¹FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3ª ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 45.

² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). p. 177

A nossa Carta Magna, em seu art. 226, § 7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade humana e da paternidade responsável.¹

Heloisa Helena Barboza afirma:

“Tudo leva a crer que o intento do legislador foi estender a presunção aos filhos concebidos após a morte do marido, quando já desfeito o casamento, permitindo à mulher valer-se do material fecundante criopreservado”².

Nesse sentido, a autora leciona que o direito ao planejamento familiar apresenta como fundamentos o princípio da dignidade humana e da paternidade responsável. Assim sendo, ressalta:

O homem casado que fornece gametas para a inseminação de sua mulher ou fertilização *in vitro*, ou ainda, autorização para a inseminação de sua esposa com sêmen de doador, presumidamente quer a paternidade que por, lei lhe será atribuída.(...) Na ausência de regra sobre a matéria deve prevalecer a presunção, com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, de todo prioritário.³

Adepto à segunda corrente, a qual rechaça a possibilidade de inseminação artificial *post mortem*, encontra-se, dentre outros, Guilherme Calmon Nogueira. Segundo o jurista, diante de tal procedimento, o princípio da paternidade responsável não poderia ser exercido, pois com o falecimento de um dos pais, não haveria como se efetivar um projeto parental por ato unilateral apenas da mãe. Invocando também o princípio do melhor interesse da criança, afirma o autor que se deve recorrer, além das normas jurídicas, a outros ramos da ciência, como a psicologia, de modo a avaliar os efeitos do nascimento de uma criança sem a possibilidade de conhecer seu pai, apenas por ato volitivo da mãe⁴.

¹ FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>, acesso em 15/12/2013.

² BARBOZA, Heloisa Helena. *Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 325 e 326.

³ BARBOZA, Heloísa Helena. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. p 241 e 242.

⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo*. Anais do II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, Família e patrimônio: um novo olhar, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

Eduardo Oliveira Leite afirma que tal procedimento não deveria ser autorizado por se tratar de um pedido que foge ao campo ético reconhecido à inseminação artificial homóloga. Isso porque, se não mais havia o casal desejando um filho, não seria justificável a inseminação. Acrescenta ainda outro fator considerado preponderante para desaconselhar a fertilização *post mortem*:

Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança.¹

Sabe-se que o número de famílias monoparentais, dirigidas apenas pela mãe, e protegidas constitucionalmente como quaisquer outras, apresenta-se como uma demanda crescente na sociedade atual, o que se constitui também como um argumento para os defensores da inseminação *post mortem*. Nesse sentido, Silmara Juny Chinellato afirma que não se discute quanto ao fato de que o ideal seria a biparentalidade, entretanto a autora aduz: "*ela [a biparentalidade] não pode afastar a inseminação 'post mortem', na hipótese de ter havido um projeto parental em vida – identificando-se a receptora do sêmen*".²

Outro ponto relevante da questão, e que parece não encontrar grandes divergências na doutrina, está na necessidade de consentimento expresso do cônjuge. Sabe-se que, para que se utilizem as técnicas de reprodução assistida, é fundamental que haja o consentimento informado de ambas as partes, visando à proteção da dignidade dos sujeitos envolvidos. Tal determinação encontra-se expressa no item I. 3 da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2013/13³ e, em consonância com o disposto na mesma, a declaração deve ser feita de forma consciente, contendo a autorização para os procedimentos médicos. De acordo com o item V.3, deve-se estabelecer também o destino que será dado aos gametas ou embriões criopreservados em caso de ruptura do relacionamento, doença ou morte de um os parceiros.

Nesse sentido, Anna de Moraes Salles Beraldo observa a omissão do Código Civil, prevendo apenas a necessidade de autorização do marido disposta no inciso V do artigo 1597, o qual se

¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 155.

² CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)*. Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

³ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2013/13. Publ. no D.O.U., Seção I- V. p. 119- 121, em 09/05/13. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 13/12/13.

refere à reprodução heteróloga. Entretanto, a autora sustenta que: "*Embora o ordenamento civil seja omissivo, é importante ressaltar a necessidade de existência de autorização expressa do marido para o emprego de seu material genético post mortem*".¹

Heloisa Helena Barboza partilha desse entendimento, ao afirmar ser o consentimento fator primordial para que a técnica se efetive. A autora, inclusive, o condiciona à questão sucessória: "*Parece-nos lege ferenda em qualquer caso, que a manifestação de vontade do autor da herança constitui elemento decisivo para a aquisição de direitos do filho póstumo*".² Para Ana Cláudia Scalquete, "*o fim perseguido é a concepção de um filho, fato que por si só demonstra a seriedade das consequências que o envolvem, tanto no campo jurídico quanto no campo das relações afetivas*"³

Paulo Luiz Netto Lobo, em posicionamento consonante aos demais, aduz:

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que nela seja implantado, por não ser objeto de herança.⁴

Já Mônica Aguiar, em uma postura mais radical, afirma que a morte operaria como uma revogação do consentimento e, mesmo que a inseminação *post mortem* tenha ocorrido, não haveria presunção de paternidade⁵. Nesse caso, o filho seria considerado apenas do cônjuge supérstite. Entretanto, tal postura, por tudo que já foi demonstrado, vai de encontro aos preceitos constitucionais os quais garantem a identidade genética como um direito da personalidade.

Maria Helena Diniz, acerca da questão, traz à baila intrigantes questionamentos:

¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 92.

² BARBOZA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 55.

³ SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 170.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco*. Direito patrimonial. Vol. XVI. AZEVEDO, Álvaro Villaza (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, p. 51.

⁵ AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 117.

Autorizar sua inseminação não seria violar o direito do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta? Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade voluntária?¹

Por fim, Anna Salles enfatiza que o consentimento constitui-se como um pré-requisito para que o procedimento seja realizado, entretanto, na prática, o Judiciário tem concedido autorização para que o mesmo ocorra ainda que não haja prévia autorização, mas desde que exista um projeto parental em curso. Todavia, a autora pondera que nada deve substituir a declaração sobre o destino do material genético ou embrião criopreservado, uma vez que "*não há como presumir que alguém queira ser pai depois de morto.*" Nesse sentido, aduz:

Essa manifestação expressa do *de cujus* tira qualquer dúvida quanto à vontade do genitor em dar continuidade ao projeto parental, deixando novos descendentes após sua morte. Desse modo, ficam ainda mais explícitos todos os direitos desse filho ao nascer com vida, inclusive o direito à herança.²

Não se pode negar a realidade inovadora trazida pelas técnicas de reprodução assistida e que esta, ainda que não disponha de norma específica, encontra-se prevista na legislação civilista no tocante à presunção de paternidade. Assim sendo, tais procedimentos vêm sendo cada vez mais realizados por aqueles que idealizam um projeto parental. Entretanto, a inseminação *post mortem*, pelos argumentos supracitados, precisa ser vista com certa parcimônia e, acaso enseje autorização judicial, sempre que possível, deve-se observar o caso concreto, uma vez que implica também direitos daquele que virá a nascer, como o da convivência paterna, por exemplo;

3.2. Os direitos sucessórios do embrião criopreservado

3.2.1. Legitimidade sucessória do embrião

Como já fora observado, as implicações jurídicas da reprodução humana assistida trazem à tona inevitáveis discussões. Estas se tornam ainda mais acirradas na seara dos direitos sucessórios, uma vez que são muitos os seus reflexos. O artigo 1798, ao tratar da

¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 557-558.

²BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 95.

vocação hereditária, dispõe: “Art. 1798. *Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*”¹

Ao se buscar uma interpretação literal desse dispositivo, observa-se que o legislador dispôs estarem legitimados apenas os que já tivessem nascido ou estivessem concebidos com a morte do *de cuius*.

Assim sendo, divergências doutrinárias continuam, principalmente no que tange aos direitos dos concebidos *post mortem*. Tânia da Silva Pereira, ao atualizar a obra de Caio Mário da Silva Pereira, entende que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*. Para resolver a questão, a autora sugere que haja reforma legislativa prevendo tal hipótese, de modo a atender ao princípio constitucional da não-discriminação de filhos².

Eduardo de Oliveira Leite partilha do mesmo raciocínio, quando comenta:

Quando a criança concebida por inseminação artificial *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios.³

De outra banda, parte da doutrina defende que os direitos sucessórios se estendem àqueles que foram concebidos mesmo após a morte do genitor. Comunga dessa concepção Giselda Maria Fernandes Hironaka, ao observar que, desde que sejam cumpridos todos os preceitos do Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal⁴, haverá o vínculo parental de filiação, o que inclui, por conseguinte, os direitos sucessórios.

¹ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, Acessado em: 16/12/13.

²PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. Vol. V, 16 ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por PEREIRA, Tânia da Silva.. Rio de Janeiro : Forense, 2007 p.318.

³LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110.

⁴BRASIL, Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 106, aprovado na Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, ao deliberar sobre o art. 1597, III do Código Civil de 2002: “Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para

Em conformidade com esse entendimento, encontra-se Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, segundo o qual não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas o filho concebido por intervenção médica mesmo após a morte do genitor, sob o argumento de que este prejudicaria o direito dos outros herdeiros. Nessa perspectiva, assevera: "... o *simples fato de a criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo...*"¹

De forma coerente, Anna de Moraes Salles Beraldo, recomenda que o disposto no artigo 1798 deva ser interpretado conjuntamente com o artigo 1597 do Código Civil. Isso porque, se entendido isoladamente, excluiria o concebido *post mortem* de qualquer direito o que viria de encontro ao disposto no artigo 1597, ao tratar da presunção de paternidade dos filhos havidos por fertilização artificial homóloga.²

Quanto à questão dos embriões excedentários, deve-se buscar uma análise mais detida sobre o tema. Isso porque trata-se de uma vida em potencial que, embora concebida *in vitro*, ou seja, fora dos padrões considerados naturais, trata-se de vida humana e, como já fora abordado, carece de tutela do direito.

Retornando ao que dispõe o artigo 1.798 do Código Civil, legitimam-se a suceder os que se já estiverem nascidos ou concebidos o momento da sucessão. O artigo 1597, por sua vez, confere a presunção de paternidade aos embriões excedentários, havidos a qualquer tempo, como concebidos na vigência do casamento. Uma interpretação literal de tais dispositivos já seria, portanto, suficiente, de modo a assegurar direitos sucessórios dos embriões excedentários.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, há uma importante diferença entre embrião e sêmen, no tocante ao direito de herança, sendo que, se por ocasião da morte do genitor houver embrião, este estará legitimado a herdar, uma vez que estará concebido o momento da sucessão, o que não ocorre com o sêmen.³

que se utilize seu material genético, após sua morte."disponível em www.cjf.jus.br/cjf. Acesso em 14/12/2013.

¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 174.

² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 123.

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110.

Anna de Moraes Salles Beraldo, analisando o tema, afirma:

A questão da legitimação sucessória dos embriões excedentários, embora ainda muito controversa, é menos complexa o que a do sêmen congelado. Isso porque os embriões já estão concebidos ao tempo do óbito do genitor, permitindo a incidência da regra do artigo 1.798 do Código Civil.¹

Entretanto, adverte a autora que a interpretação literal das regras do ordenamento civil merece pesada crítica, pois, segundo seu entendimento, as distinções entre sêmen e embrião não fazem sentido. Isso porque:

Caso a criança venha a nascer, ela deve ter todos os direitos garantidos, pois é filha do *de cujus*, assim como eventuais irmãos. Caso contrário, a aplicação puramente textual geraria tratamento diferenciado entre filhos, o que não é admissível em nosso ordenamento.²

É fundamental que, em consonância aos ditames constitucionais, não se deva estabelecer distinções entre os filhos, como ocorrera em legislações passadas.³ Sem querer discordar da autora, é importante ressaltar que as distinções entre sêmen e embrião existem, embora ambos, caso não sejam levados a termo, ficarão por anos congelados. O sêmen, insta salientar, é o gameta, ou seja, nele não há vida em potencial e, nesse sentido, pode ser considerado propriedade. Apenas quando encontra o óvulo e o fecunda, há a formação da vida, o embrião⁴. Este, por conseguinte, já se constitui como uma vida, um ser e, portanto, não pode, como já fora abordado, ser objeto de manipulação tratado simplesmente como “coisa”.

Parece, portanto, que a autora, ao afirmar não haver distinções entre ambos, quis salientar a questão da não-discriminação enquanto filhos, uma vez que não importando a origem – se proveniente de gameta através de inseminação ou da implantação de embrião preexistente –

¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Op. Cit.*, p.126.

² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 126.

³ Nesse sentido, Anna de Moraes ressalta: “De maneira geral, o século XX foi marcado pela impossibilidade de reconhecimento de filhos decorrentes das relações advindas fora do casamento. O objetivo era proteger o instituto da família, em prejuízo da criança, que acabava sendo punida pelo comportamento dos pais. Ademais no campo sucessória havia distinção entre os filhos naturais, adulterinos reconhecidos e adotivos.” In: BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.109.

⁴ NYS, Herman *Experimentação com embriões*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Biotecnologia, direitos e bioética*. Belo Horizonte: PUC-Mins/Del Rey, 2002. p.176.

gozarão dos mesmos direitos. Até porque Anna de Moraes Salles Beraldo, em sua obra, anteriormente, já aduzira:

É importante fazer essa diferenciação, pois quando se utiliza o sêmen, só há gameta do marido. Já quando se trata de embrião, há carga genética de ambos os cônjuges e uma vida em potencial, o que traz à tona questões bioéticas extremamente controvertidas.¹

Anna Salles, ao citar as palavras de Carlos Cavalcanti, afirma, ainda, que o legislador não previu a possibilidade de uma pessoa gerar um filho através de seu material genético criopreservado até porque o projeto do atual Código Civil não previa a evolução científica da reprodução assistida. Nesse sentido, a autora ressalta:

O Código Civil de 2002, embora recente, é fruto de Projeto de Lei apresentado em 1975 (PL nº 634/75), cujos estudos datam da década de 1960, época em que ainda eram incipientes as discussões jurídicas nacionais a respeito das técnicas de reprodução humana assistida.²

Sendo assim, de forma a acompanhar tal evolução, é preciso buscar respostas que satisfaçam os anseios sociais diante das novas questões que se descortinam no campo da reprodução humana assistida. A doutrina vem se debruçando sobre a questão dos direitos dos embriões, uma vez que, como fora supracitado, eles não são pessoa, mas também não podem ser tratados simplesmente como “coisa”, da qual se possa dispor indiscriminadamente. Nesse ínterim, opiniões se dividem no tocante aos direitos desses seres, em especial no que concerne ao direito sucessório.

Parece, entretanto, que a doutrina majoritária parte da perspectiva de que, para que haja direitos efetivos, é necessário que se determine um prazo para que os embriões sejam implantados no útero da mulher. Todavia, Heloisa Helena Barbosa³ ressalta que o ordenamento jurídico não delimitou esse prazo, o que gera dificuldades de ordem prática. Entretanto, pondera a autora que não se pode estabelecer diferenças entre os filhos, em nome do princípio da igualdade.

Renomados doutrinadores partilham dessa ideia, no sentido de ser razoável que esse prazo não seja indeterminado, pois traria a chamada “insegurança jurídica”. Para Carlos Cavalcanti, seria interessante que o autor da herança determinasse um prazo e, não o fazendo, aplicar-se-

¹ *Idem.* p.52.

² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.49.

³ BARBOZA, Heloísa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* apud BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.128.

iam as regras do artigo 1.800, § 4º do Código Civil, ou seja, de dois anos a partir da sucessão¹. Heloisa Helena Barbosa corrobora desse entendimento quanto ao prazo limite de dois anos². Já Ana Claudia Scalquete acredita que o limite temporal ideal seria o de três anos, com base na Lei de Biossegurança. Para a autora, após esse prazo, os embriões podem ser doados para pesquisas e, portanto, são menores as chances de virem a nascer. Afirmar ainda que, durante esse intervalo, torna-se mais amadurecida a ideia da maternidade/paternidade, ou seja, haverá tempo suficiente para que se decida sobre questão tão relevante³.

Anna de Moraes Salles Beraldo, ao abordar a questão do prazo, lembra que outros países já o estabelecem: na Espanha são 12 meses, enquanto que na Bélgica, 6 meses. No Brasil, não se estabeleceram limites temporais para a implantação do embrião, entretanto a autora assim observa:

Nesse sentido seria razoável a imposição, pelo legislador, de um intervalo mínimo para reflexão, bem como um período máximo de até dois ou três anos da abertura da sucessão e, a partir daí, não fosse mais possível a realização do procedimento com o embrião ou gameta criopreservado do *de cujus*. Isso porque a demora na manifestação da vontade demonstra que não haveria mais projeto parental, comprovado pelo decurso do tempo.⁴

A autora continua sua análise, afirmando que o estabelecimento de um limite impediria o prolongamento indefinido da situação, além de evitar que o filho nascido dessa técnica ficasse desamparado patrimonialmente em face aos irmãos. Porém, lembra ainda que, caso haja qualquer violação da norma e a criança venha a nascer, mesmo após o prazo estabelecido, esta não poderá sofrer quaisquer discriminações, devendo ser considerada herdeira. Entretanto, deveria ser prevista a devida punição penal tanto para quem realizou o procedimento quanto para quem a ele se submeteu.

¹ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p.188.

²BARBOZA, Heloísa Helena. *Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008. p. 326.

³SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.214-215.

⁴BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.132.

3.2.2 Formas de garantia de direitos hereditários aos embriões

Uma vez nascida, a criança será filha do *de cujus* e, como foi dito, não poderá sofrer quaisquer discriminações, em nome dos ditames constitucionais dispostos no artigo 226, § 6º, *in verbis*: "*Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas a filiação*".¹

Anna Beraldo salienta que, embora haja dificuldades de cunho prático a serem enfrentadas em relação à divisão da herança, estas não podem servir de justificativa para prejudicar o novo herdeiro. A autora traz como saída a coibição de tais procedimentos ou, ao menos, como já fora observado, que os mesmos ocorram em circunstâncias especialíssimas, mas reconhece que, como não se trata de uma técnica proibida pela legislação – embora a mesma não a tenha enfrentado – é preciso que se busquem soluções.²

Nesse sentido, diante do silêncio de uma norma específica sobre o assunto, a doutrina tem enfrentado incessantemente a questão. Sabe-se que o direito à herança encontra-se estabelecido na Constituição Federal, em especial no artigo 5º, inciso XXX. Nesse sentido, Anna Beraldo afirma que com base em tal dispositivo em consonância ao que determina o artigo 227, § 6º, caso o filho póstumo venha a nascer, deverá ser herdeiro. E, tal sucessão poderá ocorrer tanto por via testamentária, como também assegurada pela legítima³, como será demonstrado a seguir.

