

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ANENCEFALIA E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO: Uma análise
crítico-discursiva acerca da ADPF 54**

Bruno Alberto Maia

Juiz de Fora

2012

Bruno Alberto Maia

ANENCEFALIA E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO: Uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito para a obtenção do título de mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Lúcio Antônio Chamon Junior

Juiz de Fora

2012

M217a

MAIA, Bruno Alberto.

Anencefalia e antecipação terapêutica do parto: uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54/ Bruno Alberto Maia. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIPAC – Juiz de Fora : UNIPAC, 2012.

226 p.

1. Anencefalia – autonomia, gestação, interrupção, princípios. 2. Biodireito I. Título.

CDD: 344.0419

Bruno Alberto Maia

ANENCEFALIA E ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO: Uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito para a obtenção do título de mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais

Dr. Lúcio Antônio Chamon Junior (Orientador) – UNIPAC

Dra. Elena de Carvalho Gomes – UNIPAC

Dr. Bruno Amaro Lacerda – UFJF

Juiz de Fora, 20 de março de 2012

Aos meus pais, Ronaldo e Iris; e à minha irmã, Renata –
meu porto seguro de todas as horas!

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Professor Doutor Lúcio Antônio Chamon Junior, pelo acolhimento, confiança e diálogo constantes, sem dúvida, a minha referência na Academia,

À Professora Doutora Elena de Carvalho Gomes, pelo incentivo, disponibilidade, e por permitir-me conhecer os Clássicos de Eduardo García Máynez e Luis Recasens Siches,

Aos meus amigos, Jonas, Flávia, Ricardo, Maurielle. Márcia, Rafael, Juan, Tatiana e Sérgio, pelo carinho de sempre,

À Sabrina, por disponibilizar algumas das obras que constam como referências bibliográficas,

Meu muito obrigado!

“Los derechos de participación política remiten a la institucionalización jurídica de una formación pública de la opinión y de la voluntad, que termina en resoluciones acerca de políticas y leyes. Y tal formación de la opinión y de La voluntad ha de efectuarse en formas de comunicación que hagan valer el principio de discurso [...]”¹.

¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: Sobre el derecho y el estado de derecho en términos de teoría del discurso. 6 ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 218.

RESUMO

A anencefalia é considerada uma anomalia genética decorrente da má formação do tubo neural, cujo quadro clínico é irreversível. A antecipação terapêutica do parto é uma indicação médica para que a gestação seja interrompida, tendo-se em vista que se trata, em princípio, de um direito da gestante, que no exercício da sua autonomia jurídica decide se prosseguirá ou não com a gestação do feto anencefálico, não se trata, pois, de um dever. Essa abertura hermenêutica decorre da perspectiva principiológica assumida pelo Direito na Alta Modernidade, a partir do Pós Positivismo, viés sob o qual se desenvolvem as teorias da argumentação jurídica. Somente argumentos de princípio conferem legitimidade às decisões atinentes à situação jurídica existencial delimitada pela gestação de fetos anencefálicos, na medida em que se assume o seu caráter deontológico. É a partir de uma jurisprudência principiológica que se reconhecem as diferenças, que a cada caso concreto fazem a diferença. Desse modo se exterioriza o outro viés da igualdade em uma sociedade complexa permeada pelo multiculturalismo e pelo reconhecimento de diversos projetos de vida dos sujeitos de direito que compreendem a comunidade jurídica.

Palavras – chave: anencefalia, autonomia, gestação, interrupção, princípios

ABSTRACT

The anencephaly, whose clinic picture is irreversible, is considered to be a genetic condition due to the bad formation of the neural tube. The therapeutic anticipation of the labour is a medical indication so that the gestation is obstructed on the grounds that the mother is lawfully entitled to decide either to proceed or not with the gestation of the encephalic foetus. After the Post-positivism, such hermeneutic opening has stemmed from the underlying principle perspective systematized by the High Modernity Law, which lends itself to the theories of juridical argumentation. Only sound arguments will take a legitimate status in relation to an existing juridical situation as well as anencephalic foetus provided a deontological status is observed. It is this underlying principle of jurisprudence that will allow different individual cases to be analysed and decided upon. Consequently, the social equality is brought to light in a complex society which is encapsulated by different cultural backgrounds and recognised by its citizens' life plans and rights and dues which, in turn, comprise the juridical community.

Key words: anencephaly, autonomy, gestation, obstruction, principle

LISTA DE SIGLAS

CFM – Conselho Federal de Medicina

CLS – Critical Legal Studies

ECLAMC – Estudo Colabotativo Latino – Americano de Mal Formações
Congênitas

IEG – Interrupção Eugênica da Gravidez

ISG – Interrupção Seletiva da Gestação

STF – Supremo Tribunal Federal

LISTA DE ABREVIATURAS

a.C – antes de Cristo

amp. – ampliada

art. – artigo

atual. – atualizada

d.C – depois de Cristo

ed. – edição

n. – número

Org. – Organizador (es)

p. – página

rev. – revista

v. - volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA.....	15
1.1. O Início da Vida Humana: o nascituro é pessoa?.....	28
1.2. Da Aparente Relação Entre Capacidade e Personalidade.....	39
1.3. O Sujeito de Direito: por uma re-interpretação acerca das teorias tradicionais do direito subjetivo.....	51
1.3.1. A Compreensão do Direito Subjetivo em Savigny.....	52
1.3.2. O Direito Subjetivo de acordo com a teoria de Windscheid.....	58
1.3.3. O Direito Subjetivo Sob a Perspectiva de Ihering.....	62
1.3.4. O Direito Subjetivo Segundo Kelsen.....	67
1.3.5. A Nova Compreensão do Direito Subjetivo.....	75
2. O DIREITO À VIDA E O ABORTO.....	81
2.1. O Direito à Vida Como Direito Fundamental.....	86
2.2. A Tutela Jurídica da Vida no Âmbito do Direito Penal Brasileiro...93	
2.3. Conceito de Aborto e a Sua Disciplina Jurídica no Ordenamento Pátrio.....	98
2.4. Espécies de Aborto e as “Causas Excludentes de Ilícitude”.....	106
3. A ANENCEFALIA: Uma incompatibilidade da vida.....	120
3.1. O Conceito.....	120
3.2. Da Distinção Entre Morte Encefálica e Anencefalia.....	123
3.3. Da Distinção Entre Anencefalia e Aborto Eugênico.....	126
4. A DEONTOLOGIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Entre a segurança jurídica e a racionalidade do Direito.....	127
4.1. O Convencionalismo Positivista.....	127
4.1.1. Kelsen e a Norma Fundamental Como Pressuposto de Validade da Ordem Jurídica.....	133
4.2. O Pós Positivismo: a argumentação jurídica adequada à solução dos casos difíceis.....	145
4.2.1. A Teoria de Ronald Dworkin: A comunidade de princípios.....	145
4.2.2. A Teoria de Robert Alexy: Os princípios como Mandados de Otimização.....	160
4.2.3. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas.....	168
5. A LEGITIMIDADE DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NOS CASOS DE CONCEPTOS ANENCEFÁLICOS: Uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54.....	191
CONCLUSÃO.....	217
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	223

INTRODUÇÃO

Ao se manifestar a respeito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8 de 2005, a Senhora Excelentíssima Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie apresentou a seguinte argumentação:

“O que vem a crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos, que ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende e fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É, sem dúvida, atuação legislativa que se pretende do Tribunal.

[...]

O objeto da ação corresponde inegavelmente à tentativa de obter do Supremo Tribunal Federal manifestação jurisdicional que acrescente ao ordenamento penal nova hipótese de excludente de ilicitude da prática de abortamento. Ou seja, pede-se ao Tribunal que atue como legislador positivo, preenchendo tal lacuna. A tal prática o Tribunal já se tem recusado nas demais formas de controle. O pedido, consoante depreendo da inicial, talvez melhor se pudesse enquadrar na moldura da antiga interpretação de lei, com eficácia normativa do sistema anterior à Constituição de 1988. Pela Emenda Constitucional nº 7/77, deferiu-se ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar representação do Procurador Geral da República ‘*interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual*’.

[...]

Ora, jurisdição constitucional é normalmente convocada para expungir do ordenamento normas que estejam em descompasso com a Constituição, não para oferecer acréscimos ao ordenamento positivo em usurpação à competência dos outros dois poderes. Circunstâncias há, porém em que as disposições de inconstitucionalidade tornam necessário o preenchimento de lacunas criadas pela própria decisão [...] Entre nós, mesmo na avaliação da inconstitucionalidade por omissão, este Tribunal tem-se limitado a assinalar ao legislador a falha diagnosticada, não se adiantando a preenchê-la.

[...]

Entendo, Senhor Presidente, que a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas. E deve fazê-lo por meio de seus legítimos representantes perante o Congresso Nacional, não, ao contraio, por via oblíqua e em foro impróprio, mediante mecanismos artificiosos que, inobstante o brilho com que deduzidos os argumentos na inicial e na sua sustentação oral pelo eminente professor Luiz Roberto Barroso, acarretaria uma ruptura de princípios basilares, como o da separação de poderes e a repartição estrita de competências entre eles. Parece-me profundamente antidemocrático pretender obter, por essa via tão tortuosa da ADPF, manifestação a respeito de um tema que, por ser controverso na sociedade brasileira, ainda não logrou

apreciação conclusiva do Congresso Nacional, ainda que registradas tantas iniciativas legislativas em ambas Casas. Não há o Supremo Tribunal Federal de servir como ‘atalho fácil’ para a obtenção de resultado – a legalização da prática do abortamento – que os representantes eleitos do povo brasileiro ainda não se dispuseram a enfrentar.

Além do mais, contrastar, por via da ADPF, um ato normativo anterior com a Constituição atual só pode ter o efeito de concluir pela sua revogação (não recepção) no todo, ou em parte, pela ordem constitucional superveniente. Nunca terá o resultado de acrescentar àquela norma anterior à ordem vigente palavras ou conteúdos novos [...]”²

A argumentação acima apresentada seduziria, em princípio, a um positivista, mas, adentrando-se à linha de pesquisa do mestrado acadêmico em Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos intitulada “Perspectivas da Realização do Direito no Contexto da Crise da Razão [...]”:

Será que podemos compreender o Direito como um sistema normativo de regras fundado no binômio regra/exceção? Podemos admitir “lacunas” no Direito? O que se pretende do Supremo Tribunal Federal é uma atividade criativa do Direito, com vistas à inserção de mais uma “excludente de ilicitude” que permitiria o abortamento nos casos de anencefalia? O que se pretende do STF é uma atividade legislativa – que significaria, segundo a Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie, uma “usurpação de competência” e uma violação ao “princípio” de separação dos Poderes? A jurisdição constitucional é invocada para “expungir do ordenamento” normas incompatíveis com a Constituição? Requer-se do Supremo Tribunal Federal que ele “preencha” as “lacunas” do Direito? À nossa Corte Suprema caberia tão somente “assinalar a falha diagnosticada não se adiantando a preenchê-la”?

A Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie nos alerta para o fato de que “a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas”. Será que a Excelentíssima Ministra leva, no sentido assumido por Ronald Dworkin, essa situação jurídica a sério? Os representantes do Congresso Nacional são os “legítimos representantes” da

² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8 de 2005. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 27 de abril de 2005. Voto da Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <http://www.stf.gov.br> > . Acesso em 09/11/2010.

sociedade brasileira? Trata-se de contrastar com a Constituição um ato normativo como o Código Penal, anterior a ela, por via obliqua mediante a ADPF? Há que se acrescentar palavras ou conteúdos novos à ordem jurídica vigente?

A partir de uma perspectiva discursiva por nós assumida, parece que os argumentos aduzidos pela Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie podem até ser válidos sob a perspectiva positivista, mas será que são argumentos legítimos?

Para sabê-lo, é necessária a leitura de mais um capítulo do “romance” intitulado *O Direito...* É essa a proposta que fazemos ao caro leitor.

1. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE PESSOA

O conceito de pessoa é, inquestionavelmente, uma das matérias mais árduas da ciência jurídica. Apesar do enorme número de trabalhos escritos sobre o assunto, os tratadistas não chegaram a um acordo. Uma das principais causas de não se alcançar uma solução adequada para a definição do conceito jurídico de pessoa se deve à grande diversidade dos pontos de vista dos autores no que toca à abordagem do problema³.