3.2.2.1. A sucessão testamentária e a prole eventual

Carlos Roberto Gonçalves, sobre esse tema, assim leciona:

A sucessão pode ser legítima ou *ab intestato* e testamentária. Quando se dá em virtude da lei, denomina-se sucessão legítima; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se sucessão testamentária. (...) Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/10/2013.

² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.111.

³ *Idem*, p.135.

a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1846 do Código Civil.¹

Sendo assim, em caso de sucessão testamentária, o doador da herança pode dispor da parte que a lei permite através de testamento, beneficiando, por exemplo, um futuro filho.

A legislação civil prevê, inclusive, no artigo 1.799, I, que o testador reserve bens para a chamada “prole eventual” de pessoas por ele determinadas². Caio Mário da Silva Pereira, ao conceituar tal instituto, aduz:

É válida a disposição testamentária contemplando a prole eventual de determinada pessoa, ou estabelecendo uma substituição, como lícita a uma pessoa jurídica ainda não constituída. Em tais casos, a transmissão hereditária é condicional, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto.³

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves lembra que:

O inciso I abre exceção à regra geral ao permitir que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir-se a sucessão, venham a recolher a herança. Refere-se à prole eventual do anterior Código Civil.⁴

Entretanto, para Giselda Hironaka, tal hipótese não abarcaria a reprodução assistida, uma vez que o autor não poderá indicar sua própria prole eventual, pois a lei exige que a pessoa indicada no testamento esteja viva na época da abertura da sucessão.⁵

Em sentido contrário, encontra-se Carlos Cavalcanti, segundo o qual o testador pode não somente beneficiar sua própria prole eventual como também determinar se a deixa testamentária sairá de sua parte disponível ou se será um adiantamento da legítima¹.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42-43.

² BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406/02. “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I- Os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 11/12/13.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*. p.43.

⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. 20. 2 ed. rev. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

Maria Helena Diniz e Silvio Venosa² entendem que a única maneira de se beneficiar os filhos concebidos *post mortem* seria através da sucessão testamentária, quando o testador deixar claro essa disposição para sua prole eventual.

Anna Beraldo afirma que, ainda que o autor da herança beneficie o filho que venha a nascer estabelecendo sua prole eventual, esse filho não perde a condição de herdeiro legítimo. Nesse sentido, a autora cita o entendimento de Ana Claudia Scalquete segundo o qual o benefício da prole eventual se constitui como ato volitivo do autor da herança e, caso o nascimento não venha a se concretizar no prazo de dois anos, o filho que venha a nascer perderá tal benefício, mas não deixará de ser herdeiro do *de cujus*.

Guilherme Calmon entende que se somente for admitida a sucessão testamentária decorrente da reprodução assistida *post mortem* haverá tratamento diferenciado entre filhos, o que vai de encontro ao princípio de igualdade.³

Anna Beraldo elucida que, embora o artigo 1799, I, do Código Civil disponha apenas sobre os filhos ainda não concebidos, na prática não se exclui o embrião, uma vez que não pode haver discriminação entre os filhos. Acrescenta ainda que ao se falar "concebidos", o legislador provavelmente estaria se referindo aos concebidos no útero materno, visto que, à época do projeto de elaboração do Código Civil, apenas se previa a conjunção carnal. Nesse sentido, lembra que não se pode fazer uma interpretação literal da norma e ressalta: "*Sendo assim, cabe ao intérprete achar um equilíbrio entre o sentido da norma e a realidade social contemporânea para a aplicação da justiça no caso concreto.*"⁴

3.2.2.2. O fideicomisso

Outra forma de proteção, prevista nos artigos 1951 a 1960 do Código Civil, seria através do fideicomisso, o qual, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

¹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006, p. 187.

² Nesse sentido, Anna de Moraes Salles Beraldo colaciona o entendimento dos referidos autores. In: BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.139

³ *Idem*, p.141.

⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.147

Verifica-se quando o testador nomeia um favorecido e, desde logo, designa um substituto, que recolherá a herança, ou legado, depois daquele. Estabelece-se uma vocação dupla: direta, para o herdeiro ou legatário instituído, que desfrutará o benefício por certo tempo estipulado pelo *de cujus*; e indireta ou oblíqua, para o substituto. Verifica-se que há, no fideicomisso, três personagens: a) o fideicomitente, que é o testador; b) o fiduciário ou gravado, em geral, pessoa de confiança do testador, chamado a suceder em primeiro lugar para cuidar do patrimônio deixado; c) o fideicomissário, último destinatário a herança, ou legado, e que os receberá por morte do fiduciário, ou realizada certa condição, ou se decorreu o tempo estabelecido pelo disponente.¹

Lembra ainda o autor que é o testador quem fixa a duração do fideicomisso: por toda a vida do fiduciário, por certo tempo ou até que se verifique determinada condição resolutiva do direito deste.

Caio Mário da Silva Pereira, assim define fideicomisso: "*Consiste na instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição preestabelecida.*"² Assim sendo, o testador poderá nomear herdeiros ou legatários, estabelecendo que a herança ou legado seja transmitida a quem realmente deseja beneficiar determinando o tempo ou certa condição para que tal transmissão ocorra.

Entretanto, o fideicomisso esbarra no mesmo problema da prole eventual. Isso porque só poderia ser instituído em favor dos não concebidos por ocasião da morte do autor da herança. Nesse caso, Anna Salles, partilhando do entendimento de Ana Cláudia Scalquete, utiliza o mesmo argumento de que o legislador não previu tais hipóteses quando fez uso do termo "concebido". Assim, esclarece:

No entanto, com as inovações biotecnológicas, a situação se alterou. Atualmente é perfeitamente possível e comum a existência de embriões formados em laboratório e congelados por um longo período.

É de se questionar se nestas hipóteses poderia ser aplicado o instituto da substituição fideicomissária. Caso a interpretação seja somente literal, não será possível utilizar o fideicomisso para nomear herdeiro decorrente de embrião excedentário.

Entretanto, é imprescindível ressaltar que a aplicação meramente literal das normas do ordenamento civil, por vezes, pode causar contradições e injustiças.

(...)

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 270.

Nesse sentido, é preciso que haja uma visão axiológica do sistema, uma vez que no Direito contemporâneo não há mais espaço para o positivismo formal e acrítico, mas sim um positivismo ético visando à máxima eficácia social.¹

Parte da doutrina sustenta que o embrião excedentário não se enquadraria como herdeiro e, portanto, apenas poderia ser beneficiado por via testamentária. Todavia, Anna Salles salienta que:

Essa corrente que defende o direito à herança somente por sucessão testamentária não deve prevalecer, pois se não houver testamento deixando bens aos filhos nascidos após a morte do testador, o descendente estaria excluído do chamamento hereditário².

Salienta a autora que tal posicionamento representaria um retrocesso ao período anterior à Constituição Federal de 1988 e, por esse motivo, não pode ser aceito pelo ordenamento jurídico.

3.2.2.3. A petição de herança

Anna Salles entende como procedimento mais correto que, com a morte do autor, seja feita a partilha com os herdeiros existentes à época da sucessão e, caso após o início da partilha surja algum herdeiro, este poderá ingressar com a ação de petição de herança, nos termos do artigo 1824 do Código Civil, de modo a assegurar a percepção de seu quinhão.

Petição de herança, segundo as lições de Sílvio de Salvo Venosa, define-se como:

o meio judicial para receber direitos hereditários indevidamente nas mãos de terceiros, que podem ser o cônjuge, algum herdeiro aparente ou não, ou mesmo um usurpador qualquer. Assim, a ação de petição de herança objetiva não somente o reconhecimento da qualidade de herdeiro, mas também e principalmente sua integral satisfação no tocante ao acervo hereditário.³

Anna Salles lembra que:

a ação de petição de herança pode ser intentada antes ou depois de ultimada a partilha. Caso seja ajuizada antes, poderão ser reservados

¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.161-162.

² *Idem*, p.163-164.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110.

bens por meio de medidas cautelares. Se intentada após, uma vez que seja procedente o pedido contido na ação, o réu terá de devolver os bens com seus acréscimos, frutos e rendimentos, devendo ser realizada nova partilha, incluindo o herdeiro reconhecido.¹

Discute-se, no tocante a esse tipo de ação, qual seria o prazo extintivo do direito para que a mesma possa ser proposta. Adentra-se, assim, na esfera da prescrição, a qual Caio Mário da Silva Pereira explica da seguinte forma:

Para conceituar a prescrição, o Código partiu da idéia de pretensão. Foi a dogmática alemã que lhe deu origem. O titular de um direito subjetivo recebe da ordem jurídica o poder de exercê-lo, e normalmente o exerce, sem obstáculo ou oposição. Se, entretanto, num dado momento, ocorre sua violação por outrem, nasce para o titular uma pretensão exigível judicialmente – *Anspruch*. O sujeito não conserva indefinidamente a faculdade de intentar um procedimento judicial defensivo de seu direito. A lei, ao mesmo tempo em que o reconhece, estabelece que a pretensão deve ser exigida em determinado prazo, sob pena de perecer. Pela prescrição, extingue-se a pretensão, nos prazos que a lei estabelece.²

Vê-se, portanto, que, com a prescrição, cessaria a pretensão daquele que reivindica um direito. Mas, na seara do direito sucessório, aplicar-se-ia a prescrição ao herdeiro reivindicante ou tratar-se-ia de uma ação imprescritível?

A doutrina se divide, no sentido de que parte a considera imprescritível por se tratar de uma ação de estado. Para Gustavo Rene Nicolau, tal discussão já teria sido superada, pois, como afirma o autor: "*O argumento utilizado para a tese era de que se tratava de uma ação de estado, cujo objetivo era reconhecer a qualidade de herdeiro e como tal não poderia prescrever.*"³

Outra parte, a qual tem como adepto Caio Mário da Silva Pereira, entende que o *status* é imprescritível, porém a pretensão econômica não, pois esta se extinguiria decorridos dez anos da abertura da sucessão.⁴

¹ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.172-173.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 23 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 584.

³ NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005. P. 60.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 60-61.

Deve-se observar que o entendimento majoritário, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, tem sido no sentido de que o prazo prescricional começaria a correr a partir da abertura da sucessão.

Caio Mário ainda aduz que:

o prazo extintivo para essa ação inicia-se com a abertura da sucessão e, no atual sistema é de 10 anos, prazo máximo permitido pelo ordenamento. No sistema de 1916, o prazo era de 20 anos (Súmula 149 do STF). Como vimos, a ação de investigação de paternidade é imprescritível; não o é, entretanto, a ação de petição de herança.¹

Entretanto, fala-se em prazo prescricional no que se refere aos filhos já nascidos e preteridos à sucessão. No caso dos embriões excedentários, surge o questionamento se estes estariam submetidos a esse prazo, uma vez que os embriões podem permanecer criopreservados por vários anos. Outra tormentosa questão a ser enfrentada, uma vez que, segundo Anna Salles, não corre prazo prescricional contra incapaz. Assim sendo, reconhecida paternidade, o prazo apenas começará a contar quando o filho atingir os 16 anos de idade. Acresce a este o tempo do trâmite da ação e da interposição de recursos. A autora ainda afirma: *"Somado a isso ressalta-se que não há limites para o número de sucessivas gestações, o que iniciaria o dilema novamente e a situação restaria indefinida"*.²

Por derradeiro é preciso observar que as dificuldades práticas são frequentes, porém, devido aos princípios constitucionais já invocados, não se pode conceber quaisquer distinções entre filhos, sob o manto de se preservar a segurança jurídica. Todavia, existem princípios constitucionais relevantes em aparente conflito: se existe um direito ao planejamento familiar e, conseqüentemente, à procriação, ao mesmo tempo existe também o direito à biparentalidade. É preciso, enquanto não se positiva a questão, que se analise o tema, buscando à luz do Direito e mantendo como ápice os preceitos constitucionais, a melhor solução para cada caso concreto.

CONCLUSÕES

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito das Sucessões. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.113.

² BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.185-186.

As discussões que envolvem o tema da reprodução humana assistida precisam ser enfrentadas por todos os setores envolvidos e, em especial, devem ser analisadas no que concerne aos seus reflexos no campo jurídico.

Não se pode olvidar que as inovadoras técnicas de reprodução representam um importante passo da ciência, fazendo com que o sonho de casais inférteis possa se tornar realidade, bem como efetivam a realização de um projeto parental.

Sabe-se que, atualmente, a concepção de família sofreu diversas transformações, prevendo-se inclusive a monoparental. Diante dessa nova perspectiva, não pode haver quaisquer discriminações, haja vista que a prole independente de sua formação, goza de proteção constitucional.

Assim sendo, faz-se mister assegurar a todos o pleno exercício de seus direitos constitucionalmente garantidos, inclusive o do livre planejamento familiar, sem a interferência estatal. Entretanto, não se pode fechar os olhos para as diversas implicações, as quais precisam ser ponderadas em virtude da existência de princípios constitucionais de extrema relevância que se sobrepõem a interesses particulares.

É preciso, pois, que sejam criadas normas específicas acerca da reprodução assistida, prevendo, inclusive, um estatuto jurídico para o embrião, com base nos ditames constitucionais, a fim de dirimir quaisquer dúvidas quanto aos seus direitos, bem como estabelecendo critérios e limites mais precisos para as novas técnicas reprodutivas.

Entretanto, diante da lacuna legislativa que ainda persiste, é preciso que se busquem soluções, em especial para os milhares de embriões criopreservados que se encontram sob custódia das clínicas de reprodução humana e que podem a qualquer momento serem implantados no útero materno, uma vez que se constituem como vida em potencial. Nesse sentido, é preciso repensar a questão, buscando, inicialmente, enxergá-los como vida e não como propriedade, coibindo a excessiva produção dos mesmos.

Quanto à implantação de embriões *post mortem*, torna-se fundamental que se estabeleça o prazo razoável, de até dois anos, mediante consentimento informado, para que o procedimento ocorra. Isso porque, para a alegação de prosseguir com o projeto parental não seria coerente que, somente muitos anos após a morte de um dos cônjuges, houvesse o interesse do parceiro supérstite em ter um filho.

Percebe-se, por fim, que, uma vez implantado no útero materno, o embrião, resultado das técnicas de reprodução assistida, deve gozar dos mesmos direitos conferidos ao nascituro, inclusive os sucessórios. Sendo assim, estaria na condição de herdeiro do *de cujus* e, desse modo, seria um dos legitimados à sucessão. Poderia também ser beneficiado por via

testamentária, se este fosse o desejo do testador ao indicar a sua prole eventual, ou ainda, pelo fideicomisso.

Entretanto, caso venha a ser implantado posteriormente ao final da partilha poderá recorrer ao instituto da petição de herança, desde que no prazo hábil, de modo a garantir seu quinhão. Isso porque será filho do *de cujus* e não se pode estabelecer quaisquer diferenças entre os filhos, sob pena de violação dos ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBANO, Suzana Stoffel Martins. *Reprodução Assistida: os Direitos dos Embriões congelados e daqueles que o geram*. In: Revista Brasileira de Direito de família. n. 34.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana*, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). São Paulo: IOB Thompson, 2006.

BARBOZA, Heloísa Helena . *Já podemos dispensar o pai?* apud BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

_____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. *Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República*. In: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Coord. Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2004

_____. *Reprodução assistida e o novo Código Civil*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Bioética, biodireito e o novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BORGES, Janice Silveira. *Dignidade do ente por nascer*. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades III : princípios jurídicos no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm, Acessado em: 16/12/13.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 105*. Disponível em: www.cjf.jus.br/cjf/CEJ;Coedi/jornadascej/enunciados/aprovados/da/i/iii/i4/e/5/jornada/d/direito/civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view. Acesso em 14/12/2013.

_____. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 106*. Disponível em www.cjf.jus.br/cjf. Acesso em 14/12/2013.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358*. Publ. no Diário Oficial da União em 19/11/92, Seção I, p. 16053. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 12/11/13.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1957/10*. Publ. no Diário Oficial da União, Seção I, p. 79, em 06/01/11. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso em 13/11/13.

_____. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2013/13*. Publ. no D.O.U., Seção I, p. 119, em 09/05/13. Disponível em www.portalmedico.org.br. Acesso:13/12/13.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10/10/2013.

BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l3071.htm. Acesso em 14/11/2013.

BRASIL. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Planejamento familiar. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l923.htm. Acesso em 12/07/2013.

BRASIL, Lei nº 9.868/99, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direita de Inconstitucionalidade. Brasília, DF, 2000. Disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em 13/10/2013.

_____. Projeto de Lei nº 1.184/03. Brasília, DF. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoes/fichadetramitacaohtm.ultimo acesso em 12.12.13.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 583052204, Relatora Des. Athos Gusmão Carneiro, Data de Julgamento: 24/04/1994, 1ª Câmara.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Acórdão proferido em Apelação Cível nº 0212660-67.2008.8.26.0000, Relator Des. Antônio Carlos Malheiros, Data de Julgamento: 07/08/2012, 3ª Câmara de Direito Público.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)*. Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ESPINOSA, Jaime. *Questões de Bioética*, São Paulo: Quadrante, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de. & ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*, 3 ed. Lúmen Júris Editora, Rio de Janeiro, 2011.

FREITAS, Douglas Phillips. *Reprodução assistida após a morte e o direito de herança*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo>, consultado em 15/12/2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo*. Anais do II Congresso Paulista de Direito de Família e Sucessões, Família e patrimônio: um novo olhar, São Paulo, 4 a 5 de setembro de 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Vol. 7, Direito das Sucessões*, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, vol. 20. 2 ed. rev. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*. Vol. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: direito de família. Relações de parentesco*. Direito patrimonial. Vol. XVI. AZEVEDO, Álvaro Villaga (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. & SOUZA, Tatiana Ribeiro de. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. N. 34.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito do Nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito de Família. v.7, . n. 34, Porto Alegre:IBDFAM.2006.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005.

NYS, Herman *Experimentação com embriões*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo, *Biotecnologia, direitos e bioética*. Belo Horizonte: PUC-Mins/Del Rey, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 17 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de Direito Civil. Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil*. 23 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. Vol. V, 16 ed. ver. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por PEREIRA, Tânia da Silva.. Rio de Janeiro : Forense, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol I, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

REALE, Miguel. *O novo Código Civil e seus críticos*. Disponível em: http://miguel_reale.com.br/artigos/ncc/nccchtm. Acesso em 10/10/2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCALQUETE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*, São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Ed.Malheiros, 2004.

Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida. Anais do XVI Congresso Brasileiro de Reprodução Assistida da SBRA Disponível em: www.sbrh.org.br/boletim/n.1/jan.fev.mar..2013.pdf. Acesso em 14/11/2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandez (Org.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito das Sucessões*. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Doutrina

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO COMO NORMA FUNDAMENTAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Hélio Nascimento de Oliveira Neto

(Segundo Colocado no Concurso Estudantes De Direito)

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A noção de princípio à luz da Filosofia; 3 – Breve histórico dos princípios na experiência jurídica: do Direito Natural ao constitucionalismo contemporâneo; 4 – Compreensão e características dos princípios de direito a partir da distinção entre regras; 5 – Os princípios à luz da tridimensionalidade do direito: a proposta da teoria das verdades fundantes; 6 – O princípio da supremacia da constituição; 7 – A norma fundamental de Kelsen; 8 – Considerações finais; 9 – Referências bibliográficas.

Resumo: O presente artigo, sem pretensão de esgotar o tema, aborda a ontologia dos princípios e sua visão doutrinária, questionando certos aspectos e sugerindo novos matizes para sua compreensão na dogmática jurídica. A partir desta óptica, examina-se o significado e alcance da supremacia da Constituição dentro do ordenamento jurídico brasileiro, avaliando seu posicionamento no ponto nevrálgico deste sistema, isto é, a norma fundamental, que constitui o fundamento primeiro da ordem jurídica, mas de maneira distinta da proposta de Hans Kelsen.

Abstract: This present article, without any intention to complete any subject at all, approaches the nature of principles and the way law's doctrine usually sees it, questioning some of its features and knowledge on dogmatic law. By this point of view, exams the meaning and range of Constitution's supremacy in the whole legal system, as its fundamental precept, that constitutes its very first commandment of all ism, but in a different way as Hans Kelsen's theory.

Palavras-chave: Princípios; supremacia da Constituição; norma fundamental; teoria tridimensional.

1 INTRODUÇÃO

Todo ordenamento jurídico requer a existência de determinado comando que lhe sirva de fundamento primeiro e último. Quando elaborou sua própria sistematização, Hans Kelsen assentou que a norma fundamental de toda a ordem jurídica seria pressuposta, pensada, dedutível lógico-transcendentalmente.

O presente trabalho não pretende criticar nem analisar a concepção kelseniana, mas almeja, sem qualquer desiderato de esgotar o tema, sugerir que a norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro existe e é conhecida como princípio da supremacia da Constituição. Para tanto, foram utilizadas diversas fontes bibliográficas, desde dicionários de Filosofia às obras de pensadores do Direito que estudaram os princípios e desenvolveram suas próprias concepções.

Assim, com base nas variadas teses sobre o assunto, perquirindo as qualidades dos princípios por indução, propõe-se, sempre na expectativa de suscitar o debate, que tais elementos sejam vistos como verdades fundantes do sistema jurídico, cuja raiz se desdobra do Direito Natural, que outorga validade à manifestação de vontade dos indivíduos que confeccionam o contrato social, da qual se pressupõe o comando direto e inequívoco: *“este pacto é supremo e representa a vontade de todos nós em buscar o melhor para todos”*.

2 A NOÇÃO DE PRINCÍPIO À LUZ DA FILOSOFIA

2.1 CONCEITO E ORIGEM DE PRINCÍPIO

Não apenas no Direito, como também na Filosofia, a definição de princípio é equívoca. Em sua significação mais remota indicada por Abbagnano (1998, p. 792), refere-se ao *“ponto de partida e fundamento de um processo qualquer”*. O italiano lembra também que Aristóteles afiançara que *“todas as causas são princípios”*, e enumerara completamente seu alcance semântico da seguinte forma:

a) o ponto de partida [...]; b) o *melhor* ponto de partida [...]; c) ponto de partida efetivo de uma produção [...]; d) causa externa de um processo ou de um movimento [...]; e) o que, com a sua decisão, determina movimentos ou mudanças [...]; f) aquilo de que parte um processo de conhecimento [...] (ABBAGNANO, 1998, p. 792, grifo do autor).

Na observação de Abbagnano, o princípio *“é assumido como o elemento constitutivo das coisas ou dos conhecimentos”* (ABBAGNANO, 1998, p. 792, grifo do autor). Ainda no escólio do dicionarista, esta noção sobreviveu com o passar do tempo. No século XVIII, Wolff (*apud* Abbagnano, 1998, p. 792) teria assentado que princípio é o que possui em si a razão de

outra coisa, definição esta que seria ratificada e repetida por Baumgarten. Para Lalande (1996, p. 862), este sentido é o melhor conceito de princípio, que deve ser compreendido como proposição primeira, isto é, encarado *"como ponto de partida à frente de um sistema deste gênero, e que o espírito só admite precisamente porque servem para organizar e unificar as suas consequências"*.

Ao retornar ao catálogo de definições de Abbagnano, observa-se que Kant seria o primeiro a restringir o alcance de princípio à órbita do conhecimento, traduzindo-se em *"toda proposição geral, mesmo extraída da experiência por indução, que possa servir de premissa maior num silogismo"*. Para Abbagnano (1998, p. 792), deve-se a Kant o que se compreende por princípio absoluto ou em si, isto é, *"conhecimentos sintéticos originários e puramente racionais, que ele julgava insubsistentes, mas aos quais a razão recorreria no seu uso dialético"*.

Mesmo com a filosofia moderna e contemporânea, e com a dificuldade de se admitir este marco inicial como premissa no campo das ciências *stricto sensu*, princípio continuaria a ser entendido como *"ponto de partida privilegiado, não de modo relativo (em relação a certos objetivos), mas absoluto, em si"* (ABBAGNANO, 1998, p. 792), servindo, invariavelmente, como **pressuposto verdadeiro sobre o qual se pode apoiar a validade argumentativa ou investigativa**. Outro não era o sentir do *jusfilósofo* Miguel Reale (2007, p.303), para quem princípios constituiriam

‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *práxis*.

Adverta-se, contudo, que o conceito de princípio, enquanto primeira proposição lógica e de validade absoluta, não pode ser confundido com outros elementos da Filosofia. Assim, princípios são diferentes de postulados, que já eram vistos por Aristóteles como *"proposições não universalmente admitidas"* (MORA, 1998, p. 570), *"cuja admissão se deseja, com o fim de possibilitar uma demonstração ou um procedimento qualquer"* (ABBAGNANO, 1998, p. 782). Tal acepção, ratificada por São Tomás de Aquino, enfatizava que o postulado (*petitio*) consiste em *"proposição não imediatamente inteligível, a qual nós, renunciando a demonstrá-la, admitimos provisoriamente [sic] numa discussão científica, pressuposto, no entanto, que ela é demonstrada alhures"* (BRUGGER, 1962, p.414).

O postulado também não se confunde com o axioma, pois refere-se, preferentemente, à *"proposição não demonstrada concernente a um ponto de fato"* (LALANDE, 1996, p. 832), ou, por outras palavras, *"uma proposição demonstrável, não demonstrada, mas considerada*

verdadeira por aquele a quem é dirigido o discurso" (ABBAGNANO, 1998, p. 782). Por isso, entende-se por postular o ato "*daquilo cuja certeza ou legitimidade chama ou reclama a proposição postulada*" (LALANDE, 1996, p. 832, grifos do autor).

É mister advertir, também, quanto à relação e aproximação semântica — e eventualmente sinonímica — de princípio com outros vocábulos peculiares da Filosofia. Exemplos disto são *fundamento*¹ e, sobretudo, *razão*, entendida como "*sistema de princípios a priori cuja verdade não depende da experiência, que podem ser logicamente formulados e dos quais temos uma consciência refletida*" (LALANDE, 1996, p. 914).

Em suma, o princípio não exige demonstração nem instiga admissão daquele a quem se dirige a proposição, exatamente por ser válido em si. Ele **é o primeiro passo da atividade cognoscente, de caráter geral e valor absoluto, que conduz à veracidade da premissa de partida e permite a organização, unificação e compreensão de determinado sistema de conhecimento**. O mesmo não se pode declarar sobre o postulado, pois, embora demonstrável, requer que aquele a quem se encaminha a assertiva aceite a veracidade do que se propõe. Também difere de axioma, posto que este consiste em proposição não demonstrada, admitida como verdadeira pelo receptor, referente a determinada questão.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO

Antes de transpor a sistemática principiológica para o Direito, convém compreender sua classificação desenhada pelo *jusfilósofo* Reale (2006, p. 304), quem organizou os princípios em três grandes categorias: a) *omnivalente*, hipótese em que "*são válidos para todas as formas de saber*"; b) *plurivalente*, quando "*aplicáveis a vários campos de conhecimento*"; c) *monovalente*, caso em que seu alcance se restringe ao "*âmbito de determinada ciência*".

Com base nesta sistematização, e valendo-se do exemplo do filósofo brasileiro citado, pode-se apontar, na categoria *omnivalente*, o **princípio da razão suficiente**², que se traduziria na causa e na condição primeira de todo o conhecimento, ou melhor, o que permite

¹ "*Causa, no sentido de razão de ser*" (ABBAGNANO, 1998, p. 474).

² A noção aristotélica de razão de necessidade de alguma coisa adquiriu, em Leibniz, "*sentido diferente e específico, distinguindo-se nitidamente da noção de causa essencial ou substância necessária: passa a designar uma conexão falha de necessidade, mas capaz de possibilitar o entendimento ou a justificação da coisa; o princípio desta conexão é chamado de princípio de razão suficiente*" (ABBAGNANO, 1998, p. 475, grifos do autor).

ao homem, enquanto ser dotado de razão, conhecer, apreender etc. Paulo Marcos da Silva (2010), em dissertação de Mestrado, examinou este princípio, e reconheceu, com apoio em Schopenhauer, o pioneirismo de Leibniz a elaborar e ventilar a noção de *razão suficiente* como causa essencial a todas as ciências e conhecimentos, distinguindo, embora não claramente, a *ratio cognoscendi* e a *causa efficiens*. Por isso, Paulo Marcos da Silva (2010, p. 22) argumenta que Schopenhauer teria se munido “*de tópicos do pressuposto 'woff-leibniziano', por assim dizer, de que tudo tem uma causa e que há um princípio suficiente a priori que coordena a composição do conhecimento*” para embasar sua própria proposta de princípio de razão.

No que toca à polivalência, ou seja, à viabilidade de o princípio ser invocado em diversas searas do saber, poder-se-ia acrescentar, quiçá, outras duas subcategorias assim denominadas: b.1) **princípios plurivalentes do mundo natural**; b.2) **princípios plurivalentes do mundo cultural**. Desse modo, os princípios do mundo natural são aqueles atinentes às ciências naturais, isto é, às investigações do mundo “*dado*”, mas que, a rigor, não se estendem a todas as áreas do conhecimento. Pode-se aventar, *e.g.*, as chamadas “*Leis de Newton*”, que aqui devem ser compreendidas, portanto, como “*princípios de Newton*” porque, apesar de valermem em todo o globo terrestre e serem abordados quando do estudo da *physis*, em vernáculo, da física, não abarcam todos os setores de investigação científica *lato sensu*. Citem-se, à guisa de ilustração, o princípio da gravidade universal, que explica a posição e movimentação dos planetas, e é descrito por “*dos masas cualesquiera, m y m', entre cuyos centros existe certa distancia, d, se atraen com uma fuerza diretamente proporcional a sus masas, e inversamente proporcional al cuadrado de la distancia*”¹ (MAIZTEGUI; SABATO, 1973, p.257); e o da inércia, segundo o qual “*1) Todos los cuerpos em reposo tienden a seguir em reposo. 2) Todos los cuerpos em movimiento tienden a seguir moviéndose, pero com movimiento rectilíneo y uniforme*”² (MAIZTEGUI; SABATO, 1973, p. 146).

Já os princípios do mundo cultural, inseridos na categoria plurivalente, embora aplicáveis a diversas searas científicas, restringem-se aos setores do mundo “*construído*”, à própria cultura. Exemplifique-se com o chamado **princípio da disjunção**, descoberto por Panofsky (1976, p. 76), quem, no decorrer de investigação realizada no plano da história da arte, constatou que, amiúde, determinado ícone se dissocia do tema. Isto teria ocorrido com o significado de Apolo que, posteriormente, se atribuiu a Jesus. O mesmo processo se deu com Zeus, da mitologia grega, que se tornou Júpiter na cultura romana. Da mesma forma, Orfeu

¹ “Duas massas quaisquer, m e m', em cujo centro haja certa distância, d, se atraem com força diretamente proporcional a suas massas, e inversamente proporcional ao quadrado da distância”. Tradução livre.

² “1) Todos os corpos em repouso tendem a permanecer em repouso. 2) Todos os corpos em movimento tendem a manter o deslocamento, mas em movimento retilíneo e uniforme”. Tradução livre.

se transformou em Adão, Hércules, em Sansão. Para Kris e Kurtz (1979, p. 6), este fenômeno se evidenciava quando as características da obra clássica eram atribuídas a símbolo de significação diversa, normalmente cristã.

Por fim, encaixam-se na classe dos monovalentes os princípios gerais de Direito, geralmente compreendidos como *"enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas"* (REALE, 2006, p. 304). Bobbio (1995, p. 158) os enxerga como

normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras).

Como salientado pelo autor, não era uníssono na comunidade jurídica o entendimento de que os princípios também seriam normas jurídicas, conclusão esta surgida lentamente na história jurídica, mas que, hodiernamente, ganha novo relevo.

3 BREVE HISTÓRICO DOS PRINCÍPIOS NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA: DO DIREITO NATURAL AO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

É deveras difícil, senão impossível, precisar o momento em que se admitiu a existência do Direito Natural, enquanto ordem ou conjunto de leis formado independentemente da vontade humana, que repousa em hierarquia superior ao conjunto de regras do homem, conferindo-lhes validade. Ensina Reale (2006, p. 310) que seu aparecimento ocorreria *"entre os pensadores gregos que a aceitação de um Direito Natural, como expressão de exigências éticas e racionais, superiores às do Direito positivo ou histórico, passa a ser objeto de estudos especiais, até se converter em verdadeira 'teoria'"*. Do pensamento socrático, passando pelo platônico, encontra-se plena sistematização nos escritos do Estagirita, que o revela como *"expressão da natureza das coisas, [que] não se esfuma em fórmulas vazias, mas tem a força de uma forma lógica adequada às constantes da vida prática"* (REALE, 2006, p. 311, grifos do autor). Como manifestação da natureza, o Direito Natural incide e vale para todos, sem distinção étnica ou cultural. Como sintetizara Ulpiano, *"jus naturale est quod natura omnia animalia docuit"*¹.

¹ "O Direito Natural é aquilo que a natureza a todos os animais ensinou". Tradução livre.

Séculos mais tarde, a Escolástica renova a leitura aristotélica na Idade Média, cujo produto, marcado pelo pensamento transcendente de São Tomás de Aquino, preconiza a existência de conjunto de preceitos éticos superiores ao Direito Positivo, que retrataria, sobretudo, a razão divina. Propagava-se, assim, a *"racionalidade moral pautada no divino"* (MÖLLER, 2011, p. 51), associando a lei natural à vontade de Deus. Este fenômeno repercutiria no plano político e econômico vivenciado na Alta Idade Média (séculos XI a XV). Nesta ocasião, a burguesia via suas pretensões desmoronarem com a ampliação do comércio. Inconformada com isto e com os privilégios constantes da nobreza, burgueses se empenharam em auxiliar a realeza em suas intenções centralizadoras. À medida em que a monarquia enriquecia — pois contava com o apoio da burguesia para financiar recursos humanos e econômicos —, seus poderes cresciam em relação aos dos senhores feudais, o que, durante longo e inconstante período, confirmaria a tendência¹ de se mostrar absolutista, concentrando os poderes de direito e de fato nas mãos do rei, que declarava terem-lhe sido transferidos diretamente por Deus.

Com o Renascimento no século XVI, iniciando neste a era histórica Moderna², o homem retorna — de maneira mais acentuada até — ao centro das reflexões. Com o antropocentrismo, engendrou-se verdadeiro *"despertar cultural, que caracteriza desde o início do Renascimento [e] é sobretudo uma afirmação renovada do homem, dos valores humanos nos vários domínios: desde as artes à vida diária"* (GARIN, 1991, p. 9). Esta virada cultural, aliada à preponderância da monarquia, reforçou as inclinações absolutistas (GAMA BERQUÓ, 1917, p. 325). Por isso, pensadores deste período se empenhavam em justificar o exercício do poder do Estado pelo homem, fundamentando-o na razão divina. Como lembram Aquino, Alvarenga, Azevedo Franco e Lopes (1983, p. 26), eram partidários da *teoria do direito divino*

¹ Com a ascendência da realeza política e econômica, a realeza tentava concentrar o máximo de poder possível em suas mãos, o que acirrava disputas, já que tinham o mesmo objetivo o Papa, a nobreza feudal, as corporações de ofício. Por isso, já havia a tendência de concentração do poder nas mãos do líder, que, no caso, era o rei, como também lembra Zippelius (1997, p. 72): *"é verdade que já na Idade Média germinava também a ideia de consolidar o poder público na mão do príncipe, seguindo a máxima formulada em França 'que li rois est souverains par dessus tous'"*.

² No magistério de Gama Berquó (1917, p. 325-6, grifo do autor), a Modernidade marcou-se com *"a) maior extensão do teatro [sic] dos acontecimentos do que na Idade Média, pela parte que os estados do norte, Rússia e Estados Scandinavos [sic], tomam nos acontecimentos, além da descoberta do Novo Mundo, facto [sic] que muito alargou o campo da civilização; b) substituição do systema [sic] feudal pela monarquia [...]; c) preponderância do princípio monarchico [sic] [...]; d) falta de unidade religiosa, que substitue [sic] a uniformidade da crença da Idade Média e, com a chamada Reforma, ameaça a auctoridade [sic] da Igreja e do Pontificado"*

dos reis Le Bret, Jacques Bossuet¹ e Jean Bodin. Este último lançou as primeiras luzes sobre a ideia de soberania, que via como perpétuo e absoluto poder do Estado, residindo “no poder monárquico uma faculdade incontestável de mando” (BASTOS, 2004, p. 96).