Pessoa é uma entidade histórica sofisticada e de rica semântica. Esse conceito encontra manifestações na Antiguidade Grega em áreas tais como a gramática, a retórica, a linguagem teatral etc. A noção de pessoa tem sua origem em antecedentes históricos, que se relacionam às querelas acerca da dupla natureza de Cristo, bem como às controvérsias atinentes à Trindade. É a partir daí que o conceito de pessoa pôde ser explicitado. A elaboração mais apurada da compreensão conceitual de pessoa remonta ao pensamento greco-romano e cristão, especialmente, a partir dos séculos IV, V e VI.⁴

A origem que mais se propala acerca do conceito de pessoa é a de *máscara*. Ao que tudo indica, a correlação de pessoa e *personare*, significaria, em um sentido literal, máscara através da qual ressoa o ator ou agente. Essa compreensão é devedora da obra de Boécio, contudo, a origem em tela é bastante questionável, na medida em que não há uma correlação entre a *persona* latina e *prósopon* grega, como afirmado pela maioria dos autores. Logo, o primeiro argumento é etimológico. O segundo argumento enfoca a grande diferença estabelecida entre máscara e pessoa em sentido mais estrito. Não se opõem o “eu” verdadeiro e o “eu” mascarado. Ao contrário, a pessoa é considerada o “mais verdadeiro eu” existente, visto que se trata aqui da singularidade humana em sua plenitude⁵.

Em Roma, para se ter a personalidade completa, isto é, para ser pessoa, era necessário o preenchimento de duas condições: uma natural traduzida pelo

³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. 62 ed. México: Editorial Porrúa, 2010. p. 271.

⁴ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício dos direitos de personalidade*: Ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 28.

⁵ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 30.

nascimento perfeito – e a outra civil. Trata-se, nesse caso, do “status” artificial criado pela doutrina romana⁶.

O nascimento perfeito é aquele idôneo para gerar consequências jurídicas a partir da reunião de três requisitos: o nascimento com vida; o revestimento da forma humana; e a viabilidade fetal – isto é, perfeição orgânica suficiente para continuar a viver⁷.

O *status* é a qualidade em razão da qual o romano tinha direitos. Trata-se da condição civil de capacidade. Em Direito Romano, *status* e *caput* são sinônimos. Havia, segundo o Direito Romano, dois *status*: o *naturalis* e o *civilis*⁸. Enfocaremos aqui o segundo deles.

Os elementos que compreendiam o *status civilis* eram a liberdade, a cidade e a família. De acordo com o Direito Romano, quem reunisse esses três elementos tinha a capacidade plena – isto é, a capacidade de direito. Isso não significa que tivesse a capacidade de fato, pois em razão da idade, do sexo ou da mente, o romano podia fazer valer seus direitos por meio de tutor ou de curador⁹. À *libertas*, à *civitas* e à família correspondiam os três *status* principais: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*¹⁰.

De todo modo, a noção de pessoa como papel social é importantíssima e deve ser considerada ainda hoje. Boécio forjou a construção do conceito de pessoa utilizado na Idade Média a partir dos debates acerca da natureza de Cristo. Assim, torna-se necessária a explicitação das disputas teológicas e políticas que permearam o cristianismo entre os séculos I e IV, para se compreender como se formou a noção da pessoa ocidental¹¹.

De início, pode-se afirmar que o cristianismo primitivo apresentava uma grande profusão de ideias. Assim, não se pode sustentar um pensamento católico unitário antes do século V d.C. Nesse sentido, denominava-se cristianismo primitivo a manifestação dessa religião ocorrida entre os séculos I e IV. Durante esse período, a igreja católica não havia se consolidado como instituição. Vários grupos rivais apresentam visões conflitantes em relação ao

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o Direito Civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31 ed. rev. e acrescida com cm casos práticos dos Tribunais de Roma. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 62.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, cit., p. 62.

⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, cit., p. 62.

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, cit., p. 62.

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, cit., p. 62.

¹¹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 31.

cristianismo. As leituras mais relevantes oscilavam entre dois polos – os de tendência *judaizante* e os de tendência *helenística*, havendo entre esses extremos uma variedade de outras leituras¹².

Os *judaizantes* seguiam a lei de Moisés. Eles propugnavam a ideia de que todo o pagão devia se converter às práticas judaicas. Distinguiam-se dos judeus ortodoxos, porque acreditavam que Jesus era o Messias¹³.

Por outro lado, a tendência *helenista*, que teve dentre seus difusores Paulo de Tarso, afirmava que era suficiente se seguir os evangelhos para alcançar a salvação. O sinal da conversão era o batismo. Essa foi a tendência preponderante sobre a Igreja Católica Romana¹⁴.

A partir do século I, surgiram na Ásia Menor variações dessas leituras do cristianismo, destacando-se, sobretudo, a doutrina de Cerinto. A partir daí surgiu o problema atinente à elaboração do conceito de pessoa – a dicotomia ou a unidade entre Deus (espírito) e Cristo (homem). Vários foram os hereges a trilhar esse caminho¹⁵.

O *adocionismo* surgido entre os séculos I e II d.C afirmava que o Espírito Santo habitava o corpo, que seria um suporte terreno para a manifestação do espírito. Essa corrente estabeleceu claramente a dicotomia entre homem e Deus. Uma das manifestações mais significativas do *adocionismo* foram os *ebionitas*. Essa corrente de pensamento afirmava que Jesus era considerado o Messias porém negava peremptoriamente a sua divindade. Cristo era considerado somente homem, ainda que tivesse sido vocacionado especialmente por Deus¹⁶. A desconsideração da divindade de Cristo pelos *ebionitas* residia no abalo que a pessoalidade divina de Jesus acarretaria para o rígido monoteísmo judaico¹⁷.

Os *gnosticistas*, corrente cristológica datada do século I d.C. defendiam uma postura contrária ao *adocionismo*. A corrente, surgida na Ásia Menor, afirmava que Jesus não era dotado de um corpo humano verdadeiro. Segundo esse posicionamento, Jesus estaria preso a um corpo. Os *gnosticistas* defendiam a dicotomia entre corpo e alma, e desconsideravam a matéria. Crê-

¹² STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 31-32.

¹³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 32.

¹⁴ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 32.

¹⁵ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 33.

¹⁶ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 33.

¹⁷ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 34.

se que muitos dos mártires cristãos eram *gnosticistas*, na medida em que, para libertar o corpo, sujeitavam-se ao martírio. Com o docetismo – variação do *gnosticismo* – o cristianismo helênico foi seriamente ameaçado. Ao se pautarem na premissa de que Deus era puro espírito transcendente, negava-se a possibilidade da encarnação¹⁸.

Havia entre esses dois extremos a corrente dos *subordinacionistas*. Eles afirmavam que somente Deus Pai era considerado deus, e que Jesus seria uma espécie de “segundo deus” subordinado a Deus Pai¹⁹.

Em síntese, assim se apresentava a profusão de ideias anteriormente aludida: de um lado aqueles que afirmavam ser Jesus meramente homem; e de outro, os que propugnavam ser Jesus somente deus. Aumentando a complexidade, havia ainda os que reconheciam a divindade de Jesus, porém subordinada a Deus Pai²⁰.

Data dessa época – século III d.C. – a controvérsia ariana. Ela originou o Concílio de Nicéia (325 d.C.), quando se afirmaram os primeiros dogmas do cristianismo. O *subordinacionismo* foi a grande inspiração ariana²¹.

Ário foi quem desencadeou a controvérsia em questão ao afirmar que somente Deus Pai era eterno, absoluto, imutável e incorruptível. Entretanto, Deus Pai teria criado o Logos para servir à Criação. Sob essa perspectiva, o logos, embora fosse imortal, não era eterno. Jesus foi o suporte do logos, que não era consubstancial ao Pai, embora fosse de igual maneira, divino. O prestígio de Ário tornou-se tão grande que Constantino – imperador romano – convocou e presidiu o Concílio de Nicéia visando ao deslinde das querelas, e a fortalecer o Império Romano. Nesse concílio firmou-se a ideia contrária – isto é, a consubstancialidade entre Pai e Filho²².

Todavia, existia outro problema. Não se distinguia na época *ousia* de *hipóstase* – um termo de fundamental importância para se compreender a origem conceitual de pessoa, pois não se separavam em individualidades diversas, Pai e Filho. Foi Basílio de Cesareia (330 – 379 d.C.), quem procedeu à separação entre a *ousia* e a *hipóstase*. Para Basílio de Cesareia a *ousia* era

¹⁸ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 34-35.

¹⁹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 35.

²⁰ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 35.

²¹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 35.

²² STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 36.

uma expressão genérica, enquanto a *hipóstase* era particular. Dessa maneira, firmou-se a consubstancialidade entre Pai e Filho, na medida em que ambos partilhavam a mesma *ousia*, consistindo, porém, *hipóstases* diversas²³.

Outra heresia relevante para a construção do conceito de pessoa foi a de Nestor (381- 451 d.C.). Para elucidar o problema proposto, necessário se faz saber que até o século IV não havia cultos oficiais a Maria – mãe de Jesus – embora tais cultos diga-se, fossem muito populares. Aqui duas escolas rivalizavam no que tocava ao papel de Maria no cristianismo: a de Antioquia (hoje a Síria), influenciada pela doutrina aristotélica; e a de Alexandria – mais influenciada pelo platonismo²⁴.

Nestor, principal expoente da escola de antioquia negava que Maria fosse mãe de Deus. Assim, embora houvesse uma comunhão moral entre homem e deus, não havia comunhão hipostática, na medida em que havia duas pessoas diversas – deus e homem. O concílio de Éfeso (431), de cunho muito mais político que doutrinário, condenou as teses propaladas por Nestor. De fato, Maria foi considerada mãe de Deus. Em Cristo sobreviveram deus e homem em uma única pessoa, de modo que todos os atos de Jesus tinham atributos simultâneos de humanidade e divindade²⁵.

A partir da realização dos concílios aqui explicitados, e, por conseguinte, da afirmação dos primeiros dogmas cristãos, o problema apresentou-se sob um outro viés: o do rigor conceitual e filosófico para melhor fundamentação da igreja nascente. Nesse contexto, surgiu a obra de Boécio. Foi ele quem consolidou o vocabulário acerca da pessoa (*prosopon*) e reafirmou a existência de duas naturezas em uma só pessoa para Cristo. Assim, o autor cunhou a definição de pessoa como ‘substância individual de natureza racional’. Existe no ser humano um suporte físico, temporal diferenciado pela racionalidade e dotado de individualidade²⁶.

Posteriormente, Tomás de Aquino retomou o conceito de pessoa desenvolvido por Boécio – substância individual de natureza racional – por meio de uma analogia própria entre indivíduo humano e pessoa, de modo que para Tomás de Aquino, *pessoa* significava substância. Na tradição teológico-

²³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 37.

²⁴ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 37-38.

²⁵ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 38.

²⁶ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 39-40.

cristã resta caracterizado o indivíduo dotado de pessoalidade pelos seus atributos interiores e transcendentais. Sob a perspectiva da sua interioridade, o indivíduo humano se autopertence – isto é, possui autonomia no plano do ser. Por conseguinte, a pessoa humana é dotada de liberdade e responsabilidade em relação aos atos que pratica²⁷.

Em razão da sua pessoalidade, a pessoa é compreendida como um fim em si mesmo. Isso implica afirmar que a pessoa humana não é coisa, não é objeto. Outra característica da pessoa humana é sua transcendência – ou abertura. O indivíduo humano se realiza, quando se abre para o mundo e para o outro, que é o seu semelhante. Como o homem, não pode viver isolado. A sua personalidade é exercida perante outros indivíduos. Assim, a personalidade garante o exercício da liberdade e da autofinalidade, que se realizam relacional e dialogicamente, no encontro com os demais indivíduos pessoais, incluindo-se aqui, Deus²⁸.

Outro ponto fulcral para a compreensão estatutária da pessoa na Idade Média foi a ideia de “bem” e, por conseguinte, da de “vida boa”. O pensamento medieval enfocava o “bem” sob uma perspectiva ontológico-metafísica, assentada nas noções de divindade e de conexão entre o ser humano e o divino. Nesse sentido, o texto “Natureza do Bem” de Agostinho contradizia a visão maniqueísta de mundo que se verificava àquela época. A ideia maniqueísta de mundo data do zoroastrismo – século III a.C. – e que seria originária da Mesopotâmia. O maniqueísmo concebia o mundo a partir de dois princípios basilares: o bem e o mal²⁹.

De acordo com essa corrente filosófica, tudo era criado por Deus, origem única de tudo e de todos. Deus existia e se diferenciava de todas as outras naturezas. Deus era absolutamente transcendente. Isso implica afirmar que se tudo provinha de Deus, ele era o Bem Absoluto. Logo, toda a natureza era boa. Por outro lado, o mal era considerado a privação do bem, isto é, aquilo que corrompia a natureza. Dessa feita, todos poderiam se corromper, exceto Deus, que era o Bem Supremo, incorruptível. O homem tinha a faculdade de escolher o Bem de modo a não se corromper. Ele era dotado de livre-arbítrio, no sentido

²⁷ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 41.

²⁸ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 41.

²⁹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 42.

de poder identificar-se com o Bem e com a Verdade. Cabia a ele escolher o privilégio (e a dor) de optar entre o Bem e o Mal³⁰.