Logo após o início da Modernidade, já no período Barroco (séc. XVII), Descartes entra em cena como novo marco histórico-filosófico, criando o Racionalismo, que pregava a razão humana como condição de possibilidade para conhecer. A partir disso, possuiria existência o que fosse passível de apreensão e compreensão pela razão, de tal sorte que, em última análise, caberia a esta atribuir a existência das coisas. Para os adeptos desta orientação filosófica, “somente a Razão poderia encontrar os meios de explicar os principais fenômenos da Natureza que a Escolástica, associando a Fé e a Razão através de uma Lógica Aristotélica, não podia explicar” (AQUINO et. al., 1983, p. 90). Descartes, portanto, questionou o aristotelismo que predominava desde a Escolástica com São Tomás de Aquino, surpreendendo os pensadores quando, *grosso modo*, introduziu a dúvida na Filosofia, provocando indagações que a *esthesis*, os sentidos, à época, não explicaria. Conta-se que Descartes fincou cado n’água, provocando o fenômeno da refração². Com isso, embora o cabo estivesse cravado verticalmente, os sentidos do homem não conseguiam explicar porque o pedaço do objeto entortava-se dentro d’água.

Ora, se o conhecimento pelos sentidos não explicaria o ocorrido, talvez não fosse idôneo para esclarecer outras perquirições teológicas e metafísicas. Assim, o homem moderno começa a preocupar-se em compreender objetivamente as leis e os acontecimentos naturais. Para tanto, partindo da afirmação cartesiana do “penso, logo existo”, seria necessário empreender métodos que conduzissem a razão a alcançar a verdade científica.

Com o predomínio da doutrina racionalista, torna-se mais fácil entender o que ensejou e sustentou o Jusnaturalismo, que seria, a contrário do Direito Natural, “a regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão, sendo, pois, independente da vontade de Deus” (ABBAGNANO, 1998, p. 593). É dizer, Direito Natural e Jusnaturalismo são diferentes, porquanto o primeiro não apenas englobasse a ordem positiva, conferindo-lhe validade, mas porque o Jusnaturalismo, que se desenvolveria com ênfase no campo moral e

¹ Lembram os autores que Bossuet fora “preceptor de Luís XIV e considerado o maior teórico do Absolutismo; na obra Política segundo a Sagrada Escritura afirmou que ‘como não há poder público sem a vontade de Deus, todo governo, seja qual for sua origem, justo ou injusto, pacífico ou violento, é legítimo; todo depositário da autoridade, seja qual for, é sagrado; revoltar-se contra ele é cometer um sacrilégio’” (AQUINO, ALVARENGA, AZEVEDO FRANCO, LOPES, 1983, p. 26, grifo dos autores).

² Refração é alteração de direção da onda quando atravessa limites entre dois meios com distintos índices de refração. O fenômeno altera a velocidade de propagação e o comprimento de onda, mantendo uma proporção direta.

político, reivindicava a autonomia da Razão, reconhecida pelo cartesianismo na Filosofia, buscando, também, a tolerância religiosa, em vez de prender-se aos dogmas divinos peculiares da “Era das Trevas”.

Precursor do Jusnaturalismo, Hugo Grotius via no mandamento da reta razão a ordem da natureza humana e das coisas, mas acreditava que apenas o poder ilimitado nas mãos do monarca permitiria a manutenção da ordem do Estado. Perfilhando do mesmo pensamento, Thommas Hobbes publica o famoso “*Leviatã*”, aludindo ao monstro descrito no livro de Jó para descrever seu ideal de monarca. Para Hobbes, caberia ao soberano, na transição do Estado de Natureza para o Civil, garantir a segurança dos indivíduos contra o próprio homem, que, para ele, é vil por natureza, disposto sempre a fazer o mal contra seus iguais — *homo homini lúpus*¹. Por isso, Hobbes proclamava que os indivíduos deveriam renunciar às suas liberdades para ver garantida a paz pelo soberano, em evidente defesa da concentração de poderes nas mãos do monarca. “*Os homens, portanto, compravam a segurança ao preço da servidão*” (BOBBIO, 2000, p. 71).

Na esteira do Jusnaturalismo, vários outros pensadores do século XVII, tais como Locke, Montesquieu, e Rousseau proporiam ideias que justificariam o surgimento do Estado, a vida em sociedade e — sobretudo os dois últimos teóricos — desenhariam a limitação dos poderes do Estado. Começava a surgir o inconformismo com a centralização do poder nas mãos de um único indivíduo, tanto que Montesquieu (*apud* BOBBIO, 2000, p. 68) afirmaria: “*tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de grandes ou de nobres, ou de povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os delitos ou litígios dos particulares*”. Rousseau, reconhecidamente contrário ao absolutismo, veria na vontade geral a legitimidade da atividade política. Aos poucos, as atividades intelectuais, movidas pelo auge da Razão — pois “*le cartésianisme opposait la raison à l'autorité, la logique à l'arbitraire, la justice à intérêt de l'État*” (GROUSSET, LÉONARD, 1958, p. 305)² — erigiam as bases para o iluminismo. Os intelectuais iluministas formariam os fundamentos dos desideratos burgueses, conduzindo-os ao movimento que pretendia pôr fim à conservação do Antigo Regime, que seria derrubado pela Revolução Francesa.

Na “Era das Luzes”, com o apego à racionalidade que também estimulara a Revolução Científica, surgiram novos ideais, que ensejariam o aparecimento das ciências sociais no século XIX, criando “*bases para a sistematização do pensamento científico e espalhando otimismo em relação a ele*” (COSTA, 2005, p. 55). Tais influências conduziriam o homem a se

¹ “*O Homem é o lobo do homem*”. Tradução livre.

² “*O cartesianismo opunha a razão ao autoritarismo; a lógica à arbitrariedade; a justiça ao interesse do Estado*”. Tradução livre.

desinteressar pela observação e catalogação dos fenômenos naturais, para, em vez disso, analisa-los e tentar explicá-los objetivamente. Esta busca pelo conhecimento minucioso do objeto de estudo exigiria do sujeito cognoscente determinados comportamentos. O método, isto é, o percurso que deve ser cumprido para o alcance da verdade, ou de resultado rigorosamente verificado ou verificável, era um desses elementos científicos, de tal sorte que se pode afirmar que “*não há ciência sem o emprego de métodos científicos*” (LAKATOS, MARCONI, 2006, p. 44). A preocupação com a certeza do que se estava a conhecer era tão grande que o sociólogo Durkheim, no século XIX, quando discorria a respeito de seus métodos e dos fatos sociais enquanto objeto de estudo científico (*stricto sensu*), imporia ao cientista “*neutralidade axiológica*”, ou seja, a necessidade de estudioso manter-se indistinto, sem se abater por valores diante do objeto de análise, ainda que se tratasse de fenômenos sociais.

A busca pela objetividade do resultado científico provocara questionamentos quanto à própria ontologia da Filosofia, quer dizer: se a ciência (*stricto sensu*)¹, enquanto modo metódico de conhecer, apreendendo ou registrando e explicando fatos, permite alcançar resultados rigorosamente verificados, como classificar a Filosofia na realização da mesma empreitada? Desse modo, para o Positivismo, a Filosofia

é também algo posto a serviço de algo, não mais um conhecimento subordinado à Teologia, ou que encontre nesta um ‘limite negativo’, mas, a serviço da própria Ciência, cujos resultados deve unificar e completar, e de cujas conclusões deve partir (REALE, 1990, p. 17).

Com o avanço científico, almejando a explicação racional de fenômenos, aparecem as ciências positivas, caracterizando-se, especialmente, pela aversão à Metafísica. Por isso, a Filosofia perde sua autonomia e sua função criadora, convolvendo-se em mero catálogo de descobertas alcançadas pela Ciência ao longo da história, o que significa que ela “*não teria função própria na busca da verdade*” (REALE, 1990, p. 18), servindo de anexo de consulta ao cientista ao justapor conhecimentos e verificar resultados. Noutra ponta, mostra-se sedutor o grau de importância atribuído à Ciência, de maneira que muitos estudiosos, nos anos subsequentes, procurariam preencher todos os requisitos em seu campo de conhecimento para obter o *status* de Ciência, e, assim, alcançar sua autonomia. Foi o que ocorreu, *v.g.*, com a Sociologia, que se pretende seara de investigação metódica dos fatos sociais, mesmo sempre

¹ “A palavra ciência pode ser entendida em duas acepções: *lato sensu* tem, simplesmente, o significado de ‘conhecimento’; *stricto sensu* não se refere a um conhecimento qualquer, mas àquele que, além de apreender ou registrar fatos, os demonstra por suas causas constitutivas ou determinantes” (LAKATOS; MARCONI, 2006, p. 23).

desafiada por outros cientistas, que, por considerarem mutável o objeto de estudo, entendiam que os resultados visados não poderiam ser idôneos, pois o que se analisava era variável.

A desejada importância científica também foi demandada pelos juristas, que, até hoje, não se cansam de ratificar e apontar o Direito como Ciência, e, por conseguinte, autônomo em relação aos outros setores do saber. Desta maneira, se o Direito não depende da influência dos resultados de ciências alheias, ele deve ser conhecido e explicado por si e em si. Por isso, começa a exploração acerca do Direito e dos atributos que o tornam tão diferente e independente dos outros campos. Neste passo, sem pretender indicar cada uma das vertentes positivistas no Direito, tem-se que o auge do positivismo jurídico, ou melhor, a prova verdadeira de que seria o Direito Ciência, veio com Kelsen, quando criou sua “*teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto*” (KELSEN, 2006, p. XII [prefácio à primeira edição]).

Afastando a Metafísica, e debruçando-se sobre as minúcias jurídicas, os cientistas, inclusive do Direito, põem abaixo as influências do Jusnaturalismo. Como narra Weber (1999, p. 646), isto se deve

*no sólo a consecuencia de la inconciliable situación de lucha de los axiomas iusnaturalistas formales y materiales entre sí o como resultado del trabajo de las distintas formas de la doctrina de evolución, sino también a consecuencia de la progresiva disolución y relativización de todos los axiomas metajurídicos. En parte debido al racionalismo jurídico, en parte por la escepticismo del moderno intelectualismo en general, la axiomática iusnaturalista ha caído actualmente en un hondo descrédito. En todo caso, ya perdido la capacidad de ser fundamento de un derecho*¹.

A rejeição à Metafísica, à Moral, à Política chegou ao ponto que o “*positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX*” (BARROSO, 2007, p. 208). Enquanto o Direito se confundia com a lei, poder-se-ia afirmar, como lícito, aquilo que fora por esta permitido, ou não proibido. Logo, a previsão de determinadas condutas na lei pressuporia a legitimidade de sua prática, o que poderia autorizar o que nela estivesse previsto, ainda que, em última instância, jamais admitido pela sociedade. O Direito amparado na lei permitiu que o

¹ “Não apenas a consequência da inconciliável situação de luta dos axiomas iusnaturalistas formais e materiais entre si ou como resultado do trabalho das distintas formas da doutrina da evolução, sendo também a consequência da progressiva dissolução e relativização de todos os axiomas metajurídicos. Em parte devido ao racionalismo jurídico, em parte pelo cepticismo do moderno intelectualismo em geral, a axiomática iusnaturalista caiu em total descrédito. Em todo caso, perdeu a capacidade de ser fundamento de um direito”. Tradução livre.

se legitimasse o nazismo, na Alemanha, e o fascismo, na Itália, conhecidos “*regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade*” (BARROSO, 2007, p. 208). Foram estes acontecimentos históricos, sobretudo, que dariam início à derrocada do Positivismo no Direito, já que algumas de suas propostas começaram a se tornar indefensáveis, com destaque para o afastamento da Moral.

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, começa o constitucionalismo contemporâneo, pondo em voga novas teorias jurídicas, que pretendem conciliar aquelas duas fases do fundamento do Direito: Jusnaturalismo e Positivismo. Fala-se, destarte, em Pós-Positivismo, que “*busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas*” (BARROSO, 2007, p. 208). De outro lado, outros erguem o estandarte do Neoconstitucionalismo, que, na análise de Möller (2011, p. 26), pode ser definido quanto à ideologia, como “*movimento jurídico de oposição à lógica do Estado decimonônico, onde imperava o legalismo, o culto à lei e a concepção de atividade judicial como mecânica de aplicação da lei*”; e em relação à terminologia, por indicar o privilégio acentuado ao “*caráter normativo da constituição, assim como a vinculação material aos direitos fundamentais*” (p. 28).

Com o advento deste movimento, os intelectuais do Direito se animaram em (re)descobrir as peculiaridades das normas jurídicas, embora, doravante, requeiram, e não mais repilam, a leitura do Direito à luz da moralidade. Por este motivo, revisitaram a noção de princípio no âmbito jurídico, atribuindo-lhe normatividade, na tentativa de compreender sua definição, seu papel e seu relacionamento com valores e regras jurídicas.

4 COMPREENSÃO E CARACTERÍSTICAS DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO A PARTIR DA DISTINÇÃO ENTRE REGRAS

O Neoconstitucionalismo e o Pos-Positivismo, independentemente de consistirem em mesma ou diferente teoria, assemelham-se quanto à curiosidade pelo conceito, desempenho dogmático e axiologia dos princípios. Ao que parece, diante de tamanha dificuldade em sua compreensão e aplicação, juristas do mundo todo se empenharam em desvendar suas características, confrontando-os com as regras. Por tal razão, as propostas conceituais e teorias publicadas a respeito, aparentemente, foram formuladas a partir da comparação entre princípios e regras, no intuito de que, com o iluminar de suas divergências, pudessem precisar a identificação de um ou de outro.

Diante de densa pesquisa e análise de Ávila (2011), constata-se que pelo menos a maioria¹ das sugestões conhecidas sobre princípios surgiram do contraste e da comparação realizadas com as regras. Verifica-se, ainda (ÁVILA, 2011, p. 85-87), a formação de duas correntes no Direito Público que se dedicaram a diferenciar princípios de regras. A primeira, denominada *teoria publicista clássica* — originada no Direito Administrativo e transportada para o ramo Constitucional — enfatizava o **grau de indeterminação** das espécies normativas, e defendia

que os princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador.

Neste diapasão, Josef Esser compreendia, como princípios (*apud* ÁVILA, 2011, p. 35), “aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado”. Já Larenz (*apud* ÁVILA, 2011, p. 35-6) os entendia como “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”, enquanto Canaris (*apud* ÁVILA, 2011, p. 36) asseverava que os princípios interagiam diferentemente das regras, marcados por conteúdo axiológico explícito, recebendo “seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”.

O outro segmento doutrinário — que criaria a *teoria moderna do Direito Público*, iniciada pelas investigações de Filosofia e Teoria Geral do Direito e posteriormente transferida para o Direito Constitucional — focara na **maneira de aplicação**, justificando a distinção quanto à estrutura normativa. Para esta linha de raciocínio,

princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção (ÁVILA, 2011, p. 87).

¹ Não é demais reiterar que não se pretende esgotar o assunto, muito menos conseguir expor *todas* as definições de princípios já veiculadas ao redor do mundo. Portanto, expor-se-ão apenas algumas, com ênfase naquelas que perduraram ao longo dos anos e influenciaram juristas em todo o globo terrestre.

Precursor desta linha de pensamento, Ronald Dworkin distinguia princípios das regras legais e da política¹, e os compreendia como padrões abstratos (*standards*) que deveriam ser observados pelo operador jurídico, por representarem imperativo de justiça ou equidade, ou alguma outra qualidade moral, reputando errônea a assertiva dos positivistas de considerarem o princípio como não vinculante ou não impositivo de determinada conduta (DWORKIN, 2013, p. 52). No que tange à aplicação, Dworkin assentava que as regras incidiam no que chamou de “*tudo ou nada*” (*all-or-nothing fashion*) a partir de sua validade ou do preenchimento da hipótese prevista. Se colidissem, uma haveria de ser reputada inválida.

De outro vértice, os princípios “*do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail*”² (DWORKIN, 2013, p. 53), isto é, determinam o sentido da decisão sem concluir, mas, nem por isso, perdem a validade se não prevalecerem na casuística. Enquanto as regras ocupavam o âmbito da validade, os princípios situavam-se na dimensão do peso (*dimension of weight*), de modo que, no embate entre mais de um princípio válido e aplicável ao caso concreto, prevaleceria o que se mostrasse mais “pesado”, sem que o outro deixasse de existir e valer dentro do sistema.

Após os primeiros ensaios de Dworkin sobre regras e princípios em 1967, o jurista israelita Joseph Raz analisou-os, propondo sua divisão do tema. Diferentemente do que acreditava Dworkin, Raz (1972, p. 830-1) assevera que “*legal rules may conflict and have weights, and that therefore Professor Dworkin’s remarks should not be regarded as defying the characteristics of rules and principles*”³. Em seu entender, a ideia de que um princípio é mais pesado do que o outro não permite afirmar, de pronto, que se deverá seguir o mais importante, pois, em cada caso, “*the importance of the principles has to be considered in relation to the amount of good or harm done to the ends they seek to promote*”⁴. Neste diapasão, declara que, a depender da casuística, a solução possível poderá significar, de um lado, a realização do comando do princípio menos importante, com prejuízo suave ao objetivo

¹ “Once we identify legal principles as separate sorts of standards, different from legal rules, we are suddenly aware of them all around us”. Em vernáculo: “uma vez identificados os princípios jurídicos como espécies de padrões independentes, distintos das regras legais, compreenderemos subitamente que eles estão a nosso redor” (DWORKIN, 2013, p. 45). Tradução livre.

² “Os princípios não funcionam desta maneira; eles conduzem a decisão em determinada direção, embora não o façam de maneira conclusiva, mas, ainda assim, sobrevivem intactos quando não prevalecem”. Tradução livre.

³ “Regras legais entram em conflito e possuem pesos, e, por isso, as distinções traçadas pelo professor Dworkin deveriam ser desconsideradas no pertinente às características divergentes entre regras e princípios”. Tradução livre.

⁴ “A importância dos princípios devem ser consideradas em relação ao bem ou ao dano que a promoção de suas finalidades pode acarretar”. Tradução livre.

do princípio mais relevante; e, de outro, a alternativa poderia causar considerável dano ao princípio menos importante, enquanto promove infimamente o conteúdo do mais importante (RAZ, 1972, p. 833).

No que se refere ao choque entre regras ou entre princípios, Raz (1972, p. 833) aponta que

Conflicts between rules are determined solely by their relative importance; conflicts between principles are determined by assessing their relative importance together with the consequences for their goals of various courses of action¹.

Ainda assim, Raz adverte que o conflito não é o melhor modo de traçar as distinções entre regras e princípios, e, por isso, o faz com ênfase no que Dworkin denominou de princípios de obrigação² (*principles of obligation*), para distingui-los apenas das chamadas “regras de obrigação”. Partindo deste norte, subdividiu os princípios quanto a) *base para interpretação de leis*, cuja importância é crucial para garantir a coerência das diversas leis que recairão sobre o agente; b) *sustentáculo para modificação legal*, pois decorre daquela primeira função, estabelecendo os limites da interpretação; c) *estribo para exceções particulares às leis*, isto é, invocável para solucionar casos em que, se aplicada a lei, outros princípios seriam violados. Geralmente aplicável em países que não possuem doutrina do precedente, e admitem que o princípio incida para afastar a regra; d) *apoio para criação de leis*, quando servem de fundamento para criação de novas leis. Costuma ser aplicada onde impera o *common law*, de modo que novas regras surgem porque apoiadas em princípios solidificados; e) *fundamento único (sole ground) em hipóteses específicas*, que, diferentemente das outras hipóteses, ocorre quando a determinação legal a ser cumprida advém, diretamente, da aplicação de vários princípios.

Tempos depois, Alexy, também animado pela tese de Dworkin, elaborou sua própria sistematização, tomando o mesmo caminho dos demais estudiosos, isto é, o da comparação entre princípios e regras. Para Alexy (2011, p. 87), princípios e regras são normas, “*porque ambos dizem o que deve ser*”. Entrementes, são diferentes no que toca à normatividade, de maneira que a distinção entre ambas é qualitativa, e não gradual. Dessa forma, Alexy concorda com a assertiva dworkiniana de que o conflito entre princípios situa-se na dimensão

¹ “Conflitos entre regras são dirimidos apenas por suas importâncias relativas; conflitos entre princípios são solucionados a partir de sua importância relativa aquilatada com as consequências de seus objetivos dentre várias possibilidades de ação”. Tradução livre.

² “[...] *they are standards which point to particular decisions about legal obligations in particular circumstances*”. Em vernáculo: “Padrões que apontam para determinadas decisões sobre obrigações legais em circunstâncias particulares” (DWORKIN, *apud* RAZ, 1971-1972, p. 835).

do peso, em que o mais pesado se sobrepõe ao mais leve, ao passo que o das regras, no plano da validade, de modo que serão válidas ou não, devendo ser satisfeitas ou não, incidindo quando preenchida a determinação. Mas o alemão inova quando propõe seu próprio conceito de princípios, entendendo-os como

mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2011, p. 90, grifos do autor).

Destarte, Alexy sustenta que princípios exprimem deveres *prima facie*, que devem ser exercidos a partir do resultado do sopesamento realizado com amparo nas possibilidades jurídicas e fáticas verificadas em cada situação concreta. Já o conflito ocorreria porque, “*se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição*” (2011, p. 96), isto é, um permite o que o outro proíbe. Por isso, diante das peculiaridades do caso, um deles haverá de ceder, já que a tensão “*não pode ser solucionada com base em uma precedência absoluta de um desses deveres, ou seja, nenhum desses deveres goza ‘por si só, de prioridade’*”. Em vez disso, declara que a solução “*consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto*” (p. 96). Assim, sopesam-se os interesses conflitantes para aferir qual destes, “*que abstratamente estão no mesmo nível — tem maior peso no caso concreto*” (ALEXY, 2011, p. 95, grifos do autor). Ou seja, será preciso aquilatar, no caso concreto, quais princípios estão em jogo, para, a partir deste juízo de ponderação, indicar qual possui, naquela hipótese, maior peso.

Em seguida, as conclusões de Dworkin e por Alexy foram avaliadas por Habermas. Também para ele, princípios e regras são normas, e, portanto, possuem estrutura deontológica, mas não teleológica, atributo este inerente ao valor (1997, v.1, p. 316). Por isso, Habermas condena duramente o juízo de ponderação e a noção de princípios como mandados de otimização, vez que, além de ensejar arbitrariedade do magistrado, tal tarefa violaria o caráter deontológico do Direito, porquanto submeta ao sopesamento o sentido de *deve ser* inerente à norma jurídica. Além disso, princípios e regras influenciariam a fundamentação de decisões, embora variassem quanto à posição na lógica argumentativa, já que

regras contêm sempre um componente ‘se’, que especifica condições de aplicação típicas da situação, ao passo que princípios, ou surgem com uma pretensão de validade não específica, ou são limitados em sua esfera de aplicação através de condições muito gerais, em todo o caso

carentes de uma interpretação. Pode-se explicar a partir daí a diferença característica entre regras e princípios no que tange à atitude de colisão, que Dworkin coloca em relevo (HABERMAS, 1997, v.1, p. 258).

Mais recentemente, Humberto Ávila (2011) sugere nova visada sobre o tema. Em sua proposta, dissocia ambas as normas de maneira *heurística*, abrangendo alternativas inclusivas. Para ele, os dispositivos produziriam mais de uma espécie normativa simultaneamente, isto é, “*um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)*” (p. 69, grifo do autor). Desse modo, princípios seriam, em seu sentir,

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Dito de outra forma, para o autor, princípios são normas que possuem finalidade a ser alcançada de acordo com os valores neles incutidos, complementando e reforçando os aspectos relevantes para a decisão, embora não se proponham a produzir a solução específica, mas apenas colaborarem para a conclusão, justapondo-se ao lado de outras razões. Diferentemente disso, as regras visariam a ensejar a solução relativa ao caso estudado, alcançando todas as características relevantes da casuística, com esboço nos fins e valores veiculados pelos princípios.

Em que pese a plêiade de classificações e diferenciações, aumentando o dissenso sobre o assunto, tem-se que o pensamento majoritário na literatura jurídica mais moderna equipara princípios e regras a espécies de norma jurídica¹, variando quanto ao cariz de normatividade. No magistério de Canotilho (2003, p. 1160), as principais divergências entre ambas podem ser apontadas da seguinte maneira:

- a) *Grau de abstracção*: os *princípios* são normas com grau de abstracção [sic] relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstracção [sic] relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações

¹ Canotilho (2003, p. 1161) frisa também que os princípios normativos não devem ser confundidos com aqueles que se destinam à hermenêutica, vez que “desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição [...] ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”.

concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis [sic] de aplicação directa [sic].

c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) *"Proximidade" da ideia de direito*: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na "ideia de direito" (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) [sic] *Natureza normogenética*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* das regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Portanto, admite-se princípios como normas jurídicas que estruturam o ordenamento jurídico, compondo-lhe a forma e o conteúdo, e vinculando o exegeta quanto ao sentido de orientação e aplicação. Não se confundem com as regras, mas servem-lhes de fundamento, e caracterizam-se por acentuado grau de abstração que dificulta sua concretização pelo magistrado no caso analisado.

5 OS PRINCÍPIOS À LUZ DA TRIDIMENSIONALIDADE DO DIREITO: PROPOSTA DA TEORIA DAS VERDADES FUNDANTES

A partir destas considerações, faz-se mister perscrutar os atributos dos princípios admitidos por todos os autores estudados. Todos eles, Esser, Larenz, Dworkin, Raz, Alexy e Ávila são uníssonos a admitir o princípio como **fundamento** norteador da decisão. Igualmente, todos admitem que os princípios poderão se desdobrar em outras normas jurídicas. As diferenças cruciais começam a surgir a partir da releitura do Direito à luz da Moral, com a jurisprudência dos valores, cujos principais pensadores, em sua maioria¹, reconheceriam conteúdo axiológico nos princípios, mas são unânimes ao afirmar que princípios são normas jurídicas e, especialmente, vinculativas da atividade jurídica. Não há dúvida,

¹ Diz-se maioria porque, a rigor, Dworkin não via valores nos princípios, mas conceitos e direitos. "Segundo esse autor, um princípio é um standard que deve ser observado, não porque ele irá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque ele é uma exigência de justiça ou equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade" (MARINONI, 2010, p. 54).

portanto, de que princípios de Direito constituem fundamentos norteadores do ordenamento jurídico, que possuem matiz axiológico diferenciado, já que expressam ou refletem preceitos de outros setores — Moral, Política — e, ainda, se revestem de normatividade, já que instituem comandos de *dever-ser*.

Se os princípios também são normas jurídicas, não seria incorreto afirmar que também podem ser explicados à luz da teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, de maneira que a normatividade adviria da coordenação “dialético-complementar” entre fatos e valores. Contudo, ainda assim, os princípios de Direito, tal como na Filosofia, são *absolutos*, a contrário do que ocorre com as regras, que possuem como uma (senão a única) de suas constantes a inexorável possibilidade existir exceção a elas. Já os princípios, por serem absolutos, não podem ser excepcionados nem mitigados, pois, devido a sua importância sistemática, exigem aplicação sempre, o que, algumas vezes, possam complementar-se uns aos outros em cada caso, a partir do ônus argumentativo das partes, que deverão oferecer seus pontos de vista com indelével dialética de complementariedade entre tais preceitos, demonstrando a correlação e mútua implicação. Se fosse diferente disso, a aceitar, *e.g.*, a técnica de sopesamento, muito provavelmente haveria casos e julgados que afastariam o contraditório para prestigiar a economia processual! Poderia uma das partes do processo deixar de ser ouvida apenas para poupar a realização de atos processuais? Evidentemente, não. O contraditório, aliás, à luz da “*teoria das verdades fundantes*” que aqui se propõe — pela qual os princípios existem, coexistem e não se relativizam nem se excluem — parece não mais constituir garantia do cidadão, para ser alçado à categoria de princípio, já que deve ser sempre observado, ainda que sua incidência seja postergada¹.

Desta feita, os princípios podem ser: a) **gerais de Direito**; ou b) **setoriais**. No primeiro caso, surgem como substrato direto do Direito Natural, aqui compreendido como “constantes *ou* invariantes axiológicas” (REALE, 2006, p. 314, grifos do autor). Nesta linha de inteligência, os princípios gerais de Direito dividir-se-iam em: a.1) **imediatos**, que consistem em expressões diretas dos “*valores essenciais e conaturais a qualquer forma de convivência ordenada*” (REALE, 2006, p. 314); a.2) **mediatos**: que se harmonizam com os imediatos, a eles subordinados, “*ou representam exigências jurídicas características de todo um ciclo histórico – tal como o Direito Comparado no-lo revela -, ou então traduzem formas de compreensão que fundamentam o ordenamento jurídico de cada povo*” (REALE, 2006, p. 314).

Um dos exemplos do que aqui se entende como princípio geral de Direito imediato seria o insculpido no brocardo *ubi societas, ibi ius*, isto é, “onde está a sociedade, ali, o

¹ Como ocorreria, por exemplo, quando da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, conforme disciplinamento do Código Processo Civil.

Direito". Isto significa que não há Direito sem grupo humano. Trata-se, pois, de *conditio sine qua non* para se conceber o jurídico, que deriva da própria natureza e antecede a própria vontade humana para valer, constituindo-se, pois, em valor essencial à convivência ordenada. Também se encaixaria nesta orientação a noção de ordem pública, pois, ao negar o caos, torna-se condição primeira para a vida em qualquer meio social.

Como princípio geral de Direito mediato, pode-se extrair, *a contrario sensu*, exemplo mencionado por Alexy (2011, p. 110), quem, malgrado tenha criado proposta completamente distinta — pois relativiza os princípios, ao passo que se quer demonstrar aqui sua natureza fundante —, reconhece invalidade de alguns princípios, ou melhor, que não poderiam ser adotados por qualquer ordenamento. O autor menciona, neste viés, o "princípio da segregação racial", que, para ele, não poderia ser admitido, tendo em vista a experiência histórico-axiológica em sentido oposto. Ora, é exatamente o que se defende, isto é, a existência de preceito que nega a segregação racial, e que, por isso, deve ser entendido como **princípio** da "não segregação racial", vez que se desvela premissa absoluta, válida por si só, que coordena e orienta o sentido de todo o sistema jurídico, ostentando, também, faceta normativa, que outorga o comando de dever-ser: "*é inadmissível a segregação racial*". Note-se que o rigor do conteúdo do princípio é de tal monta que não abre margem à ponderação ou dimensão de peso, mormente porque não há como sopesar o que deve valer, coordenar e orientar sempre. Com efeito, os princípios gerais de Direito coexistem e vinculam, com rigor, a atividade do operador do Direito. São, em suma,

conceitos básicos de diversa graduação ou extensão, pois alguns cobrem o campo todo da experiência jurídica universal; outros se referem aos ordenamentos jurídicos pertencentes, por assim dizer, à mesma 'família-cultural'; outros são próprios do Direito pátrio (REALE, 2006, p. 316, grifos do autor).

Noutra ponta, encontram-se os princípios setoriais, que são desdobramentos dos princípios gerais, situando-se em determinados ramos do Direito, ou, mais do que isso, "bases teóricas *ou as razões lógicas do ordenamento jurídico, que deles recebe o seu sentido ético, a sua medida racional e a sua força vital ou histórica*" (REALE, 2006, p. 317, grifos do autor). Os princípios setoriais dicotomizam-se em: b.1) **constitucionais**: quando instituídos pela Constituição, com eficácia de superioridade hierárquica e subordinante. Tais princípios "*consustanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos*" (BARROSO, 2009a, p. 157). Exemplo: princípio da eficiência da Administração Pública; b.2) **setoriais stricto sensu**: cuja validade alcança um ou alguns ramos do Direito situados abaixo da Constituição. Ou seja, é hierarquicamente inferior à Constituição, mas vale no plano infraconstitucional, em um ou alguns ramos do Direito.

Cite-se, neste diapasão, o princípio de continuidade do serviço público essencial, válido no âmbito do Direito Administrativo, que proíbe sobrestamento de sua prestação, ainda que durante manifestação do direito de greve do servidor. Se o serviço público essencial não pode parar, significa que sua continuidade é inexorável, isto é, não se pode ponderar nem sopesar. Logo, em se tratando de princípio, o sentido de dever-ser nele impresso deve ser observado em sua plenitude. No Brasil, este princípio tem sido aplicado, geralmente, para exigir que parte do contingente de servidores atue enquanto outros exercem greve. Ou seja: o princípio foi aplicado sem conflito nem sopesamento com eventuais outros, de maneira que o serviço público imprescindível permaneceu incólume, enquanto os servidores exerciam seu direito de greve.

Na perspectiva fundante dos princípios enquanto normas jurídicas, percebe-se que seu relacionamento no sistema decorre de **integração dinâmica de fatos e valores** (tridimensional). Eles possuem, assim, **extensa amplitude fática e densa profundidade valorativa**. Em outras palavras, não basta mero ou alguns fatos aos quais se empreste juízo valor, como ocorreria para a formação das regras, tanto pelo legislador quanto pelo magistrado no caso concreto. Para descoberta do princípio, é necessária a reunião (ainda que lógico-transcendental) de inúmeros fatos, ocorridos ou antevistos, planejados e almejados pela nação, aos quais o povo e a comunidade jurídica e política lhes atribuam os valores próprios daquele meio cultural e social, no intuito de fixar o resultado normativo. Idêntica plasticidade não possuem as normas da espécie regra, pois estas seriam proporções atributivas de maior exatidão e especificação, com menor abstração e generalidade. Não à toa, chamam-se regras, cuja etimologia, *regula*, ainda remete à noção de régua, porquanto estabeleça, abstrata ou concretamente, a medida exata de seu comprimento para o devido cumprimento. Todavia, admitem exceções, exatamente porque as “réguas” não são dobráveis para incidir plenamente em todos os casos, no que se distinguem dos princípios, que “*não envolvem, a rigor, uma opção, pois, em geral, se nota uma coincidência entre os princípios por aqueles três modos declarados, inexistindo razões de conflito*” (REALE, 2006, p. 316).

6 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

De acordo com Barroso (2009a, p. 165), “*por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental*”. O constitucionalismo contemporâneo resgata a força normativa da Constituição, pondo-a no topo do ordenamento jurídico. Mas o escopo de situar o diploma legal mais importante sobre todas as regulamentações da vida humana não é novo. Como adverte Cappelletti (1986, p. 48),

embora não expressa e conscientemente configurada como ‘supremacia da Constituição’ em relação às leis ordinárias, existiu,

no entanto, também em outros e mais antigos sistemas jurídicos, uma espécie de *supremacia de uma dada lei ou de um dado corpo de leis* — que, em terminologia moderna, poderemos, exatamente, chamar de leis ‘constitucionais’ ou ‘fundamentais’, *Grundgesetze* — em relação às outras leis que, sempre em terminologia moderna, podemos chamar leis ‘ordinárias’.

Sampaio (2002, p. 24), também no escólio de Cappelletti, lembra que já se enfatizava a superioridade da lei fundamental no direito ateniense, que distinguia o *nómos*, que seria a norma superior, do *pséfisma*, que se assemelharia às infraconstitucionais. Desde a Antiguidade, o fundamento primeiro da superioridade da lei fundamental esgueirava-se no direito natural. Em Platão, via-se a necessidade de a lei reproduzir a “*ordem imutável e divina, nunca os interesses mundanos*” (SAMPAIO, 2002, p. 25). Na doutrina de Aristóteles, encontra-se exigência de superioridade da lei justa, por ser a razão desprovida da paixão, acarretando a ilegitimidade da lei injusta.

Na Escolástica, retoma-se o raciocínio de que a lei positiva, além de justa, deverá ser validada pelo Direito Natural, de maneira que “*contra jus naturale, injusta est, nec habet vim obligandi*”¹ (AQUINO *apud* SAMPAIO, 2002, p. 26). Com o Jusnaturalismo, a noção de Constituição enquanto documento escrito, formal e rígido

terminará por absorver as duas ordens de direito, *jus positum* e *jus naturale*, em uma única ordem, sendo a um só tempo um texto de lei, integrante de um sistema positivo, pretendente à unicidade e completude, e um conjunto de disposições, em si mesmas, de conteúdo aberto e poroso a uma ordem de valores, orbitados na atmosfera quase imperceptível de um direito natural evaporado (SAMPAIO, 2002, p. 28).