O conceito de “vida boa” estava relacionado ao viver de acordo com os desígnios de Deus. O homem ao escolher o Bem, partilhava da bondade de Deus na medida em que era sua criação. Em contrapartida, se o homem se privasse de Deus, sofreria diversas formas de mal – mal físico, moral e espiritual. Assim, na busca do Bem, o homem deveria moderar o apetite dos seus sentidos³¹.

Pode-se afirmar, com esteio nas obras de Tomás de Aquino, que havia uma profunda interação entre corpo e alma. É esta quem faz a interseção entre o homem carnal e o espiritual em comunhão com Deus. Se era no momento da concepção que Deus infundia a alma no ser humano, na morte ela abandonava o seu corpo. Havia, com a morte, uma despersonalização de corpo e alma, na medida em que perdiam a sua individualidade. Para definir a pessoa na Idade Média, tornavam-se necessários alma e corpo³².

É por meio da alma que se unem homem e Deus. Corpo e alma se comunicam e constituem um único existir. A ascendência da alma sobre o corpo conduziu várias práticas no Ocidente Medieval. O corpo, prisão da alma, embora fosse indispensável à pessoa humana, devia ser controlado e até reprimido. Desapareceu, assim, todo culto ao corpo, típico do Ocidente Greco-Romano. O sexo tornou-se um tabu, houve uma identificação entre o pecado original e o pecado sexual. Desapareceram os ginásios e os banhos. A homossexualidade foi veementemente condenada, e o sexo permitido somente para fins de procriação. A renúncia ao corpo e sua martirização significavam morte para a época³³.

É claro que, de acordo com a exposição aqui desenvolvida, as bases teóricas para a elaboração do conceito de pessoa humana se deram a partir de uma analogia relativa ao conceito de pessoa divina. A pessoa é composta de um suporte, que é por sua vez, racional. A natureza infundida, presente no

³⁰ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 43.

³¹ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 44.

³² STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 45.

³³ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 47-48.

corpo, confere individualidade e singularidade à pessoa humana, fazendo-a um ser único³⁴.

Logo, a pessoa apresenta três dimensões: uma imanência, na medida em que ela existe por si, e independentemente dos outros seres, se autopossui; é dotada de transcendência, ou seja, ela é aberta ao mundo e aos outros seres, especialmente, às outras pessoas humanas e divinas. E a pessoa tem dignidade ínsita, pois representa o ser mais digno da natureza. O conceito de “vida boa” estava na Idade Média, imbricado com Deus, fonte única e suprema do bem. O *ethos* medieval rejeitava as manifestações individuais que não obedecessem ao padrão teológico. Somente no final da Idade Média, essa perspectiva sofreria uma ruptura, com o giro antropocêntrico – uma leitura da pessoa humana, que radicalizará até mesmo a materialidade do corpo, e negará sua transcendência com o divino³⁵.

O Jusracionalismo e o Iluminismo dos séculos XVII e XVIII não têm por natureza a mesma identidade. O primeiro caracterizou-se como a nova versão de uma filosofia social presente na tradição antiga do ocidente; enquanto o iluminismo representou uma ruptura moral, especificamente, no âmbito religioso apregoando uma nova atitude diante da vida. Isso implicou uma modificação da opinião pública e promoveu grandes reformas na seara política. Ambos os movimentos ligaram-se mutuamente, no que diz respeito à sua origem, pois o sistema do novo jusracionalismo foi levado a efeito por meio dos pensadores do primeiro Iluminismo, tais como Galileu e Descartes. Isso, considerando-se que, quanto à sua ação, o Iluminismo promoveu uma humanização, racionalmente justificada, ao abolir os delitos de magia, da tortura e das penas corporais³⁶.

A conexão estabelecida entre esses dois movimentos teve consequências jurídico-políticas, propriamente ditas na Europa central; porém, foi na Alemanha que o jusracionalismo ascendeu a uma posição dominante, devido à combinação de razões político-filosóficas com a perspectiva de ruptura apresentada pela ética protestante. A ética protestante tinha como fundamento criticar o Jusnaturalismo Histórico e a Teoria Jusracionalista dos

³⁴ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 48.

³⁵ STANCIOLI, Brunello. *Renúncia...*, cit., p. 49.

³⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. rev. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 353-354.

deveres. Logo, nessas duas premissas estavam justificadas, espiritualmente, todas as reformas políticas autoritárias, e da respectiva cultura moral por ela empreendidas³⁷.

Desse modo, o jusracionalismo transformou-se na Teoria do Direito e do Estado na Alemanha do leste e central, tendo como fundamento as novas influências religiosas levadas a cabo pelo pietismo. As influências religiosas pietistas romperam com a antiga organização jurídica, a dogmática, e, também, com a intolerância religiosa pregada pela ortodoxia. A partir daí, houve uma inclinação para o humanismo no âmbito do Direito, na medida em que se rejeitou o julgamento das bruxas, os crimes de feitiçaria, a tortura, e as penas corporais e de prisão perpétua, as penas infamantes e a pena de morte³⁸.

Houve lutas contra os ataques à dignidade da pessoa humana, os privilégios, a falta de liberdade pessoal, as discriminações corporativas, profissionais e confessionais; e em defesa da liberdade de indústria e utilização do solo, já na decadência do Antigo Regime. Com a secularização e racionalização dessas ideias, fundou-se o protesto contra a arbitrariedade da evolução histórica, ligada a exigência de uma razão vinculativa em geral. Assim, o elemento que ligou o Jusracionalismo ao Iluminismo foi o Racionalismo Ético³⁹.

Nesse sentido, o vocábulo *pessoa* possui um significado moral e outro jurídico. Sob o ponto de vista ético, pessoa é o sujeito dotado de vontade e razão, isto é, um ser capaz de se propor fins livremente, e encontrar meios para realizá-los. Pessoa é o sujeito cuja conduta é suscetível de realizar valores morais. Como ser sensível ao valor, pode perceber a voz do dever, ou seja, as exigências normativas que derivam do mundo ideal. Porém, está capacitado para, além disso, lograr que essas exigências transcendam da esfera da idealidade ao setor da conduta, convertendo-se em fatores determinantes do seu comportamento. O sujeito humano aparece desse modo, como intermediário entre duas regiões distintas – a ideal, dos valores éticos e o

³⁷ WIEACKER, Franz. *História...*, cit., p. 354-355.

³⁸ WIEACKER, Franz. *História...*, cit., p. 355.

³⁹ WIEACKER, Franz. *História...*, cit., p. 355-356.

mundo das realidades⁴⁰. Por outro lado, a pessoa, em seu sentido pleno, é uma instância única de decisão⁴¹.

A pessoa individual de cada sujeito humano é uma espécie de concreto contínuo, dinâmico. Embora haja mudanças em todo o indivíduo, existe uma continuidade empírica no desenvolvimento de cada pessoa individual. A pessoa é considerada, sob essa perspectiva, uma unidade através do tempo. Enquanto no âmbito filosófico *pessoa* significa a maneira de ser do homem, isto é, uma realidade autêntica, para o Direito, o vocábulo *pessoa* designa uma categoria abstrata e genérica⁴².

A palavra *pessoa*, para o Direito, é a expressão do sujeito que se insere nas relações jurídicas, portanto, no âmbito jurídico, ser pessoa significa ser sujeito dos deveres jurídicos e dos direitos subjetivos⁴³, isto é, segundo a tradição, pessoa é sinônimo de sujeito de direito:

“A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que porém não só o homem, mas também outras entidades, tais como certas comunidades como as associações, as sociedades por ações, os municípios, os Estados, são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como ‘portador’ de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também outras entidades”⁴⁴.

Dá-se o nome de *pessoas físicas* aos homens enquanto sujeitos de direito. De acordo com a concepção tradicional, o ser humano, pelo simples fato de sê-lo, possui personalidade jurídica, porém, sob certas limitações impostas pela lei (idade, discernimento, sexo masculino para o exercício de algumas faculdades legais etc.) Os partidários dessa teoria defendem que o indivíduo, enquanto tal, deve ser considerado como pessoa. O princípio que se acaba de citar nem sempre foi reconhecido, como o prova a escravidão. Nos sistemas em que se aceita tal regime, o escravo não é sujeito de direito, mas objeto de relações jurídicas especiais, isto é, coisa⁴⁵.

⁴⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 274.

⁴¹ RECASENS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. 20 ed. México: Editorial Porrúa, 2010. p. 270.

⁴² RECASENS SICHES, Luís. *Tratado...*, cit., p. 245.

⁴³ RECASENS SICHES, Luís. *Tratado...*, cit., p. 244.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 191.

⁴⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo..., cit., p.275.

Eduardo García Máynez afirma que se dá o nome de *sujeito* ou *pessoa* a todo ente capaz de ter faculdades e deveres. Assim, as pessoas jurídicas dividem-se em dois grupos: físicas e morais. As primeiras correspondem ao sujeito jurídico individual, isto é, ao homem, enquanto tenha obrigações e direitos. As segundas se referem às associações dotadas de personalidade – um sindicato, uma sociedade mercantil, por exemplo. Como ambas as designações são ambíguas, diz-se pessoa jurídica individual e pessoa jurídica coletiva⁴⁶.

Tradicionalmente, a pessoa física, nada mais é do que uma construção jurídica, cuja finalidade é auxiliar na descrição dos fatos juridicamente relevantes. Trata-se aqui de uma unidade personificada das normas jurídicas, que simultaneamente obrigam e conferem poderes a um mesmo indivíduo. Sob essa perspectiva, a pessoa física é considerada, também, uma pessoa jurídica. Logo, não se pode afirmar que a pessoa física é uma “realidade natural”⁴⁷.

Reforçando a ideia de que a pessoa para o Direito é uma categoria abstrata e genérica, lança-se mão da premissa de que o fim em si exclui toda e qualquer ordenação hierárquica. Nesse sentido, o conceito de pessoa vem a ser um conceito de igualdade⁴⁸. A igualdade jurídica – ou capacidade jurídica – que constitui a essência da pessoa – não é inerente aos homens, ou as associações humanas. A capacidade jurídica é posteriormente atribuída a ambos pelo ordenamento jurídico. Não há que se falar em ser pessoa por natureza ou nascimento. O ser pessoa constitui-se um ato de personificação da ordem jurídica. Tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas são criações do ordenamento jurídico⁴⁹.

Ser pessoa significa ser um fim em si. O homem não é pessoa enquanto compreendido como ser vivente ao qual se atrelam o corpo e a alma. Sob a perspectiva jurídica, o homem é pessoa porque de acordo com a ordem jurídica, ele representa um fim em si. Isso dispensa demonstrar que as pessoas coletivas são unidades biológicas como os homens. Nesse caso, basta-se

⁴⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 271. Em razão de extrapolar o objeto de investigação da pesquisa aqui empreendida, a abordagem das pessoas jurídicas coletivas não será enfocada.

⁴⁷ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 194.

⁴⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2 ed. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 190.

⁴⁹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia...*, cit., p. 191.

provar que, assim como os homens, as pessoas coletivas representam um fim em si⁵⁰.

No que se refere à delimitação do conceito jurídico de pessoa, Recasens Siches aduz que, em primeiro lugar, devem ser levados a cabo os seguintes questionamentos:

- “1.O que quer dizer *pessoa* em termos jurídicos? O que significa ter no âmbito do ordenamento jurídico, a qualidade de *pessoa*? Em fim, o que quer dizer ser *pessoa* para o Direito?
2. Quem são os entes sobre os quais recai essa qualificação jurídica de *pessoa*?
3. Em que consiste o ser desses entes aos quais o Direito concede personalidade?
4. Sob o ponto de vista da política legislativa, a quem o Direito deve conceder personalidade⁵¹?”

Quanto ao primeiro questionamento, Recasens Siches esclarece que o conceito jurídico de pessoa não pretende expressar o que há nas pessoas, isto é, a sua ontologia. O conceito jurídico de pessoa apenas delimita o significado dessa qualificação jurídica, ou seja, a sua denotação aplicada tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas, indistintamente. Diante dessa generalização, deve-se perguntar qual é o alcance geral do conceito jurídico de pessoa, para, posteriormente indagar-se acerca das especialidades atinentes à pessoa física e das especialidades relacionadas à pessoa jurídica. Trata-se desse modo de se inquirir, exclusivamente, acerca de uma qualificação, um conceito jurídico puro, e nada mais⁵².

Quanto ao segundo questionamento, a resposta é uma questão de Direito Positivo, ou seja, é a ordem jurídica de cada país que determina quais são as pessoas que figuram no ordenamento jurídico. Trata-se de uma determinação realizada pelas normas positivas do Direito⁵³.

Em relação à terceira questão, atinente a qual é a delimitação ontológica dos entes aos quais o Direito concede personalidade, afirma-se ser esse um tema que não é próprio da Teoria Geral do Direito, mas sim, da Filosofia. No

⁵⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia...*, cit., p. 192.