Neste espectro, o constitucionalismo, como fruto dos ideais políticos e jurídicos sustentados pelos jusnaturalistas, procura assegurar no documento mais importante da sociedade — à semelhança da passagem do Estado de Natureza para o Civil pensada por Locke e Kant — a conservação do que havia de melhor naquele contexto primitivo, garantindo, plenamente, os direitos naturais que fossem imanentes ao indivíduo, que, *v.g.*, para Locke, seriam a vida e a propriedade. A “positivação” do direito natural, na visão de Cappelletti (1986, p. 56),

representa um dos fatores fundamentais que caracterizam o pensamento e a realidade jurídica da época atual — será dado apenas a partir das modernas Constituições ‘rígidas’, do moderno ‘constitucionalismo’ que se inicia, como já reconheci, com a Constituição dos Estados Unidos.

¹ “A lei contrária ao Direito Natural é injusta e não cria vínculo obrigacional”. Tradução livre.

Com a consagração destas diretrizes, os alicerces do constitucionalismo moderno no século XVIII foram sedimentados. A partir disto, vieram, ligados à ideia de supremacia da Constituição, as noções de poder constituinte e constituído, distinguidos por Emmanuel Sieyès; e à flexibilidade ou rigidez da Carta Maior, funcionando “*na medida em que repelem que o legislador ordinário disponha em sentido contrário do texto constitucional*” (BRANCO, COELHO, MENDES, 2009, p. 248). Estas últimas características, embora pretendam diferenciar as Constituições quanto à possibilidade e dificuldade de reforma, têm caído, todavia, em desuso, de tal modo que Barroso (2009a, p. 167) chega a afirmar que “*a identificação dessa categoria tem hoje valor praticamente ‘arqueológico’, haja vista que a quase-totalidade dos regimes constitucionais adota o modelo de Carta escrita e rígida*”.

Partindo destas premissas, tem-se que a supremacia da Constituição, do ponto de vista político, é o corolário do contrato social formado entre os indivíduos para erigir o Estado Civil; do prisma jurídico, é o preceito de *dever-ser* que impõe, com força normativa, a ordenação coercitiva do sistema a partir da manifestação de vontade dos indivíduos; e, do viés social, emana o anseio de alcançar o bem comum a partir das diretrizes impressas no acordo.

Sob o ângulo existencial, pode-se afiançar que a supremacia da Constituição compõe a realidade ôntica do ordenamento jurídico, afirmando-lhe existência em si, deitando raízes para que se ergam as bases políticas, sociais e jurídicas do Estado. Afinal, não se pode esquecer que o Estado, figurativamente, estrutura-se como pirâmide de três faces, em que todas correspondem à parte da Teoria Geral que o estuda:

uma é a social [...], na qual se analisam a formação e o desenvolvimento da instituição estatal em razão de fatores sócio-econômicos; a segunda é a *jurídica* [...], estudo *normativo* da instituição, ou seja, de seu ordenamento jurídico; a terceira é a *política* [...] para explicar as finalidades do governo em razão dos diversos sistemas de cultura (REALE, 2000, p. 128, grifos do autor).

Por conseguinte, se a supremacia da Constituição, enquanto realidade ontológica pressuposta lógico-transcendentalmente como consequência da vontade dos indivíduos de construir a estrutura que lhe garanta os direitos civis e naturais, sua composição, obviamente, não se restringe a mera ordenação normativa, mas também cria preceito de condução sócio-econômica e política, enquanto, de outro vértice, estabelece o sentido do ato de *dever-ser* para o encadeamento jurídico que formará o ordenamento, assemelhando-se ao que Marx idealizou como *superestrutura*. Este elemento normativo, que se irradiará para a Constituição, permitirá que ela ordene e conforme a realidade política e social (HESSE, 1991, p. 24).

Na acepção de princípio aqui sustentada, a supremacia da Constituição pode ser classificada como princípio geral de Direito mediato, porquanto derive diretamente do Direito Natural, e estabeleça a vontade dos habitantes em conceber o Contrato Social a partir de

experiências histórico-axiológicas. Pela óptica aqui admirada, a supremacia da Constituição não se esgota em simples conseqüência do Direito Natural que empresta validade à vontade dos indivíduos, consubstanciando-se também, como a norma fundamental do sistema jurídico brasileiro, isto é, a pedra angular da ordem jurídica de *terrae brasilis*.

7 A NORMA FUNDAMENTAL DE KELSEN

Como cediço, o ordenamento jurídico kelsiano estrutura-se de maneira escalonada, em que norma jurídica, isto é, o sentido do ato de dever-ser, somente existiria ali se fosse válido, ou melhor, se outra norma jurídica, hierarquicamente superior, lhe emprestasse tal qualidade. Destarte, a norma jurídica pressupõe a existência de outra hierarquicamente superior que lhe confira validade, até que se chegue à norma fundamental, que não poderia outorgar o dever-ser, pois, se assim o fosse, seria necessária a existência e validade de outra norma jurídica que justificasse aquela. Assim, para compreender a norma fundamental, é preciso *“ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais”* (KELSEN, 2006, p. 224).

Na sistemática de Kelsen, a norma fundamental é o comando pressuposto, alcançado pela lógica-transcendental, que outorga o cumprimento da Constituição, permitindo o conhecimento global do ordenamento. É ficção de que se vale a razão para fundamentar a validade da Constituição. *“Essa norma fundamental, mesmo não-expressa, é o pressuposto da nossa obediência às leis que derivam da Constituição, e à própria Constituição”* (BOBBIO, 1995, p. 60).

Em que pese o brilhantismo e originalidade do mestre austríaco quanto à natureza pressuposta da norma fundamental, sua tese não restou imune a críticas. Para Bezerra Leite (2005, p. 84), a sistemática kelseniana se torna contraditória, pois a validade seria conceito relacional, *“mas quando se trata da norma fundamental isso não ocorre, porque esta não se relaciona com nenhuma norma do sistema”*. Reforça-se a contradição quando se aduz que a norma pensada vai de encontro à *“realidade normativa, por não corresponder a nenhum ato concreto de vontade* (MELO, 2003, p. 414).

Com efeito, o fundamento último do ordenamento jurídico ainda suscita celeumas, tanto que se pode apontar, com Bobbio (1995, p. 64-65), três vertentes distintas que tentaram responder à indagação da verdadeira causa primeira e última de todo o poder. Para a primeira corrente, *“todo o poder viria de Deus (omnis potestas nisi a Deo)”*:

Essa doutrina integra a norma fundamental de um ordenamento jurídico afirmando que o dever da obediência ao poder constituinte deriva do fato de que tal poder (como todo poder soberano) deriva de Deus, isto é, foi autorizado por Deus a formular normas jurídicas válidas. O que significa que na pirâmide do ordenamento é preciso acrescentar um grau superior ao representado pelo poder normativo dos órgãos constitucionais. Esse grau superior é o poder normativo divino (BOBBIO, 1995, p. 64).

Os sustentáculos desta linha de pensamento são peculiares do Direito Natural vigente na Baixa Idade Média, influenciado pela Escolástica, que via a razão divina como formadora da ordem jurídica superior ao Direito positivado, e conferia-lhe validade.

Para outro setor, “o dever de obedecer ao poder constituinte deriva da lei natural” (BOBBIO, 1995, p. 64). Os pensadores que assim fundamentavam a raiz do poder constituinte pertencem ao Jusnaturalismo, vez que amparavam-se em lei natural que determinaria obediência à reta razão, que, por conseguinte, conduzia ao dever de respeitar os governantes.

Por fim, a obediência ao poder constituído, para outro seguimento intelectual, decorreria do contrato social, é dizer, da vontade daqueles que desejam a construção do Estado Civil que lhes resguarde os direitos inatos e lhes permitam viver em segurança.

Aqui, a vontade coletiva tem a mesma função de Deus nas doutrinas teológicas e da razão nas doutrinas jusnaturalistas: isto é, a função de representar um grau superior além da norma fundamental de um ordenamento jurídico positivo, aquele grau supremo que permita dar uma resposta à pergunta sobre o fundamento do fundamento (BOBBIO, 1995, p. 65).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assumir princípios como produtos de invariantes axiológicas de faceta normativa que orientam e condicionam o sentido e compreensão do ordenamento jurídico, implica reconhecer que todo o sistema apoia-se sobre esta espécie de norma, e dela retira todo o fundamento autorizador para conceber o encadeamento lógico e deontológico que dele se desdobra. Por isso, tem-se que esta norma fundamental, na visada aqui defendida, é o princípio da supremacia da Constituição, não apenas porque consiste em arcabouço normativo para justificar a Carta Maior e sua legitimidade, mas, também, para explicar que a validade advém do consenso obtido entre os cidadãos para a formação do Estado Civil. É dizer, a Constituição, enquanto contrato social, só existe e é válida porque todos os indivíduos que convivem em determinado território concordaram (ou presumiram e admitiram a assunção) com a formação de avença que pretenderia garantir a sobrevivência de todos. Isto, por si só, compõe a

validade do preceito jurídico primeiro que formará o ordenamento, e este preceito só pode ser a imposição de validade do pacto admitido por *todos*, cujo sentido é: “a vontade de *todos nós* é suprema e deverá ser respeitada por *todos*”.

Este significado está contido, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, sob o signo “*princípio da supremacia da Constituição*”. Porém, admitir que o acordo formado pelos cidadãos de determinado Estado para amparar seu sistema jurídico não significa promover o isolamento deste das demais ordens jurídicas. Ao revés, o raciocínio aqui desenvolvido é compatível com a possibilidade de que a ordem jurídica brasileira reconhecer e dialogar com outros ordenamentos vigentes no mundo globalizado, por intermédio de instrumentos como o Transconstitucionalismo.

Sob a perspectiva da teoria das verdades fundantes, o princípio da supremacia da Constituição compõe a norma fundamental do sistema de Direito brasileiro. A pressuposição lógico-transcendental instigada pela curiosidade em desvelar o fundamento primeiro repousa no resultado da deliberação dos indivíduos que optaram por erigir o Estado Civil. Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro sustenta toda a sua legitimidade em norma-princípio decorrente do Direito Natural, sem engessar a rede normativa, mas, pelo contrário, mantendo-a sempre em constante dinamismo. Numa palavra: a norma fundamental existe, é princípio geral de Direito *eppur si muove...*

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AQUINO, Rubim Santos Leão de. ALVARENGA, Francisco Jacques Moreira de. AZEVEDO FRANCO, Denize de. LOPES, Oscar Guilherme Pahl Campos. **História das sociedades**: das sociedades modernas às sociedades atuais. 2.ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1983.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel (coords.).

A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6.ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2.ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRUGGER, Walter. **Dicionário de filosofia**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Herder, 1962.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1984.

COSTA, Cristina. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. 3.ed. São Paulo: Moderna, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Constituição & Política**: poder constituinte, constituição material e cultura constitucional. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora, 2012.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de teoria geral do estado**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Bloomsbury Academic, 2013. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=Au4SYQ0QS2wC&pg=PA29&hl=pt-BR&source=gbs_toc_r&cad=3#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 03 mar. 2014.

GAMA BERQUÓ, João Maria da. **Noções summarias de história universal**. Revistas por Agostinho Fortes. 6.ed, correcta e modificada pelo dr. Carlos de Laet. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1917.

GARIN, Eugenio. O homem renascentista. In _____ (Dir.). BURKE, P. CHASTEL, A. FIRPO, M. KING, M.L. LAW, J. MALLETT, M. TENENTI, A. TODOROV, T. _____. Lisboa: Editorial Presença, 1991.

GROUSSET, René. LÉONARD, Émile G. **Histoire universelle**: de la reforme a nos jours. Encyclopédie de la Pléade, n. 6.027, v. 3, Belgique, 1958.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1 e 2.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRIS, Ernst. KURZ, Otto. **Legend, myth, and magic in the image of the artist**. Westford: Yale University Press, 1979.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

LALANDE, André. **Vocabulário técnico e crítico da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A validade e a eficácia das normas jurídicas**. Carlos Henrique Bezerra Leite; Paulo Roberto Lyrio Pimenta; Carlos Pelá; coordenador: Renan Lotufo. Barueri: Manole, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=K7-kmH-U980C&pg=PA86&lpg=PA86&dq=alf+ross+norma+fundamental&source=bl&ots=--7zzmW5ol&sig=RWBbtntMdN-PXkvdJ3HiS5DB7RY&hl=pt-BR&sa=X&ei=QpUWU_KEHYW2kAe9-4GQDw&ved=0CEkQ6AEwBA#v=onepage&q=alf%20ross%20norma%20fundamental&f=false>. Acesso em: 05 mar. 2014.

MAIZTEGUI, Alberto P. SABATO, Jorge A. **Introducción a la física**. 9.ed. Buenos Aires: Kapelusz, 1973, v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELO, Saulo de. A norma jurídica em Kelsen, Ross, Hart e a concepção tridimensional de Miguel Reale. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, v.3, n.1, Maringá, 2003, p. 411-427. Disponível em: <<http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/405/409>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORA, José Ferrater. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PANOFSKY, Erwin. **La Renaissance et ses avant-courriers dans l'art d'occident**. Trad. (do inglês para o francês) Laure Verron. Flammarion. Paris. 1976.

RAZ, Joseph. Legal principles and the limits of law. **The Yale Law Journal**, Hein Online, v. 81, p. 823-854, 1972. Disponível em: <<http://iteoriadodireito.files.wordpress.com/2010/05/raz-legal-principles-and-the-limits-of-law.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Filosofia do direito**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Teoria do direito e do estado**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, Paulo Marcos. **O princípio de razão suficiente (1813) e a questão da verdade em Schopenhauer**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: USP, 2010. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-10092010-111333/publico/2010_paulomarcosdasilva.pdf.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. 2.ed. Mexico, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord.: J.J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Doutrina

O ABANDONO AFETIVO DO PAI

MARIANA DE ANDRADE LINHARES BARSTED

(Terceiro Colocado no Concurso Estudantes De Direito)

Resumo

O presente artigo discute o tema do abandono afetivo paterno a partir das representações sociais sobre a função da família na sociedade brasileira contemporânea e os ditames do Direito. Pretende contribuir para a reflexão sobre os deveres dos pais perante seus filhos, de acordo com os preceitos da Constituição Federal de 1988, assim como, a responsabilidade civil no Direito de Família e a intervenção do Estado nas relações privadas. Aponta a polêmica relativa à possibilidade de mensuração do afeto, de avaliação de seu valor simbólico na constituição do sujeito e da eficácia ou não da punição como mecanismo reparador do dano. Através da dialética, usada como metodologia, chegar-se-á à síntese dos pensamentos e teses abordadas sobre o tema do abandono afetivo do pai. Conclui que apenas através de um trabalho terapêutico, independente da controvérsia do tema, é que se poderia buscar uma resignificação emocional para o abandono afetivo.

Palavras-chave: Afeto. Abandono Afetivo. Família. Responsabilidade Civil.

Sumário: 1.Introdução 2. Família como instituição B. O Direito de Família no Brasil 3. A figura do abandono afetivo 4. Os direitos das crianças e adolescentes e o abandono afetivo. 5. Alienação parental e abandono afetivo 6.As correntes sobre a indenização no abandono afetivo 7.O ideal de pai e a ratificação do direito, como ferramenta de manutenção de uma estrutura psíquica 8. Juiz como terceiro simbólico e a ressignificação 9. Considerações momentâneas 10. Referências

1. Introdução

As últimas duas décadas foram marcadas por grandes transformações no direito brasileiro fruto das conquistas democráticas, expressas na Constituição Federal de 1988, e de um conjunto de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, dentre os quais a Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, e ratificada pelo Estado Brasileiro, em 1990. Essas transformações legislativas, por consequência, tiveram impactos sobre a doutrina e a jurisprudência nacional que, a cada dia, ampliam não apenas o conceito de família, incluindo novas arquiteturas para a formação do núcleo familiar, como também, reinterpretam, à luz do respeito à dignidade da pessoa humana, os direitos e deveres de seus membros.

As fontes do direito brasileiro - leis, doutrina e jurisprudência - refletem e reforçam os novos valores sociais, orientando-se por preceitos nacionais e internacionais de reconhecimento dos direitos humanos. A proteção à infância e à juventude, além de constitucionalmente reconhecida como direito e garantida como dever do Estado, inscreve-se como questão principal no conjunto da legislação brasileira sobre a família. Assim, já em 1990, orientado pelas normas constitucionais e pela Convenção sobre os Direitos da Criança – que dispõe, entre outros, sobre o direito da criança de ser educada por sua mãe e seu pai - foi elaborada a Lei nº. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) que explicita o âmbito e o conjunto de tais proteções.

Além da demonstração do dever do Estado em relação aos direitos das crianças e dos adolescentes, foi dada ênfase, na legislação constitucional e infraconstitucional, à responsabilidade material e moral dos pais em promover o

bem estar de seus filhos. Longe da ideologia do Código Civil de 1916 que reconhecia o quase direito absoluto do pai em relação aos filhos, o novo ordenamento jurídico afasta o abuso na condução das relações parentais e o desrespeito à criança. Segundo Orleans (ORLEANS, 2010), os filhos, nesse contexto, não se apresentam como objetos, nem mesmo como sujeitos passivos da relação com os pais: são igualmente sujeitos ativos e protagonistas. Deve-se notar, também, que a legislação penal tipifica como crime um conjunto de atitudes que possam colocar em risco a vida, a integridade física, moral, psicológica, material, sexual, dentre outras, de crianças e adolescentes. Da mesma forma, a legislação trabalhista também fixa limites etários para a entrada do jovem no mercado de trabalho, visando resguardar a sua saúde e apontando para o direito da criança e do adolescente à escolaridade.

O dever parental, em relação às crianças e adolescentes, não se resume, apenas, às condições materiais. O cuidado ultrapassa a provisão de alimentos, inserindo-se no âmbito das condições necessárias à formação intelectual, psíquica, afetiva e moral do indivíduo. Certamente, a eficácia desse ordenamento jurídico calcado no respeito à dignidade da pessoa humana ainda está muito aquém de sua completude, mas se afirma como um paradigma que deve orientar as práticas e comportamentos sociais.

Esse artigo pretende abordar a polêmica sobre o dever de afeto do pai em relação ao filho, tendo por provocação a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão contrário à decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Porém, antes, contextualizará a produção e a transformação da instituição “Família”, historicamente.

Pretende questionar, também, o distanciamento dos deveres e obrigações de ambos os cônjuges, ou genitores, ou figuras representativas deste papel, em relação aos seus filhos, principalmente quando menores de idade.