⁵¹ RECASENS SICHES, Luis. *Tratado...*, cit., p. 260.

⁵² RECASENS SICHES, Luís. *Tratado...*, cit., p. 261.

⁵³ RECASENS SICHES, Luís. *Tratado...*, cit., p. 261.

que toca ao quarto questionamento levantado por Recasens Siches, o critério para a concessão da personalidade a determinados entes é uma questão de política legislativa⁵⁴.

A partir de uma sistematização genérica, o conceito jurídico de pessoa abarca tanto a pessoa física, quanto à jurídica. As diferenças entre elas não são de índole jurídica, pois as dimensões que as distinguem são metajurídicas. Trata-se sob essa perspectiva, das realidades de cada uma delas, às quais o Direito outorga a personalidade. No âmbito do Direito, a personalidade jurídica do homem não abarca a sua totalidade, porque se trata, sob o viés jurídico, de uma categoria jurídica genérica que se adere à essa realidade, que é o indivíduo. Referida categoria jurídica, contudo, não abarca a perspectiva ontológica do ser humano. Assim como a pessoa física, a pessoa jurídica é uma categoria construída pelo Direito, projetada sobre determinados tipos de situações sociais⁵⁵.

Como se pode perceber até aqui, o conceito jurídico de *pessoa* é apenas uma construção abstrata e genérica feita pelo legislador. Dela decorre o clássico e aparente desdobramento da capacidade jurídica da pessoa, em: *capacidade de direito* e *capacidade de fato*, que como se verá, nada mais é, do que mais uma ficção “jurídica”, que contraria a perspectiva crítico discursiva do Direito Moderno.

Isso porque a construção dessas categorias jurídicas apriorísticas e abstratamente definidas pelo legislador parte do pressuposto de que existe uma “pureza” conceitual, decorrente de uma abstração de todos os elementos éticos e morais, realizada pelo Direito, sob a perspectiva do Positivismo Jurídico. Assim, aparentemente, se justificaria a distinção entre conceito de pessoa sob o viés ético – no plano ontológico – e aquele conceito jurídico construído no plano deontológico, isto é, do *dever ser*.

Essa distinção é devedora de outro pressuposto – o de que existe um *ethos* compartilhado por todos os membros da comunidade jurídica – e que como se verá oportunamente – contraria o sentido da democracia construído a partir da teoria do discurso, porque não se toma em consideração, no caso

⁵⁴ RECASENS SICHES, Luís. *Tratado...*, cit., p. 261.

⁵⁵ RECASENS SICHES, Luís. *Tratado...*, cit., p. 262.

concreto, o sujeito de direito dinâmico – e não estático – como um referencial de imputação que atua na situação jurídica entrecortada pela argumentação.

Firmamos nosso entendimento de que para o Direito, pessoa é sinônimo de referencial de imputação de direitos e deveres. Por conseguinte, isso não significa que pessoa e sujeito de direito sejam o mesmo⁵⁶.

1.1. O Início da Vida Humana: o nascituro é pessoa?

A idéia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa. Referida afirmação exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Tendo em vista que o homem é o sujeito das relações jurídicas, e que a personalidade é uma faculdade que se lhe reconhece, diz-se que todo homem é dotado de personalidade⁵⁷. Nesse sentido pronuncia-se, também, Hans Kelsen:

“Dizer que o homem é sujeito jurídico, isto é, sujeito de direitos e deveres, não significa – como foi expressamente acentuado acima – senão que a conduta humana é conteúdo de deveres jurídicos e direitos subjetivos, e, portanto, o mesmo que dizer que um homem é pessoa ou tem personalidade”⁵⁸.

A personalidade jurídica não depende da consciência - ou da vontade do indivíduo. Mesmo a criança recém nascida, o deficiente mental, ou o portador de enfermidade, que resta desligado do ambiente físico ou moral; independentemente do conhecimento da realidade ou da falta de reação psíquica, é uma pessoa. Logo, é dotado de personalidade, um atributo que não se separa do homem na ordem jurídica. Trata-se de uma qualidade que não é

⁵⁶ “Segundo nosso entendimento, pessoa e sujeito de direito não se distinguem por ser este último dotado de concretude e aquela primeira de abstratividade, como enuncia Pontes de Miranda. Ao que se ensaiará expor no tópico seguinte, a noção de sujeito de direito, enquanto componente da tríade estrutural da relação jurídica, traduz necessariamente uma situação abstrata. Ser sujeito de direito, assim como ser pessoa, são situações jurídicas que representam potencialidades, e que, como tais, encontram-se plenamente efetivadas a despeito da prática deste ou daquele ato jurídico: a rigor, decorre unicamente de um fato jurídico, que pode ser o nascimento com vida do homem, ou um ato de vontade do legislador, aliado ao preenchimento de certos requisitos, no caso das pessoas jurídicas”. EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Sérgio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2006. p. 26.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil*. 22 ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, v. I. p. 213.

⁵⁸ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 193.

decorrente do preenchimento de qualquer requisito psíquico, e também, dele inseparável⁵⁹.

Como a personalidade é um atributo⁶⁰ da pessoa humana, está indissoluvelmente ligada a ela. A duração da personalidade é a da vida. Desde o momento em que vive, e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade⁶¹.

Enfim, pode-se dizer que a existência da personalidade coincide com a duração da vida humana. Inicia-se pelo nascimento, e termina com a morte. Porém, a ordem jurídica admite a personalidade em hipóteses em que não há essa coincidência. Nessas hipóteses emprega-se a ficção. Ao lado da personalidade real, figura a personalidade ficta, ou presumida. As hipóteses de personalidade ficta de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro são: a do nascituro, a do ausente, e a prole eventual, é admitida para efeitos da aquisição de direitos⁶².

De acordo com o Direito Romano, a personalidade jurídica coincidia com o nascimento, antes do qual não havia que se falar em sujeito, nem em objeto de direito. O feto, ainda nas entranhas maternas, era considerado uma parte da mãe – não uma pessoa, um ente, ou um corpo. Em razão disso, não podia ter direitos, isto é, não podia ter os atributos que eram reconhecidos ao homem. Assim, operava-se uma equiparação do *infans conceptus* ao ente já nascido, não para considerá-lo pessoa. O propósito de tal orientação limitava-se a assegurar seus interesses, excluindo-se os direitos de terceiros e qualquer situação contrária aos seus cômodos⁶³.

No Direito anterior, Teixeira de Freitas, seguido por Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, admitiram que a proteção dos interesses do nascituro era uma forma de se lhe reconhecerem direitos. Desse modo, sustentou-se o começo da personalidade antes do nascimento. Clóvis Beviláqua, no seu

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 214.

⁶⁰ Embora o texto da fonte referenciada afirme ser a personalidade um atributo da pessoa humana, ressalta-se que não necessariamente, o legislador concede personalidade. Esse é o caso das pessoas jurídicas. No que toca às pessoas naturais, o legislador reconhece-lhes essa aptidão. EBERLE, Simone. *A capacidade...*, cit., p. 19.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 216.

⁶² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19 ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Brito e Regina Paranhos de Brito. Editora Forense, 2007. p. 129. Tendo em vista que a presente pesquisa cuida do feto anencéfalo, os outros referenciais de imputação não serão enfocados.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições...*, cit., p. 216.

projeto de Código Civil – art. 3º- aceitou a doutrina sustentada, sob a invocação da impossibilidade de se configurar a existência de direito sem sujeito. Como via na defesa dos interesses do nascituro, o reconhecimento dos seus direitos, a atribuição de personalidade ao nascituro seria inata⁶⁴. As razões invocadas por Clovis Bevilacqua eram as seguintes:

“a) Desde a concepção o ser humano é protegido pelo direito. A provocação ao aborto é punida. Quando, entre nós, havia pena de morte, não era aplicada à mulher em estado de gravidez. Nesse estado não era sequer submetida a julgamento. O direito penal mostra, assim, considerações pelo feto isto é, por um ser humano ainda não desprendido das entranhas maternas. Por que não faria o mesmo o Direito Civil? Não podia deixar de atender ao ser humano nessa fase da existência, e sua solicitude aparece em duas circunstâncias principais como passo a expor.

b) A gravidez autoriza a posse em nome do ventre e a nomeação de um curador especial, sempre que competir à pessoa por nascer algum direito’, dizia Carlos de Carvalho, reproduzindo em frase moderna, o antigo preceito das Ordenações. O Código Civil ocupa-se da espécie no art. 462, regulando-a segundo os princípios que a orientam. A curadoria do nascituro é instituto conhecido em muitos outros sistemas legislativos. Não se trata de uma particularidade do direito pátrio.

c) A pessoa por nascer considera-se já ter nascido quando se trata de seus cômodos, proclama o preceito romano aceito pelas legislações modernas. Neste caso, alega-se, há, simplesmente uma expectativa de personalidade. Mas de duas uma: ou a personalidade já existe e não se trata de expectativa, ou é apenas possível, e, aos direitos reservados para o nascituro falta um sujeito. Alguns civilistas não recuaram diante desta conclusão, e, não querendo atribuir personalidade ao ser humano ainda na fase intra-uterina da existência, admitiram a possibilidade de direitos sem sujeito. Querendo ser lógicos, romperam com a lógica elementar do direito, a que no-lo apresenta como uma relação entre um sujeito e um objeto, sob a proteção da ordem jurídica.

d) É admissível o reconhecimento de filhos naturais ainda por nascer⁶⁵.

Francisco Amaral argumenta que o nascituro é o ser que está por nascer, mas está concebido no ventre materno. O Código Civil brasileiro nega-lhe personalidade jurídica, mas garante-lhe a proteção dos direitos que venha a titularizar. Ora, tratar-se-ia aqui de uma expectativa de direito. Referida expectativa é considerada direito subjetivo com eficácia suspensa, ou em formação, de acordo com o §2º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Quando se fala em condição ou expectativa de direito, reconhece-se o

⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 216-217.

⁶⁵ BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007. p. 97-99.

nascituro como titular de direitos em formação. Isso pressupõe titularidade e obviamente, personalidade⁶⁶.

Esse não é, porém, o posicionamento assumido por Caio Mário da Silva Pereira, pois segundo o autor, o nascituro não é ainda considerado uma pessoa. Logo, não é um ente dotado de personalidade jurídica. Os direitos que lhe são reconhecidos permanecem em estado de potencialidade. Quando do seu nascimento e aquisição da respectiva personalidade, tais direitos integram-se na sua trilogia essencial – sujeito, objeto e relação jurídica. Em caso de frustração, o direito não se constitui, e não há que se falar em reconhecimento de personalidade ao nascituro, tampouco, admitir que ele seja reputado sujeito de direito antes do seu nascimento⁶⁷.

A doutrina da personalidade jurídica do nascituro não é exata, assim como não o é aquela doutrina que versa acerca do reconhecimento de direitos sem sujeito, embasada nos textos que disciplinam a proteção dos seus cômodos. Inexata também é a doutrina que propugna a atribuição de um direito condicional ao nascituro, já que o direito condicional não deixa, por ser condicional, de ter sujeito. O problema reside no fato de não se admitir a existência do direito sem sujeito⁶⁸.

Na ocasião em que se discutiu o projeto Beviláqua, ventilou-se a matéria e repeliu-se aquela doutrina – a dos direitos sem sujeito. Acolheu-se, então, a concepção romana – do início da personalidade com vida, resguardando a lei, desde a concepção, os direitos do nascituro – art. 4º Código Civil de 1916. Antes de nascer, o feto não é, ainda, uma pessoa, porém, se ele vem à luz como um homem capaz de direitos, a sua existência, no que diz respeito aos seus interesses, retroage ao momento da concepção. Essa é a doutrina de Windscheid⁶⁹, que por sinal, demonstra ser a mais conforme aos textos e conter seguro cunho de verdade científica. Foi ela que predominou no Código Civil de 2002 em seu art. 2º⁷⁰.

⁶⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 7 ed. rev. modif. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 257.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 217.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 217.

⁶⁹ Referida teoria será oportunamente explicitada nessa pesquisa, quando das incursões dogmáticas acerca do direito subjetivo. O que por hora podemos afirmar é que a doutrina de Windscheid não é, como sustenta Caio Mário da Silva Pereira, a mais adequada.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 217.

Como a personalidade em nosso Direito inicia-se a partir do nascimento com vida, dois são os requisitos que a caracterizam: o nascimento e a vida. O nascimento ocorre quando o feto é separado do ventre materno, seja naturalmente, ou com o auxílio de recursos obstétricos. Não se cogita acerca do tempo de gestação, se o nascimento ocorreu a termo, ou foi antecipado. Para preencher a condição do nascimento, é necessário e suficiente o desfazimento da unidade biológica, de modo que mãe e filho constituam dois corpos com economia orgânica própria⁷¹.

A vida do novo ser se inicia no momento em que se opera a primeira troca oxicarbônica no meio ambiente. Vive a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que em seguida, venha a perecer. Desde que haja respirado, viveu. A entrada de ar nos pulmões denota a vida, ainda que o cordão umbilical não tenha sido cortado. Sua prova faz-se por todos os meios – tais como o choro, os movimentos e essencialmente, os processos técnicos médico-legais para a verificação do ar nos pulmões. A partir daí, afirma-se a personalidade civil⁷².

O Código Civil brasileiro afastou os requisitos da viabilidade e da forma humana para a fixação doutrinária acerca do início da personalidade. Isso, porque o progresso científico se afirma tão vivamente, que não se pode dizer que uma criança recém-nascida, e em condições inferiores da aptidão para viver, não seja recuperada contra os prognósticos que implicam o seu perecimento. Qualquer previsão a este respeito é falha e vã, desmentida por constantes surpresas, tanto num sentido, quanto noutro. Seja em razão de atingir longevidade quem parecia inviável, seja por perecer um indivíduo que, aparentemente, parece dotado de viabilidade. Assim, não se justifica que a aquisição da personalidade dependa da forma humana e seja recusada aos seres mal-formados – os monstros. O que nasce defeituoso pode retomar a forma normal da espécie humana, sendo frequentes as vitórias da arte cirúrgica. Por outro lado, se o Direito conserva a personalidade ao que acidentalmente não apresenta a forma humana, não há razão para negá-la àquele que, de nascença, traga um corpo mal-formado⁷³.

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 219.

⁷² PEREIRA, Caio Mário. *Instituições...*, cit., p. 219.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 220.

Como o início da personalidade está assentado, segundo a civilística tradicional, no nascimento com vida, somente a partir daí existe a pessoa à qual se integram os direitos e obrigações. Antes disso, o que há são direitos meramente potenciais, que para se constituírem, devem aguardar o fato do nascimento e a aquisição da personalidade.

Nascendo vivo, mesmo que faleça em seguida, o novo ente chega a ser pessoa, adquire direitos. Com sua morte, os transmite. A fixação das condições da personalidade – nascimento e vida – têm um interesse prático, principalmente, no âmbito sucessório, pois vivo, ainda que seja recém-nascido, o ente recebe, adquire, e transmite direitos aos seus sucessores⁷⁴.

Em relação aos nascituros diagnosticados com anencefalia, cumpre trazer à baila o posicionamento de João Baptista Villela, tendo em vista que o jurista em tela filia-se à teoria propugnada pelo Código Civil de 2002:

“A antecipação é um procedimento não só legítimo como necessário, quando a espera pela ação da natureza possa ser prejudicial à mãe ou ao feto. Pode ser inclusive recomendável para assegurar melhores condições de viabilidade ao feto. Mas a ausência de viabilidade, como tal, não justifica a eliminação antecipada da vida. Nem constitui impedimento a aquisição plena da personalidade civil. No passado debateu-se muito essa questão: Se a personalidade do homem resulta só do nascimento com vida, ou se ao nascimento haveria de acrescentar-se a condição da viabilidade. Quando da discussão do Código Civil de 1916, Azevedo Marques chegou a propor, para maior segurança, que o Código declarasse expressamente não ser a viabilidade requisito da personalidade civil. Considerou-se desnecessário fazê-lo. E com isso ficamos livres de ter no Código a desconfortável advertência. Não apenas ociosa, mas constrangedora. O critério da viabilidade não só é cientificamente discutível como diz respeito à vida futura. Ora, o direito não exige a vida subsequente para assegurar proteção à vida atual. Onde está presente a vida humana, aí deve estar presente a tutela do direito. Pouco importa a duração. Hitler, é certo, não pensava assim. No seu livro *‘Mein Kampf’* dizia que, se faltam forças para lutar pela vida – e é nisso que consiste a inviabilidade -, cessa o próprio direito à vida. Felizmente as idéias do ‘Führer’ são um pesadelo de que a humanidade se livrou. Para sempre, espero”⁷⁵.

Os sujeitos de direito são considerados elemento subjetivo das relações jurídicas. Sujeito de direito é aquele que participa da relação jurídica e se

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 221.

⁷⁵ VILLELA, João Baptista. Anencefalia, direito e estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005: p. 489-493, p. 493.

reputa titular de direitos e deveres⁷⁶. A possibilidade de alguém participar das relações jurídicas é decorrente de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Referida qualidade é denominada personalidade jurídica. Aqueles que a tem, são pessoas. Desse modo, pessoa é o ser humano ou entidade dotada de personalidade, aptidão para a titularidade de direitos e deveres⁷⁷.

A titularidade de um direito é a união do sujeito com referido direito. Não existem sujeitos sem direitos, assim como não há direitos sem titular. Nesse sentido, ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direitos, de relações jurídicas⁷⁸.

Os direitos estão localizados na pessoa, e em razão disso, ela é sujeito de direitos, ou centro de imputações jurídicas no sentido de, a ela serem atribuídas posições jurídicas⁷⁹.

A jurisprudência brasileira tem reconhecido a capacidade processual ativa do nascituro, nas ações de alimento em seu favor e na ação cautelar de reserva de bens⁸⁰. Também, tem reconhecido a sua capacidade processual passiva na ação anulatória de testamento, que contempla o nascituro e na ação anulatória de doação em que o nascituro é donatário. Conclui-se daí que, a fixação da personalidade jurídica do nascituro é uma questão de política legislativa, pois existem códigos que a reconhecem, e outros que a negam. Essa matéria é simplificada de acordo com a concepção moderna assentada na distinção entre personalidade e capacidade, na medida em que atribui a primeira ao nascituro e ao defunto, e a segunda, aos indivíduos com vida extra-uterina⁸¹.

⁷⁶ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 251.

⁷⁷ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 252.

⁷⁸ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 252.

⁷⁹ AMARAL, Francisco. *Direito...* cit., p. 252.

⁸⁰ Ementa: FAMÍLIA, INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigador, o Ministério Público, e também o **NASCITURO**, representado pela mãe gestante.

Acórdão

Vistos etc., acorda em Turma, a **OITAVA CÂMARA CÍVEL** do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, incorporando neste relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO O RECURSO. MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. 8ª Câm. Cív. Apelação cível nº 1.0024.377309-2/001. Apelante: Bárbara Pilar Abrahão Moyses Pimenta. Apelado: Luiz Henrique Galdino. Re. Des. Duarte de Paula, 10 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 06/03/2012.

⁸¹ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 258.

Por outro lado, a existência da pessoa natural termina com a morte, e somente com essa, cessa a sua personalidade. O nosso Direito atual não reconhece em hipótese alguma, a perda da personalidade em vida⁸². Com a morte, extinguem-se as situações jurídicas intransmissíveis, tais como as que ocorrem com aquelas atinentes à personalidade e à família, bem como algumas situações patrimoniais. A morte não é considerada tão somente causa extintiva de situações e relações jurídicas. Ela impede, também, a formação das que estavam em vias de se constituírem⁸³.

Francisco Amaral, porém, adota posicionamento diverso quanto ao fim da personalidade. O autor afirma que a personalidade humana existe antes do nascimento e projeta-se para além da morte. O testamento, o respeito ao cadáver, a sepultura, a proteção da memória do falecido contra injúria e difamação, a autorização para autópsia e para a realização de transplantes, demonstram que os traços da personalidade permanecem *post mortem*⁸⁴.

Antes, o momento da morte situava-se na grande cessação das funções orgânicas – ausência dos batimentos cardíacos, término dos movimentos respiratórios e da contração pupilar. Modernamente, a ciência chega a uma conclusão diferente – a vida do indivíduo subordina-se à atividade cerebral. Dessa maneira, se enuncia que a vida termina com a morte encefálica. Os cientistas chegam a admitir que, ocorrendo essa, é lícita a remoção de órgãos para fins de transplante ou outras finalidades de cunho científico, de acordo com a Resolução CFM n. 1480/97⁸⁵.

De acordo com o posicionamento que adotamos aqui, o nascituro é considerado pessoa, porque em determinado caso concreto pode figurar como um referencial de imputação, mas isso não quer dizer que o será em todos os casos e, principalmente, em abstrato. Não cobram relevância na argumentação jurídica, as premissas lançadas pela Civilística tradicional quanto ao fato de a personalidade do nascituro ser atribuída (ou reconhecida) antes ou após o seu nascimento. Basta que o reconheçamos, no caso concreto, como um referencial de imputação, dotado de personalidade jurídica e titularidade de direitos subjetivos ou deveres.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 221.

⁸³ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 259.

⁸⁴ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 260.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 222-223.

Entendemos que a personalidade jurídica não é um atributo, tampouco é concedida ao sujeito de direito pelo legislador, e que em razão de uma aparente concessão, não se pode admiti-la como se inata fosse. Do mesmo modo, não há que se falar em projeção da personalidade *post mortem*, pois esse argumentos, assim como aqueles que propugnam pela atribuição ou concessão da personalidade jurídica ao ser humano adotam uma postura axiológica e moralizante em relação ao Direito, o que, nos termos da teoria do discurso, por nós defendida, compromete a legitimidade da decisão judicial que verse acerca da possibilidade de antecipação terapêutica do parto no caso do feto anencefálico.

Se admitíssemos a atribuição, ou ainda, a concessão da personalidade jurídica ao nascituro, estaríamos considerando-o em abstrato e aprioristicamente como uma categoria jurídica geral, isto é, uma mera ficção construída pelo legislador. Este raciocínio vai ao encontro da postura observadora neutra do Positivismo Jurídico, e ignora todo o esforço hermenêutico empreendido pelo intérprete do caso concreto.

Nele, o intérprete deve atribuir um sentido coerente ao texto legislativo do Código Civil. Referida coerência normativa não é decorrente de uma interpretação cega dos artigos do Código em termos de subsunção da norma ao fato. Isso implica uma mera redução de validade à faticidade, na medida em que a argumentação jurídica é ignorada. Por outro lado, a coerência normativa está a nos cobrar uma única interpretação correta, racional que se alcança caso a caso, e tomando-se em consideração os argumentos do caso concreto, bem como os sujeitos afetados pelo provimento jurisdicional⁸⁶.

Defendemos que a personalidade jurídica do nascituro há que ser revisitada, pois o nascituro pode, ou não, ser considerado, em princípio, um referencial de imputação no caso concreto. Nesse sentido, são trazidas à baila as lições de Lúcio Antônio Chamon Junior:

“Com isto, queremos dizer que a noção de pessoa é determinável no interior da própria práxis, a práxis é que mesmo constrói seus referenciais de imputação de direitos e deveres formando, assim, juízos de imputação

⁸⁶ Essa é uma questão que será nessa dissertação melhor problematizada quando da explicitação das teorias da argumentação jurídica, e, especificamente, da teoria do discurso de Jürgen Habermas.

problematizáveis não só no que tange ao seu destinatário/afetado, mas também no que se refere às liberdades ou não-liberdades, envolvidas [...]

Assim é que a discussão em torno do reconhecimento, ou não, de 'personalidade' ao nascituro há que ser revisitada. Se fôssemos considerá-lo como referencial tão somente de direitos poderíamos ser tentados a desconsiderá-lo enquanto um referencial, mesmo porque esta situação, na argumentação, poderia ser problematizada não em termos dos direitos do nascituro, mas dos deveres de outrem – como, de certa forma, fora problematizado por Kelsen. Todavia, tal argumentação, além de jamais ser pretendida como generalizada, pressupõe a compreensão dos direitos e deveres como atrelados à teoria da relação jurídica. E se por ventura um sujeito, agindo em estado de necessidade legitimamente configurado, afeta um direito cujo referencial de imputação é o nascituro em razão de um patrimônio que lhe foi doado?

Na própria argumentação jamais poderíamos pretender que tal violação de direito tivesse por referencial os pais do nascituro. Bem como quaisquer deveres que tenham por referencial situações jurídicas em que o nascituro se apresenta como central na argumentação de imputação – tal como um tributo incidente sobre os bens a ele destinados – jamais haverão que ser interpretados como deveres imputados (referenciados) aos pais – ainda que, enquanto representantes legais, tenham o dever de proceder ao cumprimento daquele. Isto porque o nascituro pode, pois, se configurar como um centro, um referencial, de imputação, não só de direitos, mas também de deveres⁸⁷

E se em um caso concreto uma doação é feita ao nascituro, diagnosticado com anencefalia? A doação seria revogada, ou não? Entedemos que, nesse caso específico, a doação feita deve ser revogada, pois somente assim, a gestante poderá exercer o seu **direito** de interromper a gestação. Obrigar a gestante a prosseguir com a gestação de um feto anencefálico, em razão de uma doação, que o teria, em princípio, como referencial de imputação, representa uma violação à autonomia privada da gestante. A questão aqui problematizada tem em linha de consideração as diferenças que, no caso concreto em tela, fazem a diferença.