2. A família como instituição

Muitas são as contribuições para a compreensão da formação da família. Em seu livro *A Cidade Antiga*, Fustel de Coulanges (COULANGES, 2000) nos fala “da necessidade de estudar as mais velhas crenças dos antigos para conhecer as suas instituições”, a partir dos princípios e regras que governaram a sociedade

grega e romana. Para este autor, a origem e natureza do poder paternal entre os antigos, o que se poderia chamar de direito privado, existiu antes da constituição das cidades. Neste caso, o direito privado impôs-se ao legislador a partir da família. Os filhos permaneciam ligados ao lar do pai, submetidos a sua autoridade. Não era apenas a paternidade biológica que conferia direitos ao pai. A família era uma pequena sociedade com seu chefe e seu governo, tendo o pai como soberano. *Pater* significava poder, autoridade e dignidade. O pai era o chefe supremo da religião doméstica, não havendo superior hierárquico algum e era responsável pela perpetuidade da família.

Os direitos muito numerosos e muito diversos que as leis lhe conferiam podem ordenar-se em três categorias, conforme considerarmos o pai de família chefe religioso, proprietário ou juiz. (COULANGES, 2000. p.90)

Era o pai quem tinha o poder de reconhecer ou rejeitar o filho ao nascer, e tal direito não estava em contradição com os princípios pelos quais a família se fundava. A mulher, a mãe, se incumbia de manter acesa e conservar o “fogo sagrado” puro, “invoca-o, oferece-lhe o sacrifício” (COULANGES, 2000, p.99).

Ao longo dos séculos essa instituição sofreu imensas alterações, mas permaneceu, no campo das representações, como *célula mater* da organização social, grupo social mais elementar, conduzido pelo poder paterno. Segundo Gonçalves (GONÇALVES, 2007, p.01), “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”. Esse foi o padrão adotado no Código Napoleônico, em 1804, que, em muito serviu de modelo para o nosso Código Civil de 1916. Diversos historiadores têm relacionado o surgimento da forma atual de família ao advento do capitalismo, com a explicitação dos papéis de pais, mãe e filhos (ARIÈS, 1973). Segundo este autor:

o sentimento de família era desconhecido na Idade Média e nasceu no século XV-XVI, para se exprimir com vigor no século XVII (...) A família conjugal moderna seria portanto a consequência de uma evolução que, no final da Idade Média, teria enfraquecido a linhagem e a grande família patriarcal. (1973, p.211)

As contribuições da antropologia, a partir no século XIX, permitiram relativizar o conceito de família e de pertencimento à família a partir dos estudos sobre as chamadas "sociedades primitivas".

Malinowski (LAPLANTINE, 1996), considerado um dos fundadores da antropologia social, afirmava que a partir de um costume simples podia se observar o perfil do conjunto de uma sociedade, ou seja, cada cultura possui suas lógicas particulares. Através da teoria "funcionalista", Malinowski aponta a função da cultura em satisfazer, a sua maneira, as suas necessidades fundamentais. Isso ocorre por meio da elaboração de instituições econômicas, políticas, educativas e jurídicas que fornecerão respostas para atender tais necessidades e significados às demandas desta sociedade e aos fenômenos culturais (op.cit., 1996). Esse relativismo cultural permitiria entender os diferentes arranjos familiares nas sociedades que pesquisou.

Também no século XIX, quando nasceu, como ciência de investigação do mundo social, a Sociologia, Émile Durkheim nos apresentou o conceito de fato social (DURKHEIM, 1895). Esses fatos, despercebido e naturalmente, constrangeriam as pessoas a agir, pensar, sentir e se comportar de determinada maneira. Esse comando não implicaria obrigatoriamente o recurso à coerção ou força física, mas a criações sociais coletivas que "permitiriam" aos indivíduos conviver e compactuar de um contrato social, com uma finalidade social. Nessa perspectiva a família seria também um fato social. O Direito, expresso em normas de comportamento sancionadas pelos detentores de poder e pelo Estado, seria um dos mais importantes fatos sociais, pois objetivaria tais representações coletivas, legitimando a continuidade da existência da vida coletiva (WEISS, 2013).

Neste mesmo século XIX, Karl Marx (MELO, 2013), abordou a questão da dominação econômica, produtora de ideologia calcada em valores e organizações sociais específicos da burguesia. O sistema capitalista seria mantido e reproduzido por todas as instituições do Estado, assegurando toda a estrutura burguesa (op.cit., 2013). A família seria uma instituição da superestrutura social, compreendendo a estrutura jurídica, como o Direito e o Estado, assim como a ideologia (moral, religião, política, entre outras), contribuindo para a manutenção da estrutura econômica. Nessa mesma direção, Engels elaborou um vasto estudo sobre a família, a propriedade privada e o Estado (ENGELS, 2006).

Ainda nesse século, Max Weber (STRAUBER, 2005), diferentemente de Durkheim e Marx, deu ênfase à análise do impacto social da crença sobre o surgimento de determinados comportamentos, tanto individuais, quanto coletivos.

Estudou a racionalidade, o “desmagificar”, abandonando os elementos do pensamento evolucionista e tentando compreender as práticas sociais a partir de um fundamento religioso. Para este autor, a família é um conjunto de relações sexuais e econômicas reguladas pelo poder político.

A vasta produção sobre a família, ao longo do tempo, permite entender, em uma perspectiva histórica, a construção dos modelos de família, dos papéis de mãe e pai, através do tempo, obedecendo as lógicas religiosas, econômicas, comportamentais, além da emergência de novos sujeitos na sua constituição.

3. O Direito de Família no Brasil

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a democratização do Estado brasileiro, as premissas do Direito de Família, vigentes até aquela data, foram revogadas dando origem a uma nova conceituação que reconheceu a igualdade entre homens e mulheres (Art. 226, parágrafo 5º CRFB/88), refletindo o papel da mulher na sociedade e na família e, também, eliminando a desigualdade entre os filhos havidos dentro e fora do casamento (Art. 227, parágrafo 6º CRFB/88). A proteção à família passou a ser entendida muito além do casamento civil e muito além do modelo pai/mãe/filhos. Tendo por base o preceito da *dignidade da pessoa humana*, o direito brasileiro vai se abrindo para o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo¹ e à adoção de filhos por casais homoafetivos (Art. 226 CRFB/88). Assim, as novas concepções contemporâneas sobre este núcleo, até então, hierárquico e heterossexual, ampliaram em muito o campo das proteções legais.

Na medida em que o processo de mudança legislativa nem sempre acompanha a dinâmica social, as formas concretas de relações familiares foram se impondo criando novos valores e forçando uma resposta do Estado para reconhecer os direitos dessas novas configurações. Por outro lado, observa-se que a vida

¹ As uniões homoafetivas, por analogia à união estável, foram reconhecidas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011 no julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, proposta pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 132, apresentada pelo governador do estado do Rio de Janeiro. Desta forma, no Brasil, são reconhecidos às uniões estáveis homoafetivas todos os direitos conferidos às uniões estáveis entre um homem e uma mulher.

privada passou a ser cada vez mais judicializada¹. A família se viu “invadida” pelo Estado trazendo, como toda a transformação, avanços e entraves ao seu desenvolvimento (PACHÁ, 2013).

No entanto, não se pode desconhecer que a configuração familiar dominante no Direito de Família, ainda reflete, implicitamente, o modelo de família idealizado em valores tradicionais, deixando de lado as transformações ocorridas nessa instituição. Esse modelo tem por referência o Código Civil de 1916 que apresenta a família brasileira como sendo constituída com base em um modelo único piramidal, tendo no vértice o pai e na base a mãe e os filhos.

As tensões entre os distintos valores sociais e a interpretação das leis, orientadas pelos valores dos direitos humanos, colocam novos valores para ordenamento jurídico, dentre os quais, questões como guarda compartilhada, alienação parental e abandono afetivo. A figura do abandono afetivo, tema ainda recente, mas bastante polêmico (DA GAMA, 2012), envolve debates entre a comunidade jurídica e os campos da filosofia e da psicanálise, o que significa o reconhecimento da insuficiência do ordenamento jurídico para abordar questões que implicam na construção do direito à subjetividade dos indivíduos.

“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (...)”, como dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. No entanto, mesmo após a Carta Magna, e da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda se pensa em família em sua forma estática “...do pai, da mãe e do filho.”

4. A figura do abandono afetivo

O abandono afetivo tem sido amplamente discutido no âmbito do Direito de Família como uma afronta a princípios constitucionais, principalmente ao conceito de dignidade da pessoa humana, gerando a possibilidade de condenação à reparação de danos morais e discussão sobre o papel do Estado de interventor nas relações privadas.

¹ A judicialização da vida privada é o que se observa na atualidade, não só como forma de controle pelo Estado mas, também, pela demanda da própria sociedade que se vê incapaz, em razão do “empobrecimento e inflexibilidade no mundo das relações”, segundo Reis (2010), de lidar com uma série de questões requerendo, portanto, a intervenção de um terceiro imparcial, que se coloca entre as partes e acima delas, a figura do juiz.

Tal figura, preliminarmente, remete ao tema da responsabilidade civil e a consequente relevância desse instituto no âmbito do Direito de Família. A responsabilidade civil é uma obrigação gerada para alguém por causar dano a outrem. Nasce de uma conduta ilícita. Na responsabilidade civil não há vontade entre as partes, falta o elemento da vontade de contratar/formar uma relação jurídica. Da conduta ilícita ocorre o dano e surge, então, uma obrigação.

Segundo Cavalieri Filho (FILHO, 2012) é necessário distinguir a obrigação, da responsabilidade. "Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente violação do primeiro" (FILHO, 2012. p.2). Isto significa dizer que se uma obrigação não for cumprida surgirá o dever, a responsabilidade pelo seu não cumprimento. Para Cavalieri (op.cit., 2012), não há responsabilidade, em qualquer modalidade, sem a correspondente obrigação, isto significa dizer que ninguém pode ser responsabilizado por alguma coisa sem ter infringido um dever jurídico. No art. 389 do Código Civil de 2002, está explícita tal distinção:

"Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado."

O Código Civil de 2002, em seu art. 927 afirma: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." Segundo Cavalieri (op.cit., 2012), a responsabilidade civil surge do ato ilícito e tem como finalidade recolocar a "vítima" de volta ao lugar onde estaria se nada tivesse ocorrido. A responsabilidade civil, portanto, assume a característica de sucessividade. Há uma obrigação já estabelecida e o seu não cumprimento enseja a responsabilidade.

O tema do abandono afetivo despertou maior publicidade quando, em 2012, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou um pai a indenizar seu filho, abandonado afetivamente, apesar deste receber pensão alimentícia de seu genitor. O argumento utilizado e acatado pela justiça mineira foi o da ocorrência de um abandono afetivo gerador de afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. O Superior Tribunal de Justiça cassou a decisão do Tribunal mineiro alegando que a punição deveria ser a destituição do poder familiar já que não se pode obrigar um pai a amar o seu filho.

Nos termos dos artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil, o pai ou a mãe podem perder ou ter suspenso o poder familiar caso abusem de sua autoridade, faltem com os deveres a eles inerentes, arruinem os bens dos filhos, castiguem imoderadamente, abandonem o filho, pratiquem atos contrários à moral e aos bons costumes, incidam reiteradamente em atos lesivos aos interesses dos filhos ou, ainda, sejam condenados a mais de dois anos de prisão por sentença irrecorrível.

A decisão do STJ e, anteriormente, aquela do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, introduziram, sob novo ângulo, a reflexão sobre o direito e os deveres do genitor na legislação brasileira. Ampliou e complexificou o debate da abrangência do conceito de responsabilidade civil. A figura do abandono afetivo, neste sentido, necessita ser compreendida em uma perspectiva interdisciplinar, pois coloca em debate a polêmica da ausência de afeto como uma ilicitude que, como tal, gera dano, passível de reparação, na medida em que os pais têm o dever material e moral de cuidar e prover seus filhos. Essa conclusão remete para uma outra polêmica, qual seja, a possibilidade do ressarcimento da ausência de afeto (DIAS, s.d.), mesmo que os alimentos (dever de prover), nunca tenham faltado à prole. Assim, questiona-se se a reparação pecuniária supriria o dano moral e afetivo. Essa polêmica aponta para o desafio ou a impossibilidade de mensurar o afeto. Aponta, também, para os limites da intervenção do Estado que, ao monetarizar o afeto promoveria uma indevida intervenção nas relações privadas. Uma questão consequente à lógica da reparação, diz respeito ao ser ou não ser o afeto um sentimento inerente a toda relação entre pais e filhos ou uma construção social.

Cabe também questionar a atuação dos genitores na estruturação do ser, na formação digna, na saúde física e psíquica de seus filhos, na formação destes como agentes sociais, fortalecendo a fundamentação do afeto como sentimento inerente ou, no mínimo, como dever de cuidado.

Respostas a estas perguntas vêm surgindo dentro do Direito de Família, que se transforma de acordo com novos valores, novas subjetividades, que refletem a rápida transformação das relações sociais na sociedade contemporânea.

5. Os direitos das crianças e adolescentes e o abandono afetivo

A Constituição Federal de 1988, no artigo 229 afirma que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos. O Estado Democrático de Direito tem

como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, artigo 1º, V da Constituição. O artigo 226 dispõe que a família tem especial proteção do Estado. Na Constituição também estão expressos os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e, ainda, no artigo 227, o dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, de forma prioritária, entre outros direitos, o direito à vida, à dignidade, o respeito e a convivência familiar, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação e crueldade. Tais obrigações parentais e direitos da criança e do adolescente foram reafirmados na legislação federal brasileira pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990. O Código Civil de 2002, no artigo 1.566, dispõe que é dever dos pais, ambos os cônjuges, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, reforçando o disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, principais fontes onde estão enunciadas as proteções aos filhos.

Diante desse quadro legal, seria possível interpretar a ausência dos pais, em especial a ausência do afeto pelo filho(a), como uma conduta ilícita. Portanto, poderíamos, sim, considerar que o direito brasileiro reconhece que a ausência dos pais e a ausência do afeto pelo filho(a) seria uma conduta ilícita, visto que toda a proteção material e subjetiva está definida e garantida na lei. Com tal entendimento, seria possível, então, o ressarcimento da ausência de afeto, mesmo que os alimentos (proteção material) nunca tenham faltado a esse filho(a). A resposta positiva a essa questão teria como consequência a admissão de que a reparação do dano material não, necessariamente, supriria o dano moral e psicológico causado pelo abandono afetivo.

Por outro lado, a mensuração do afeto é um dado subjetivo, sendo absolutamente impossível de ser feita, embora, em tese, pudesse ser considerada, levando em conta um valor simbólico e uma função punitiva e educativa. Mesmo se questionando ser o afeto inerente ou não à toda relação entre pais e filhos, essa é uma questão difícil para ser respondida pelo Direito, devendo ser remetida a outras disciplinas (DA GAMA, 2012) a outros campos de conhecimento, para maior aprofundamento. Esse é o campo da subjetividade em relação ao qual a filosofia e a psicanálise poderiam oferecer respostas.

Dentro do campo da *psique*, cada responsável tem o seu “papel” específico, papel este que o outro não pode suprir. Tem-se constatado que a paternidade, mais do que um fator biológico, é um fator cultural e emocional. Lôbo, (apud BRITO, 2008), afirma que a paternidade deriva do estado de filiação, independentemente da origem biológica ou não. Para além da paternidade

biológica, o pai representaria, no campo da *psique*, a lei. Tradicionalmente, na cultura brasileira e no Código Civil de 1916, a mãe teria o papel de “cuidadora” e o pai de “provedor”. Tais valores têm sido alterados na expectativa que ambos os genitores (biológicos ou não) possam cuidar e prover (ORLEANS, 2010). Na construção da subjetividade, a ausência do pai poderia gerar a dificuldade de o indivíduo lidar com os limites, compreender a si próprio e o seu “papel” na sociedade. As ciências sociais têm apontado para o quanto esses papéis são construções sociais que, historicamente, se alteram na conformação da família que tem sido compreendida como um espaço da liberdade do sujeito diante do Estado. Assim, por exemplo, o inciso VII do artigo 226 da Constituição Federal declara a liberdade de ter ou não ter filhos e a não intervenção do Estado nessa decisão. Caberia ao Estado apenas o dever de garantir tais escolhas.

Mesmo se considerarmos que a responsabilidade civil no Direito de Família seja uma intervenção do Estado nas relações privadas, pois este tem o dever de zelar pela dignidade da pessoa humana, é importante destacar a necessária limitação desse zelo.

6. Alienação parental e abandono afetivo

Existem conceitos transversais ao tema do abandono afetivo, que, apesar de distintos, merecem uma breve exposição.

Os conceitos de alienação parental e abandono afetivo costumam ser confundidos como sendo “quase a mesma coisa”.

Síndrome de Alienação Parental foi um termo surgido em 1985, pelo psiquiatra Richard Gardner (GARDNER, 1987) para “tipificar” o rompimento de laços afetivos que um dos genitores, pai ou mãe, provoca no filho(a) em relação ao outro genitor. Normalmente isso ocorre quando os próprios pais, por frustrações, raiva, ressentimento, vingança, tentam impor à criança um lado a escolher, quando a ruptura da vida conjugal gera, em um dos genitores, uma tendência vingativa. A alienação parental é considerada uma grave violação à integridade física e psíquica da criança (ORLEANS, 2012).

Neste artigo, não trataremos da alienação parental e, sim, do abandono afetivo como tema emergente no debate judicial. No campo jurídico, duas correntes opostas de pensamento se destacam em relação ao abandono afetivo.

Ambas têm por referência os fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III CF/88), calcado no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio se aplica não só às relações entre Estado e indivíduos, mas entre os indivíduos, particulares. Segundo Carlos Roberto Siqueira Castro (CASTRO, 2006, p. 161), “há de ser considerado o princípio dos princípios constitucionais. É o parâmetro por excelência do sentido formal e material da justiça, que a tudo e a todos julga.” O princípio da dignidade humana pode ser usado, portanto, como um princípio fundamental à defesa de contrárias argumentações. Para Pereira (apud BRITO, 2008, p.36) “[...] apesar de os princípios não serem equiparados a valores, são influenciados pelas concepções morais, ideológicas e políticas dos diferentes sujeitos.” Pelo critério da ponderação de valores, quando houver conflito de princípios constitucionais, deve haver ponderação de interesses, qual interesse deve prevalecer, uma vez que não existe hierarquia em relação aos princípios constitucionais.