O que definirá se o nascituro deve ser considerado um referencial de imputação, ou não, são as circunstâncias do caso concreto, sobre as quais a argumentação jurídica será pelas partes, construída. Nesse sentido manifesta-se, uma vez mais, Lúcio Antônio Chamon Junior:

⁸⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. 2 ed. rev e amp. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 146.

“E se por outro lado, afirmamos que o morto, os animais, as plantas etc., não são dotados de personalidade jurídica, isso se refere à impossibilidade dessas figuras serem reconhecidas como dotadas de autonomia jurídica (pública ou privada). Se, por exemplo, o Direito garante direitos e imputa deveres ao nascituro – e não ‘ao’ morto –, bem como à massa falida etc., assim o faz na justificativa jurídico-principlológica, de uma realização e um exercício, atual ou futuro, de uma autonomia de uma *pessoa*, como no caso do nascituro ou de uma atividade personificada. Afinal, o que estaria a justificar, por exemplo, a) o aborto em caso de anencefalia, b) a reversão de uma doação quando a gestação é interrompida (aborto) e c) a eutanásia daquele que manifestou (expressa ou tacitamente) por tal medida, senão, a irreversibilidade destes quadros, inclusive jurídicos, em face do exercício, e das re-interpretações da autonomia privada?”⁸⁸.

A afirmação do homem enquanto sujeito de direito foi consolidada no plano teórico da Ciência do Direito graças ao Positivismo, que buscou, por meio da sistematização de normas, a uniformização e realização do Direito⁸⁹. Cumpre salientar, entretanto, que com o advento das Revoluções Francesa e Americana, todas as pessoas passam a ser consideradas sujeitos de direito.

Nesse sentido ser sujeito de direito significa “ter uma qualificação objetiva que submete o indivíduo à uma regra de direito que faz dele um sujeito de direito, reconhecendo-lhe direitos e deveres atribuídos pelo Direito Positivo”⁹⁰.

O conceito de sujeito de direito está atrelado ao termo *indivíduo humano*. Nessa senda, referido conceito é enfocado como uma qualificação jurídica atribuída pelo ordenamento. A pessoa é assim reconhecida pelo Direito como uma individualidade personalizada em dada situação concreta por meio da norma jurídica, de modo que essa personalidade pode ser também denominada pessoa⁹¹.

Ser pessoa, de acordo com a Teoria do Direito significa reconhecer ao indivíduo, a possibilidade de escolher e agir em uma situação jurídica entrecortada por uma problematização, podendo, nesse contexto, exercerem-se as liberdades (direitos) e não liberdades (deveres) estatuídos pela norma

⁸⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 151.

⁸⁹ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica*. Dissertação (mestrado em Direito Privado) Programa de Pos – Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009. p. 103.

⁹⁰ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 103.

⁹¹ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 104.

jurídica. Por conseguinte, ser indivíduo humano não é condição de ser pessoa, embora seja esse o primeiro referencial⁹². É portanto, no contexto de dada situação jurídica que se concretiza a personalidade jurídica da pessoa.

Logo, o nascituro é considerado pessoa em decorrência do reconhecimento da sua personalidade jurídica, desde que contextualizada em um recorte problematizado, que verse sobre seus direitos e deveres. Assim, imprescindível se faz a operacionalização do sistema do Direito, especificamente, no que concerne ao artigo 2º do Código Civil de 2002⁹³.

Uma vez mais, insistimos que o que temos nos códigos são textos legislativos carentes de uma atribuição de sentido coerente, e não um catálogo acabado de regras subsumíveis a um fato. É isso que fará diferença na solução dos *Hard Cases* que versem acerca da possibilidade de antecipação do parto nos casos de anencefalia. Nada, por tanto, é definido aprioristicamente.

1.2. Da Aparente Relação Entre Capacidade e Personalidade

De acordo com as lições propugnadas pela Civilística brasileira, todo ser humano é dotado de personalidade jurídica, logo é dotado de uma aptidão genérica para contrair direitos e obrigações. Afirma-se também, que há uma complementaridade entre personalidade e capacidade⁹⁴. Caio Mário da Silva Pereira argumenta que “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a idéia de ser alguém titular dele”⁹⁵. Essa premissa remonta-se às lições propugnadas por Savigny, acerca das relações jurídicas. Essas supõem que haja uma pessoa determinada frente a todas as outras, consideradas indeterminadas⁹⁶.

Outro argumento que corrobora para a sustentação da relacionalidade entre a capacidade e a personalidade abarca a idéia de que a privação total da

⁹² MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 105.

⁹³ Art. 2º. “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida ; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

⁹⁴ PEEIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 263.

⁹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, cit., p. 263.

⁹⁶ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 185.

capacidade significaria a frustração da personalidade, pois uma vez negada ao homem – sujeito de direito – a sua capacidade genérica para adquiri-lo, o homem restaria aniquilado do mundo jurídico⁹⁷. Essa aptidão genérica oriunda da personalidade para adquirir direitos na vida civil denomina-se *capacidade de direito*, e se distingue da *capacidade de fato*, que é a aptidão para utilizá-los e exercê-los por si mesmo⁹⁸.

A capacidade de direito é um efeito decorrente do princípio da igualdade, enquanto a capacidade de fato expressa um efeito imediato – a autonomia que as pessoas têm. A capacidade de direito representa uma posição estática do sujeito de direito; enquanto a capacidade de fato traduz uma posição dinâmica⁹⁹. Por ser variável, a capacidade de fato comporta uma variedade de graus. Sob essa perspectiva, as pessoas podem ser capazes, absolutamente incapazes ou relativamente incapazes, conforme possam praticar ou não validamente os atos atinentes à vida civil¹⁰⁰.

A capacidade de fato é dependente da “capacidade natural” de entendimento, vontade e inteligência da “pessoa natural”. Em razão de certos requisitos, nem sempre existem, ou existem mediante uma diversidade de graus, a lei nega ou limita referida capacidade¹⁰¹. Há ainda, o desdobramento da capacidade de fato em: *capacidade para atos jurídicos*, que consiste na prática de atos ou negócios jurídicos; em *capacidade processual* atinente à atuação do sujeito na defesa dos seus interesses; e em *capacidade penal*, que se dá, quando da possibilidade de se responsabilizar o sujeito pela prática de ilícito penal. A capacidade para se praticarem atos jurídicos, pode ainda desdobrar-se em *capacidade negocial* – correspondente à prática de negócios jurídicos, e em *capacidade extranegocial* – que abarca a prática de atos jurídicos em senso estrito¹⁰².

A capacidade de direito não pode ser negada ao indivíduo, pois isso implicaria despi-lo dos atributos da personalidade, razão pela qual se afirma que todo homem é, em princípio, dela dotado. Em regra, a capacidade de

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 263.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 263.

⁹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 263.

¹⁰⁰ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 264.

¹⁰¹ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 264.

¹⁰² AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 264.

direito é restringida sem confundir-se com a capacidade de fato, quando se defrontam os direitos de personalidade recusados em condições específicas¹⁰³.

Regra é que toda a pessoa é dotada da capacidade de direito, mas nem toda, da capacidade de fato. Toda pessoa tem a faculdade de aquisição dos direitos, mas nem toda pessoa tem o poder de, pessoalmente, usá-los, ou transmiti-los a outrem por um ato de vontade. Nesse sentido, a capacidade é a regra, e a incapacidade, a exceção. Isso quer dizer que toda pessoa tem a capacidade de direito, e que a capacidade de fato é presumida. Somente em casos excepcionais, expressamente determinados por lei, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato¹⁰⁴. A capacidade de fato é por assim dizer, a aptidão para que a pessoa pratique os atos da vida civil seja, extinguindo, modificando ou criando relações¹⁰⁵. Aqui, percebe-se que há um viés notadamente moralizante e axiologizante da dogmática jurídica que remonta, uma vez mais, às lições de Savigny para quem o direito representa uma sanção da liberdade moral inerente a todo ser racional. Em razão disso, a ideia de pessoa ou de sujeito de direito confunde-se com a ideia de homem. A partir disso Savigny vai concluir que todo o indivíduo, e somente ele, tem a capacidade de direito¹⁰⁶.

É Savigny, que se socorrendo ao Direito Romano afirma que a capacidade “natural” inicia-se a partir do nascimento, desde que o indivíduo esteja completamente separado da mãe¹⁰⁷, isto é, a aparente relacionalidade entre a capacidade e a personalidade se dá na medida em que a personalidade se confunde com a capacidade de direito, já que ambas decorrem do nascimento, portanto seriam naturalmente reconhecidas ao indivíduo. Isso porque o que se tem em foco são os efeitos sucessórios, quando o indivíduo é um natimorto. Trata-se, pois do rompimento do testamento no qual não se fazia alusão ao novo filho. Outro argumento invocado refere-se ao fato de que ocorre a cessão da sucessão intestada do pai, devolvendo ao filho a herança desde o momento do seu nascimento; o que justificaria a distinção entre o nascimento real e o nascimento aparente. Surgindo posteriormente demais direitos

¹⁰³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições...*, cit., p. 264.

¹⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, cit., p. 265.

¹⁰⁵ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 265.

¹⁰⁶ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 185.

¹⁰⁷ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 186.

atinentes ao recém-nascido, não se põe em dúvida que o filho exista como criatura humana¹⁰⁸.

Diversamente da capacidade de fato, a *legitimidade* representa a aptidão correspondente à prática de determinado ato, ou exercício de determinado direito, que resulta, não da qualidade de pessoa, mas da posição jurídica do sujeito em face de outras pessoas. A legitimidade é decorrente de certas situações jurídicas subjetivas, do que lhe advém as limitações ao poder de agir¹⁰⁹. Em síntese, pode-se definir a legitimidade “[...] como a específica posição de um sujeito em relação a certos bens ou interesses”¹¹⁰. Já a capacidade de fato é a aptidão para a prática em geral dos atos jurídicos, o que implica afirmar que a legitimidade refere-se a um determinado ato em particular¹¹¹. Isto que quer dizer que a legitimidade é o poder de exercício de um direito, sendo considerado legitimado, aquele sujeito que o tem. A legitimidade é *substancial*, quando referente à prática de atos jurídicos, e *processual*, quando se refere à atuação do sujeito em juízo. Ela é resultado da posição de uma pessoa em relação à outra¹¹². A legitimidade é o poder que a pessoa tem de concretamente atuar em determinada relação jurídica. Assim, a pessoa pode ser capaz e não ter legitimidade para a prática de determinados atos¹¹³.

Com vistas a oferecer uma releitura acerca da compreensão da personalidade jurídica desvincilhada de uma postura positivista, cumpre ressaltar que é necessário investigarem-se as possibilidades operacionais da pessoa, que age em determinada situação jurídica como titular de direitos e deveres, exercendo dessa feita, os atos que são próprios de uma personalidade jurídica operacionalizada¹¹⁴.

A situação jurídica é o efeito jurídico de um fato. Ela pode ser considerada uma categoria geral que avalia o comportamento humano, se diferenciando da relação jurídica, na medida em que não se exige a correspondência de posições, isto é, um “sujeito ativo” e um “sujeito passivo”.

¹⁰⁸ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 186.

¹⁰⁹ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 264.

¹¹⁰ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 264.

¹¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 264.

¹¹² AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 265.

¹¹³ AMARAL, Francisco. *Direito...*, cit., p. 265.

¹¹⁴ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 102.

As situações jurídicas também não descrevem as posições como poder de exigibilidade comportamental ou obrigação de se portar de acordo com o exigido¹¹⁵.

A situação jurídica complementa a categoria da “relação jurídica”. Ambas são reputadas categorias relacionais reais no sentido de se privilegiar o ser humano, pois são argumentativamente construídas, e não, dispostas aprioristicamente. O que diferencia a relação da situação subjetiva é o número de posições jurídicas. Enquanto a situação subjetiva é uniposicional, isto é, apresenta um único referencial de imputação, sendo impossível nesse caso o estabelecimento de um vínculo jurídico; a relação jurídica é pluriposicional, isto é, apresenta vários referenciais de imputação funcionalmente conectados¹¹⁶.

Trata-se de uma situação de fato a partir da qual se operacionaliza a norma jurídica. É a partir de uma pré-compreensão acerca de referido instituto que se pode construir o conceito atinente à personalidade jurídica. Nesse passo, o Direito reconstrói uma realidade possível, por meio da qual se manifesta, juridicamente, o conceito de pessoa¹¹⁷.