Outro ponto comum entre as duas correntes, o que não poderia ser diferente, é a afirmação de que o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente deve dar-se, de forma pacífica e harmônica, com ambos os genitores. Tanto a alienação parental e o abandono afetivo trazem prejuízos estruturais à formação do menor. Prejuízos tais como o abandono, rejeição e temor (PEREIRA, 2003).

Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira (2003, p.233):

O pai pode exercer todas essas funções, inclusive a maternagem, mas elas constituem, na verdade, uma consequência, ou um derivado da função básica de um pai e que está na essência de toda cultura e de todos os tempos: o pai, ou melhor, “um” pai que exerça a função do representante da lei básica e primeira, essencial para que todo ser possa humanizar-se através da linguagem e tornar-se sujeito. Esse pai, insista-se, não é necessariamente o genitor, mas aquele que empresta o seu nome para interferir e interditar a simbiótica relação mãe-filho. Ele é o Outro que possibilita ao filho o acesso à cultura.

7. As correntes sobre a indenização no abandono afetivo

São duas as principais correntes sobre a indenização no abandono afetivo. A primeira corrente afirma que não se afigura possível a indenização por abandono afetivo, pois o afeto e o amor não são compulsórios numa relação entre pai e filho. Desta forma, imensurável seria a possibilidade deste ressarcimento (ORLEANS, 2012). Também afirma que a obrigação do afeto ou do amor não está expressa em nossa Constituição Federal de 1988. Que, pelo contrário, a lide judicial só afastaria mais essa relação. Segundo Costa (COSTA, 2005, p.157):

Pagar pela falta de amor não faz surgir o amor, e tampouco o restabelece; pagar pela falta de companhia, não tem o dom de substituir o prazer de conviver.

Essa corrente, incorporada por parte da jurisprudência¹ assim como por Leonardo Castro (CASTRO, 2008), Maria Aracy Menezes da Costa (COSTA, 2005), defende que o próprio Código Civil pune o genitor ausente destituindo-o do poder familiar e, para tanto, a “monetarização” (PEREIRA, 2008) do afeto não se faz necessária (ORLEANS, 2012).

A segunda corrente, incluindo os trabalhos de Simone Ramalho Novaes (NOVAES, 2007), Ana Carolina Brochado Teixeira (TEIXEIRA, 2005), Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2008), Anderson Schreiber (V.SCHREIBER, 2005), Helen Cristina Leite de Lima Orleans (ORLEANS, 2010), Rodrigo da Cunha Pereira (PEREIRA, 2003), entre outros, assim como parte da jurisprudência², defende a hipótese de responsabilidade civil no abandono afetivo. A fundamentação normativa está na própria Constituição de 1988, no art. 229, evidenciando-se o dever constitucional de assistir, criar e educar.

Sobre este questionamento, Simone Ramalho Novaes (NOVAES, 2007) conclui que:

(...) se o pai não tem culpa por não amar o filho, o tem por negligenciá-lo. O pai deve arcar com a responsabilidade por tê-lo abandonado, por não ter convivido com o filho, por não tê-lo educado, enfim, todos esses direitos impostos pela Lei. (2007, p.44)

¹ STJ, Resp no 757411-MG, j. 29.11.2005, Inf. 269, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

² TJ/RJ, Ap. 2007.001.45918, j. 22.11.2007, Des. Rel. p/ acórdão Werson Rêgo.

A Lei do Planejamento Familiar, Lei 9.263 de 1996, que dispõe que planejamento familiar é direito de todo cidadão, fortalece o princípio da paternidade responsável, que também é incluído como fundamento de argumentação de responsabilização civil da questão do abandono afetivo.

A importância da reparação civil se fundamenta, então, não na obrigação jurídica de “dar” afeto, pois abstrato e subjetivo impossibilita a justa mensuração, mas nas consequências jurídicas da responsabilidade. Ana Carolina Brochado Teixeira (TEIXEIRA, 2005) esclarece em seu trabalho:

No momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionalmente estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade, sim. (2005, p.44)

Segundo Rodrigo Cunha Pereira (PEREIRA, s.d.), em seu artigo “Nem só de pão vive o homem – Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo”:

(...) afinal, o amor não tem preço e não há como obrigar alguém a amar outrem, nem mesmo pais aos filhos, ou vice-versa. Tudo isso é bem compreensível, claro: não é possível obrigar ninguém a amar. (PEREIRA, s.d.)

Segundo este autor, ninguém pode obrigar que um pai ou uma mãe dêem afeto a seu filho, mas a sociedade, solidariamente, deve demonstrar que esta atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente.

Rebatendo a corrente contra a responsabilização civil do genitor causador do abandono afetivo, que afirma que o próprio Código Civil pune o genitor ausente destituindo-o do poder familiar, acredita-se que, pelo contrário, a punição maior vai direcionar-se novamente ao filho demandante.

Alguns autores indicam, para além das duas correntes, outras possibilidades para solucionar a questão. Na área do Direito de Família, como Maria Isabel Pereira da Costa e Breno Vianna, preocupados com o aumento das demandas de

ressarcimento por danos morais causados pelo abandono afetivo, se reconhecido, indicam outras possibilidades para solucionar a questão ou complementá-la. Soluções tais como tratamentos psicológicos ou psiquiátricos e, até mesmo, “penas alternativas” como visitas a orfanatos, trabalhos sociais que o genitor, de alguma forma, tivesse que lidar com o ponto de sua dificuldade de afeto perante seu filho.

Entende-se que a questão é muito mais profunda e ampla do que se têm discutido. Faz-se necessário chegar, também, às causas do abandono afetivo, paralelamente à discussão ou “tratamento” de suas consequências.

A sociedade deve discutir e conscientizar-se sobre assuntos de filiação, não apenas em termos existenciais, mas, também, como tema de extrema relevância para uma mudança social e cultural. A partir de uma perspectiva de gênero, socialmente, aos homens têm-se permitido a sua ausência como figura paterna de extrema importância na educação e formação de seus filhos. Nesse sentido, a paternidade irresponsável deve ser entendida como expressão cultural com resultados que não são meramente econômicos. A mudança cultural evidencia a presença, cada vez mais constante, das mulheres como “chefes de família”, ao mesmo tempo, persiste o padrão tradicional do papel da mulher como cuidadora.

Ao longo da história da nossa cultura, inclusive na contemporaneidade, ainda é, quase que exclusivamente, dever das mulheres o cuidado com seus filhos, vide as reuniões de pais na escola, as idas ao médico, a cobrança das tarefas escolares etc. Este cuidado, grande parte das vezes, não é compartilhado por igual pelos homens, e tem consequências danosas na atuação da mulheres no mercado de trabalho. Maria Berenice Dias (DIAS, s.d.) discorre sobre o assunto:

(...) Do mesmo modo assegura direitos iguais ao homem e a mulher. A ambos são atribuídos os deveres e direitos inerentes à sociedade conjugal. Ou seja, a responsabilidade para com os filhos é tanto da mãe como do pai. Não viver sob o mesmo teto não exime obrigações ou encargos. A ausência do vínculo da conjugalidade dos pais em nada afeta o vínculo da parentalidade de cada um com os filhos, o que perdura para sempre.

Deste modo, como afirma Helen Cristina de Lima Orleans (ORLEANS, 2012):

(...) torna-se imprescindível uma mudança de paradigma jurídico e social: a cultura da paternidade irresponsável deve ser substituída pela consciência da necessária participação de ambos os genitores

no processo de desenvolvimento do filho, cada qual cumprindo a sua função. (2012, p.243)

8. O ideal de pai e a ratificação do direito, como ferramenta de manutenção de uma estrutura psíquica

O ideal, assim como a verdade, é particular. No entanto, mesmo com o rápido caminhar das transformações sociais e seus reflexos no Direito, ainda se pensa o pai, sendo biológico ou não, como exercendo, em grande parte, uma função de provedor material, corroborando, dessa forma, com as representações culturais / sociais sobre o "pai". A questão da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo não se afasta também desta manutenção de valores.

A figura do "pai" se coloca, de certa forma, como um tipo idealizado que, apesar de não necessariamente corresponder à realidade, poderá ajudar a compreender a função do processo de paternidade como necessária à constituição do sujeito dentro da sociedade (BARROS, 2001). Os institutos da guarda compartilhada e da alienação parental, em especial aquela em relação ao pai, apontam a importância da presença deste, também como cuidador, e a preocupação com as consequências do afastamento da figura paterna no processo de desenvolvimento do filho. Essas questões, no entanto, não podem ser respondidas plenamente pelo discurso jurídico, pois este se baseia na apreensão da verdade no cumprimento de seu ordenamento. Verdade esta que se "materializa" na prova jurídica. Em algumas situações, há a necessidade da intervenção do psicólogo judicial, procurando interpretar essa complexidade psíquica para, então, poder estabelecer o melhor interesse do menor. Ocorre que esta complexidade psíquica é particular e, por esta razão, a "verdade" pode estar dentro de cada um (op.cit., 2001).

Com tal percepção, Fernanda Otoni Barros (op.cit., 2001), assinala que

[...] a verdade do sujeito é sempre da ordem do particular e apresenta-se na estrutura de uma ficção, pois a realidade é sempre psíquica, assegurada pelas determinações do inconsciente. Daí a impossibilidade de responder à demanda nos termos como é formulada, pois trata-se sempre da demanda de outra coisa. (2001, p.2)

Marques Neto (apud BRITO, 2008) aponta ainda que:

A diversidade de concepções sobre os critérios de verdade não deixa de deslocar um pouco o conceito de verdade de um eixo apenas lógico e teórico. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a verdade, no campo do Direito, não é apenas uma questão lógica, e epistemológica. É também uma questão ética e política. (2008, p.37)

O pressuposto do abandono afetivo remete à ausência danosa da autoridade paterna, mesmo que imaginária. Essa ausência indica que esse papel não foi exercido. Não houve o poder do pai, e o filho foi procurar um caminho sem referências submissas à lei.

De acordo com o jurista Pierre Legendre (apud BARROS, 2001, p.18/19): "A submissão se propaga, quando se torna desejo de submissão, quando a grande obra do poder consiste em fazer-se amar."

Assim como o Estado, o pai, com toda a sua significação de autoridade legítima, também exerce o seu papel funcional de mantenedor de um *status quo*, de um conceito engessado de família, uma família ficcional. O pai legitima um ordenamento jurídico, traz a palavra da lei, que habilitará esse filho nas leis das organizações sociais. Legitima e o protege, limita e o protege. O pai lhe faz crer na autoridade imaginária que o aceitará e o protegerá do que é mais certo na vida, a morte. Fernanda Otoni Barros (BARROS, 2001), assinala que

Não há nada na realidade que garanta ao ser humano um lugar de proteção e amparo diante das dificuldades do mundo cotidiano, das injustiças corriqueiras e da morte inevitável como condição humana, mas, mesmo

assim, o homem não cessa de reinventar a todo o instante instâncias de proteção. (2001, p.18)

É importante não se descartar a possibilidade real da existência de abandono afetivo paterno em uma relação onde os genitores convivem, ou seja, sem que este casal tenha rompido sua relação conjugal. Haveria, nessa possibilidade, a ocorrência do abandono afetivo mesmo com este pai “presente”, mas afastado emocionalmente de seu filho.

9. Juiz como terceiro simbólico e a resignificação

A construção de um discurso sobre a verdade aponta o poder do juiz como um terceiro a definir o certo e o errado, através dos autos do processo judicial. Michel Foucault (FOUCAULT, 2009) em sua análise sobre o poder, questiona e analisa a produção dos discursos sobre a verdade.

[...] em uma sociedade como a nossa, que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos? Quero dizer que em uma como a nossa, mas no fundo em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam, constituem o corpo social e que estas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso. (FOUCAULT, 2009, p.179)

O Estado, na figura do juiz, traz o discurso da verdade, de fora, para dentro da família. É este estranho, técnico, com sua especialização científica que irá “organizar” o desespero, instituir a palavra decisiva no processo em crise. Os demandantes e demandados esperam que isso ocorra (PACHÁ, 2013).

Só que, quando tratamos o tema do abandono afetivo, não podemos pensar na subjetividade como uma só. A análise do juiz sobre a responsabilização por abandono afetivo e sua “punição” através da pecúnia, se traduz em algo muito mais amplo do que apenas uma análise técnica e imparcial. Sendo a decisão de responsabilização por abandono afetivo deferida ou não, o vazio ainda pode estar lá. Será que será o juiz o terceiro simbólico a trazer essa resignificação? É pouco provável que o seja.

10. Considerações momentâneas

Este texto não pretende posicionar-se contra ou a favor do ressarcimento material, mas apenas questionar se o entendimento/alento subjetivo que o investimento material poderia ou não trazer, seria o remédio recomendado para suprir a ausência de pai.

Para Tinant (BRITO, 2008) é de suma importância a responsabilidade social dos operadores do Direito, pois suas decisões abrangem a forma de se compreender e enfrentar questões no âmbito da organização familiar, regulando relações de filiação e parentesco. No mesmo sentido Bruel (apud BRITO, 2008, p. 38), analisando a relação entre pais e filhos, diz: "[...] os juízes acabam se baseando mais em modelos do que em princípios jurídicos, na medida em que estes últimos, muitas vezes, não fazem parte da legislação." (BRITO, 2008)

Segundo Bruel (op.cit., 2008, p.39) os magistrados devem compreender que "[...] não são somente os árbitros de um duelo judiciário, mas também os intérpretes de uma referência que transcende os interesses individuais."

Mais do que a decisão do juiz nos autos do processo, a ressignificação da relação pai, filho(a), poderia vir através de uma abordagem psicanalítica. Tal abordagem deveria orientar a figura do juiz no exercício de sua função jurisdicional, e, especialmente, do sujeito-filho na busca pelo seu próprio ser.

As questões suscitadas na discussão do abandono afetivo indicam a necessidade de levar o direito a dialogar com outras disciplinas como a psicanálise, a filosofia, as ciências sociais, a ética, e com os avanços da ciência. A emergência de novas tecnologias reprodutivas possibilita ser filho sem ter pai, configurando novas formas de família. Esse é um campo que vem transformando a configuração do binômio mãe/pai e colocando para o filho questões relativas à sua origem, dentre as quais a sua constituição como sujeito na ausência da lei paterna.

O "desespero" a ser destramado pelos operadores do Direito na questão do abandono afetivo, nunca ocorrerá apenas através de uma decisão judicial. O discurso da verdade não existe, o que existe são versões sobre o certo e o errado. Cada sujeito desta trama, filho(a), pai, advogados e juiz traz consigo muitas questões e nesse sentido... "Há mais mistérios entre o céu e a terra do que a vã filosofia dos homens possa imaginar" (SHAKESPEARE, 2004).

Talvez o poeta responda melhor.

"No meio do caminho tinha uma pedra
Tinha uma pedra no meio do caminho
Tinha uma pedra
No meio do caminho tinha uma pedra.

Nunca me esquecerei desse acontecimento
Na vida de minhas retinas tão fatigadas.
Nunca me esquecerei que no meio do caminho
Tinha uma pedra
Tinha uma pedra no meio do caminho
No meio do caminho tinha uma pedra."
(DRUMOND, 1930)

Referências

ARIÈS, Philippe. História Social da Criança e da Família. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

BARROS, Fernanda Otoni de. Do direito ao pai. Belo Horizonte: Unicentro Newton Paiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRITO, Leila Maria Torraca de. Paternidades Contestadas a definição da paternidade como um impasse contemporâneo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Dignidade da Pessoa Humana: O princípio dos princípios constitucionais. In: SARMENTO, Daniel e

GALDINO, Flávio (org.) *Direitos Fundamentais: Estudo em Homenagem ao Professor Ricardo Lobos Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.161.

CASTRO, Leonardo. O preço do abandono afetivo. Revista IOB de Direito de Família, nº 46, fev./mar. 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 27ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. Responsabilidade civil no direito de família. ADV – *Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas*, nº 2, fev. 2005, p. 157.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira.. Responsabilidade Civil nas relações familiares. In. *Temas de Responsabilidade Civil*. MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). Ed.Lumen Juris, 2012.

DIAS Maria Berenice. Por que me abandonaste? Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/pt/pai-porque-me-abandonaste.cont>. Acesso em: 04. fev. 2013.

DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico, publicado em 1895.

ENGELS, Friedrich. A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. 1a. ed. Centauro, 2006.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. São Paulo: Graal, 2009.

GARDNER, Richard. The Parental Alienation Syndrome and the Differentiation Between Fabricated and Genuine Child Sex Abuse. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics, Inc. , 1987.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

LAPLANTINE, François. Aprender Antropologia. 9ª ed. Trad. Marie-Agnés chauvel. São Paulo: Brasiliense, 1996.

MELO, Rurion. Crítica da ideologia e emancipação: Marx, o direito e a democracia. In: SILVA, F. G.; RODRIGUEZ, J. R. (Org.). *Manual de sociologia jurídica*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Maria Cecília Bodin de. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVAES, Simone Ramalho. Abandono moral. *Revista da EMERJ*^, v. 10, nº 40, 2007.

ORLEANS, Helen Cristina de Lima; PEREIRA, Maria Martha L.Alves. O direito e os dilemas sociais: relações paterno-filiais e responsabilidade civil. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 243.

_____. Simplesmente a vida como ela é: Responsabilidade civil por abandono moral nas relações paterno-filiais. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 11, vol. 44, out/dez. Ed. Padma. 2010

PACHÁ, Andrea. A vida não é justa. Rio de Janeiro: Agir, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, por que me abandonaste? In.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 222.

_____. Afeto, responsabilidade e o STF. Disponível em: <http://jf-ms.jusbrasil.com.br/noticias/1954983/afeto-responsabilidade-e-o-stf>. Acesso em 22 mar. 2013.

_____. Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo. IBDFAM. 2008. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/392>. Acesso em 07 abr. 2013.

REIS, Érika Figueiredo. Varas de Família – Um Encontro entre Psicologia e Direito. Curitiba: Juruá, 2010.

SIMÕES JORGE, J. A ideologia de Paulo Freire. São Paulo: Loyola, 1979.

STRAUBER, Kátia. Weber e os desafios da juventude e da família contemporânea. In. Fam.Saúde e Desenv., Curitiba, v.7. n.2, p.181-191, maio/ago. 2005.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 32, out./nov. 2005, p. 151.

V.SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, no. 22, abr./jun. 2005.

WEISS, Raquel. Sociologia e Direito na Teoria Durkheimiana. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUES, José Rodrigo (Coords.). *Manual de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro. Ed.Saraiva. 2013.