A situação jurídica dispõe os sujeitos em relação a um objeto. Disposição sob essa perspectiva deve ser entendida como posição, posicionamento, ou mesmo atuação. Enfim, a situação jurídica é um conjunto de circunstâncias atinente aos sujeitos e objetos. Essas situações podem ser existenciais ou patrimoniais, e ainda, relacionais, e não relacionais¹¹⁸, quais sejam: o direito potestativo, a sujeição; a faculdade jurídica; o interesse legítimo; o poder e o ônus¹¹⁹.

¹¹⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica” dos dados genéticos humanos*. Tese (doutorado em Direito Privado) Programa de Pós – Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. p. 63.

¹¹⁶ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 66.

¹¹⁷ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 103.

¹¹⁸ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 12 ed. rev. atual. amp. . Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 262.

¹¹⁹ “De um ponto de vista objetivo, a situação é um interesse que, essencial à sua existência, constitui o seu núcleo vital e característico. Interesse que pode ser ora patrimonial, ora de natureza pessoal e existencial, ora um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumentos para a realização de interesses existenciais ou pessoais. No ordenamento dito privatístico encontram espaço sejam as situações patrimoniais e entre essas a propriedade, o crédito, a empresa, a iniciativa econômica privada; sejam aquelas não patrimoniais (os chamados direitos da personalidade) às quais cabe, na hierarquia das situações subjetivas e dos valores, um papel primário”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito*

Considerando a definição de situação jurídica subjetiva de Pietro Perlingieri à qual fizemos alusão em nota de rodapé, cumpre salientar que necessária, se faz uma correção acerca da perspectiva apresentada pelo civilista italiano, pois sua teoria acerca das situações jurídicas revela-se axiologizante, na medida em que se manifesta na valoração subjetiva do interesse; esse compreendido como a medida da utilidade de um bem. Ocorre que tal perspectiva axiologizante coloca em risco a aplicação do Direito comprometida com a Democracia, pois se deixa a critério do legislador, ou à coletividade, o poder de determinar o que significa “utilidade”, e, por conseguinte, o que, em abstrato, significa o “interesse jurídico” para o *ethos*¹²⁰.

Diante do exposto até aqui, podemos afirmar que a concepção tradicional acerca da capacidade é devedora de uma compreensão do processo como relação jurídica¹²¹.

Nesse sentido, não se devem confundir a legitimidade para agir, que se define como a condição do exercício regular do direito de ação, e a capacidade de ir a juízo, pois a tradição processual, ao não compreender a tensão entre a faticidade e a validade do Direito, resolve as questões que permeiam o caso concreto, antes que ele se configure. Ora, o adequado é que as problematizações atinentes ao caso devem ser resolvidas por meio da argumentação jurídica que se constrói no processo¹²².

Assim, o processo deve ser assumido como um procedimento em contraditório, que se desenvolve visando à obtenção de um provimento final, visto que é neste foro institucionalizado que as situações jurídicas são passíveis de problematização. Para que haja o reconhecimento do contraditório, necessário se faz o reconhecimento do direito de agir, isto é, do direito de argumentar e contra-argumentar no âmbito processual¹²³.

De acordo com Elio Fazzalari, o procedimento se caracteriza como uma seqüência de atos, que são previstos e valorados pelas normas. O procedimento é afinal, compreendido como uma série de faculdades, poderes, deveres, tantas quantas sejam as posições subjetivas possíveis de serem

civil: Introdução ao direito civil-constitucional. 3 ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 107.

¹²⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 64-65.

¹²¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 183.

¹²² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 184.

¹²³ CHAMON JUNIOR, Lucio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 184.

extraídas discursivamente, visto que resultam necessariamente ligadas. Desse modo, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito, após o cumprimento de um dever por ele ou por outros, e por sua vez, o exercício de referido poder constitui-se como pressuposto para insurgir-se de um outro poder, faculdade ou dever¹²⁴.

O processo é um procedimento no qual participam, ou estão habilitados a participar aqueles em cuja esfera jurídica o provimento jurisdicional final – a sentença - desenvolve efeitos em contraditório, de modo que ao autor do ato, não é permitido obliterar suas atividades. O procedimento é permeado por uma estrutura dialética, isto é, o contraditório¹²⁵. Segundo o autor em tela:

“Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto , não importa – de escolhas, de reações de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”¹²⁶.

A referência à estrutura dialética do contraditório permite uma superação da compreensão da premissa tradicional processualista no sentido de que existe o processo onde há em ato ou em potência um conflito de interesses, ou ainda, aquela que versa acerca da existência do processo sempre que participe da formação do ato, um sujeito que seja portador de um interesse distinto do interesse do autor do ato levando-se em consideração que os interesses e as suas possíveis combinações se caracterizam como dados metajurídicos. O conflito de interesses pode constituir a razão pela qual a norma promove o desenvolvimento de uma atividade, mediante processo, cuja existência se pode verificar por meio da estrutura e do desenvolvimento dialético explicitado alhures, isto é, mediante o contraditório. Na ausência de referida estrutura não

¹²⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 114.

¹²⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 118-119.

¹²⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 119-120.

há que se questionar acerca de um atual ou eventual conflito de pretensões resistidas. Em suma, sem o contraditório, não há processo¹²⁷.

É a participação dos sujeitos enquanto prováveis destinatários da eficácia do provimento jurisdicional – a sentença – o que constitui a sua capacidade para agir. A essência do contraditório exige que dele participem, no mínimo, dois sujeitos: um interessado e um contra-interessado, sobre um dos quais a sentença visa a desenvolver efeitos favoráveis, e sobre o outro – o contraditor – efeitos prejudiciais¹²⁸. Porém é preciso salientar com Fazzalari que:

“A qualidade de contraditor, onde quer que ela concorra com a do autor do ato, importa, por outro lado, uma consequência essencial: mesmo quando se trate de um órgão público, munido de Império, o autor é colocado, durante a fase reparatória do ato (salvo sua proeminência na sucessiva fase de emanção do provimento), em pé de simétrica paridade em relação ao outro ou aos outros contraditores. E nesse diapasão a posição do autor do ato final e a posição do interessado colocado em contraditório continuam a se distinguir mesmo quando pertençam à mesma pessoa: a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório, distinta da posição na qual se coloca o órgão público na fase em que – tendo conhecimento dos resultados do contraditório – executa o ato final. (por outro, não se pode falar de contraditório entre autor do ato e destinatário dos efeitos deste último, quando a participação do interessado seja meramente episódica, quando ocorram somente as figuras da ‘contestação’ – da ‘oitiva’ – do interessado”¹²⁹.

A idéia do processo como relação jurídica foi propugnada pela teoria do processo no sentido de que se considerava o direito de ação um direito subjetivo público, oponível ao Estado, sendo a legitimidade para agir, o cerne da atribuição e aquisição do status de sujeito de direitos e deveres¹³⁰.

A legitimação para agir sempre ocorre em dado processo, de modo que os participantes atuem em uma série de atividades que rumam para a construção de um provimento jurisdicional¹³¹. Isso implica afirmar que no tocante à legitimidade para agir faz-se estabelecer os sujeitos que podem ou

¹²⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 120-121.

¹²⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 122.

¹²⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 123-124.

¹³⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 184.

¹³¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 184.

devem participar de um processo, não abarcando por conseguinte, somente as partes, mas também o juiz e seus auxiliares¹³².

Logo, a legitimidade para agir enfoca dois aspectos: o primeiro diz respeito à situação jurídica passível de problematização, a partir da qual se interpreta qual é o sujeito concreto que pode ou deve participar de um ato processual; o segundo relaciona-se à situação legitimada, considerada o conteúdo da legitimação para agir e, que consiste no poder, faculdade ou dever atinentes ao sujeito individualizado¹³³.

Como o provimento construído no caso concreto e os seus efeitos incidirão nas esferas de liberdade do indivíduo, resta-lhe reconhecido o contraditório estando assim, legitimado ao processo¹³⁴. Essa concepção rompe a pretensa tensão estabelecida entre a capacidade de ser parte, a capacidade de ir a juízo e a legitimidade para agir, que tanto se propugnou em razão de uma compreensão do Direito como um sistema de regras. A definição da capacidade não é pretendida em definitivo, aprioristicamente e em abstrato¹³⁵.

A partir do momento em que se compreende o Direito como um sistema ideal e coerente de princípios reinterpretableis casuisticamente visando-se a um juízo de correção normativa legítimo, a noção de capacidade jurídica resta esvaziada no contexto da argumentação jurídica, pois a imputação de direitos e deveres não se opera fora da argumentação. Assim, o direito de agir no processo não se resolve abstratamente fora dele¹³⁶. A legitimidade de participação no referido foro institucionalizado conecta-se à legitimidade de agir, isto é, de argumentar e contra-argumentar no processo, considerado como procedimento em contraditório¹³⁷.

O objeto do contraditório constitui-se de questões próprias das atividades processuais, tais como a admissão de direitos e obrigações pertinentes, úteis a um ou mais atos a se desenvolver, por exemplo. No âmbito processual civil, tem-se a questão da ordem que integra o contraditório; a admissão de uma prova; a declaração que invalida determinado ato processual; a da renovação. Também abarcam o objeto do contraditório as

¹³² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 185.

¹³³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 185.

¹³⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 185.

¹³⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 185.

¹³⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 185.

¹³⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 185-186.

questões de mérito, que se relacionam ao cumprimento de um ato processual, tais como: o ato final do provimento – a sentença – em que no direito processual civil, o juiz deve emitir o provimento daquilo que se requereu, ou então, recusá-lo¹³⁸.

Enfim, o que caracteriza o contraditório é a controvérsia, que é muito frequente no caso concreto. A controvérsia completa a ideia do dizer e contradizer¹³⁹.

Desse modo, resta insustentável a distinção estabelecida entre a capacidade de ir a juízo e a legitimidade para agir, pois o legítimo direito de participar no processo se verifica concretamente em razão da existência de uma situação jurídica institucionalmente problematizada¹⁴⁰.

Por isso, torna-se relevante trazer à tona a noção de situação jurídica, que é considerada uma situação de fato a partir da qual se operacionaliza a norma jurídica. É a partir da compreensão acerca de referido instituto que se pode construir o conceito atinente à personalidade jurídica. Nesse passo, o Direito é visualizado como um fator que reconstrói uma realidade possível, por meio da qual se manifesta, juridicamente, o conceito de pessoa¹⁴¹.

A capacidade jurídica é apenas uma peça que define, no contexto de desenvolvimento da argumentação jurídica, os limites da personalidade. Referidos limites, porém, não são determinados em termos apriorísticos e abstratos, pois são passíveis de problematização. Dessa feita, afirmar que alguém não tem capacidade para determinado ato, significa que se reconhece que alguém, em princípio, não teria o direito de realizá-lo¹⁴².

A imputação de direitos e deveres é problematizada definitivamente no caso concreto. Assume-se, sob essa perspectiva, a tarefa de se interpretar o Direito como um sistema ideal e coerente de princípios¹⁴³.

A concepção da capacidade jurídica de acordo com a Teoria Geral do Direito Clássico foi um artifício que tentou solucionar questões que somente podem ser compreendidas no plano concreto, cujo pressuposto é a argumentação jurídica. A definição do conceito de capacidade jurídica não se

¹³⁸ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 125.

¹³⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições...*, cit., p. 125.

¹⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 186.

¹⁴¹ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...* cit., p. 103.

¹⁴² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 186.

¹⁴³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 186.

consolida por meio da abstração e generalização categorial, pois, sob esse viés, ocorre uma confusão entre argumentos de fundamentação do direito, e os pretensos argumentos de sua aplicação em definitivo¹⁴⁴. Nesse sentido, o esvaziamento do conceito de capacidade jurídica se verifica, quando se assume o Direito como integridade¹⁴⁵. Enfim, a noção de capacidade jurídica remonta à Escola Histórica do Direito, e é uma construção típica da Jurisprudência dos Conceitos, apegada ao formalismo jusracionalista. Nesse sentido, Franz Wieacker esclarece que:

“Na verdade, esta nova ciência jurídica não podia de modo algum deixar de acionar esta axiomática do jusracionalismo se não quisesse regressar a exegese textual do antigo direito comum – ou como mais tarde aconteceu com o naturalismo jurídico – se não pretendesse deduzir directamente os conceitos e as normas dos interesses e necessidades sociais. O formalismo sistemático e conceitual do jusracionalismo foi, portanto, ainda largamente utilizado por Puchta e pela ‘Jurisprudência Constitutiva’ do jovem Jhering”¹⁴⁶.

Em termos discursivos, a compreensão da capacidade para a prática de determinado ato é substituída pela construção argumentativa no que se refere à liberdade ou não liberdade para a realização do ato, havendo assim, o concreto direito ou o concreto dever, cujas respectivas imputações só podem ser problematizadas no caso concreto¹⁴⁷.

Os desdobramentos da capacidade jurídica são devedores de uma compreensão moralizante do Direito, pois estão atrelados à capacidade moral da vontade. Isso porque a capacidade para agir é, na verdade, uma capacidade genérica, da qual a capacidade jurídica é um caso especial¹⁴⁸.

Nesse sentido, a imputação de deveres ao sujeito ocorreria na medida em que a sua liberdade moral reclamasse tutela jurídica, sendo a personalidade reinterpretada como a consequência de uma autonomia moral funcionalizada. Logo, a capacidade de ser sujeito de direito e o desdobramento da capacidade jurídica em capacidade de direito e capacidade de fato não

¹⁴⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 186.

¹⁴⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 186.

¹⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História...* cit., p. 427.

¹⁴⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 186.

¹⁴⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 187.

estão relacionadas à tensão estabelecida entre a legitimidade e a funcionalidade do direito como definido pela teoria tradicional¹⁴⁹.

Por questões atinentes à legitimidade, seria reconhecida ao indivíduo uma capacidade de direito em razão da tutela jurídica da sua autonomia moral, bem como por questões funcionais, se lhe reconheceria uma capacidade de fato que não seria reconhecida, por exemplo, às crianças ou aos portadores de enfermidade mental, já que não seriam dotados de uma capacidade jurídica plena. Dessa feita, seriam eles reconhecidos como capazes de direito e incapazes de fato, pois não poderiam, sob essa perspectiva, exercer por si, os direitos e deveres a eles imputados¹⁵⁰; por isso, para a Teoria Tradicional do Direito, a capacidade de direito é considerada pressuposto da capacidade de fato¹⁵¹.

Ora, se a imputação de direitos e deveres ao sujeito é entrecortada pela argumentação desenvolvida a partir de uma situação jurídica, é no foro institucionalizado – no processo – que tais direitos e deveres são reconstruídos para que todos os concidadãos tenham reconhecidas as autonomias pública e privada complementares, que refletem o caráter institucional do Direito¹⁵².

Nesse sentido, pode-se afirmar que em razão do esvaziamento do conceito de capacidade jurídica, não há que se admitirem quaisquer desdobramentos apriorísticos em relação a tal instituto. Houve, por meio da reinterpretação do Direito, uma substituição da capacidade jurídica pela legitimidade de agir. Essa legitimidade é o que estabelece com a personalidade jurídica uma relação, quando há uma situação concreta entrecortada pela argumentação jurídica. Isso possibilita a problematização atinente às esferas de liberdade e não liberdade subjetiva, contornando e conformando, no foro institucionalizado¹⁵³, a personalidade do sujeito de direito.

¹⁴⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 187.

¹⁵⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 187.

¹⁵¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 187.

¹⁵² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 189.

¹⁵³ O foro institucionalizado é assumido aqui pelo processo compreendido como procedimento em contraditório.

1.3. O Sujeito de Direito: por uma re-interpretação acerca das teorias tradicionais do direito subjetivo

A explicitação crítica acerca do direito subjetivo que aqui se pretende realizar perpassa pelas lições propugnadas por quatro autores clássicos da Teoria Geral do Direito, quais sejam: Karl von Savigny, Bernhard Windscheid, Rudolf von Ihering e Hans Kelsen, respectivamente, para que se determine, finalmente, e no contexto do Estado Democrático de Direito, qual é a interpretação que se deve conferir aos direitos subjetivos de acordo com a Teoria Geral do Direito Moderno.

Uma teoria que pretende criticar a sociedade não pode limitar-se tão só a uma descrição estabelecida entre a norma e a realidade, realizada desde a perspectiva do observador. Nos Estados democráticos, os concidadãos hão de se reconhecer mutuamente como titulares de liberdades subjetivas, se pretendem regular legitimamente a convivência entre si. Há nesse sentido, uma tensão interna estabelecida entre a faticidade – pretensão de coercibilidade – e a validade – pretensão de legitimidade, que ocorre no sistema dos direitos¹⁵⁴.

O conceito de direito subjetivo é correspondente ao de liberdade subjetiva de ação, na medida em que referidos direitos fixam os limites dentro dos quais o sujeito está legitimado a se auto afirmar, isto é, de expressar livremente a sua vontade. Os direitos em comento definem iguais liberdades subjetivas para todos os indivíduos que os possam titularizar, e nesse sentido, tais sujeitos são considerados pessoas jurídicas¹⁵⁵.

A isonomia dispensada aos titulares de iguais liberdades subjetivas de ação – leiam-se direitos subjetivos – é extraída do conceito abstrato e geral de legalidade, pois tais leis assim caracterizadas tocam aos sujeitos que são titulares dos respectivos direitos. Contudo, o Direito não pode se limitar ao cumprimento dos seus requisitos funcionais em uma sociedade complexa como é a sociedade moderna. O Direito deve satisfazer, ainda que precariamente, as condições de integração social, que são levadas a efeito, quando se busca o entendimento intersubjetivo, ou seja, mediante a aceitabilidade das pretensões de validade em relação aos direitos subjetivos que tocam aos concidadãos¹⁵⁶.

¹⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 147.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 147.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 148.

O procedimento democrático de produção de normas confronta os seus participantes com as expectativas normativas de comportamento, no sentido de se buscar uma orientação ao entendimento dos cidadãos quanto às regras que hão de reger a sua convivência. Para que o Direito, funcionalmente, estabilize as expectativas de comportamento nas sociedades modernas, é necessária a manutenção de uma conexão interna com a força sociointegradora, característica da ação comunicativa. Isso tem como pressuposto a co-dependência entre as autonomias pública e privada, cuja dificuldade de explicitação é devedora das premissas lançadas pela filosofia da consciência, e pela herança metafísica, típica do Direito Natural, isto é, pela subordinação estabelecida entre o Direito Positivo e o Direito Natural. Quando se desmantela referida subordinação que se funda em um *ethos* compartilhado, o Direito e a Moral se diferencial funcionalmente¹⁵⁷.

Há um sentido intersubjetivo subjacente aos direitos subjetivos, que foi ignorado pelas leituras individualistas, pois na medida em que os sujeitos jurídicos se reconhecem como titulares de iguais liberdades fundamentais são, por assim dizer, cooperantes¹⁵⁸.

O conceito de direito subjetivo não compreende os sujeitos jurídicos como se atomísticos fossem. Na medida em que os sujeitos se reconhecem como iguais titulares de direitos deveres na ordem jurídica, pode-se afirmar que eles são elementos que a integram. Assim se cooriginam os direitos subjetivos e o direito objetivo, na medida em que aqueles derivam deste¹⁵⁹.

1.3.1. A Compreensão do Direito Subjetivo de Acordo Com Savigny

A noção de direito subjetivo remonta à Friedrich Carl von Savigny, que procurou restabelecer, na Alemanha, a sistematização do Direito Romano, no sentido de enfocar que as faculdades do indivíduo humano racional estivessem centradas na realização do próprio Direito. É a partir do pragmatismo do Direito Romano que Savigny assenta sua teoria, já que a principal preocupação do

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 149.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 153.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 154.

autor era o modo de realização do Direito, a partir de uma sistematização do mesmo¹⁶⁰.

A dogmática do Direito Civil alemão que permitia a compreensão conjunta do Direito e da doutrina dedicada ao direito subjetivo submetia-se à influência de uma filosofia idealista do Direito, que teve como um dos precursores, Savigny¹⁶¹, a quem pode ser atribuída a criação da teoria da relação jurídica. No final do século XIX cobrava-se cada vez mais consciência de que o Direito Privado só poderia se legitimar a partir de si mesmo, já que a autonomia privada do sujeito de direito tinha como fundamento a autonomia moral da pessoa¹⁶².

Para Savigny, os seres livres se unem entre si por meio de relações, já que os mesmos têm a mesma natureza e o mesmo destino. Nesse sentido, o desenvolvimento paralelo dos indivíduos necessita de um limite que é fixado pelo Direito. Dessa forma, resta garantida a liberdade individual, na medida em que se estabelece uma relação entre a Moral e o Direito, pois este serve àquela, quando se garante ao indivíduo o exercício do seu livre arbítrio¹⁶³.

As relações jurídicas que se desenvolvem se dão de pessoa a pessoa, por meio da determinação de uma regra jurídica que indica ao indivíduo onde a sua vontade reina em absoluto, independentemente de toda vontade estranha. Por conseguinte, a relação de direito abarca dois elementos – o primeiro é a matéria, ou a própria relação. Esse elemento é um simples fato, isto é, um elemento material da relação jurídica; enquanto o segundo traduz-se na idéia de um direito que regula referida relação, um elemento plástico que visa a enobrecer o fato e lhe impõe a forma do Direito¹⁶⁴.

Há que ressaltar, entretanto que nem toda a relação estabelecida de pessoa a pessoa é abarcada pelo domínio do Direito, pois nem todas elas são suscetíveis de serem determinadas por uma regra jurídica. Nesse caso, cabe uma distinção entre três espécies de relações humanas, já que as mesmas podem-se encontrar total, parcialmente, ou inteiramente fora do âmbito do

¹⁶⁰ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 106.

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 150.

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 150.

¹⁶³ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 149.

¹⁶⁴ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 150.

Direito, como por exemplo, a propriedade, o matrimônio e a amizade, nesta ordem¹⁶⁵.

A relação jurídica é definida segundo o autor em tela como o domínio da vontade livre. Essa vontade pode operar-se sobre a própria pessoa do indivíduo, e mover-se externamente à sua própria pessoa, ou seja, sobre o mundo exterior ao indivíduo. Essa é a generalização mais alta, no que se refere aos diferentes modos de ação da vontade. No mundo exterior encontra-se uma vontade que não é naturalmente livre, além de vontades livres como a nossa, isto é, vontades que tocam a pessoas estranhas em relação à nossa personalidade. A partir disso se constituem três gêneros de relações jurídicas, quais sejam – as que abarcam a própria pessoa, as que dizem respeito à natureza que não é livre, e as relações que tocam às pessoas estranhas¹⁶⁶.

Sob essa perspectiva, há uma posição doutrinária que afirma ter o homem direito sobre a sua própria pessoa, ou seja, há um direito que com o homem nasce e se extingue com o fim da sua vida. Referido direito denomina-se originário, e se opõe aos direitos adquiridos, que se caracterizam por terem uma natureza passageira, cujo exercício pode ser levado acidentalmente a efeito pelo homem sobre os seus semelhantes no decorrer da sua vida¹⁶⁷.

Desde logo, se reconhece que o homem pode dispor de si mesmo e de suas faculdades, e nesse sentido, todo o direito abarca um poder que ao homem se faz inerente¹⁶⁸. Não é possível ao homem dominar a natureza em sua totalidade. Trata-se aqui da vontade que não é livre, e que se exterioriza mediante uma porção determinada chamada coisa, que em outras palavras, se conhece como propriedade¹⁶⁹.

As reações jurídicas que têm por objeto as pessoas estranhas não são tão simples, pois as pessoas se configuram sobre dois aspectos inteiramente diversos. Uma pessoa, assim como uma coisa, pode estar sujeita ao domínio da vontade individual, isto é, submetida ao nosso poder. Se esse domínio é absoluto, não resta à pessoa dominada qualquer liberdade, e conseqüentemente, não há que se falar em personalidade, já que o domínio

¹⁶⁵ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 150.

¹⁶⁶ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 150-151.

¹⁶⁷ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 151.

¹⁶⁸ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 151.

¹⁶⁹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 152.

exercido por um indivíduo em relação a outrem não é mais do que o domínio exercido sobre uma coisa. Aqui se configura a escravidão vigente entre os romanos. Se o indivíduo deseja exercer domínio sobre outrem, tal deve ocorrer de modo que não abarque a pessoa em sua totalidade, mas apenas um de seus atos. Assim, quando referido ato praticado por alguém subtrai a outrem a sua vontade, estabelece-se o domínio de um indivíduo sobre o outro. Nesse caso verifica-se a existência de uma obrigação¹⁷⁰.

O conjunto de relações que atuam sobre o poder de um indivíduo se integra aos seus bens e, a reunião de instituições que regulam referidas relações denomina-se direito das coisas. Quando o homem não figura com um ser isolado, mas como um membro de um todo orgânico que integra a humanidade, com a qual se relaciona por meio de indivíduos determinados, surgem novas espécies de relações jurídicas, que demonstram, de modo diverso das relações obrigacionais, a vertente incompleta do homem no seio do seu organismo geral¹⁷¹, isto é, a comunidade em que o homem está inserido como um indivíduo.

Ao diferenciar as relações obrigacionais das relações de família, Savigny esclarece que as primeiras têm por objeto um ato individual, enquanto as relações de família abarcam a totalidade da pessoa individualizada considerada como um membro da humanidade. A matéria da relação jurídica obrigacional é arbitrária por natureza, pois pode dar lugar a ela qualquer ato humano, enquanto a matéria que toca às relações de família se funda na natureza orgânica do homem e se faz necessária ao mesmo. A obrigação é ordinariamente temporal, enquanto as relações de família são persistentes tendo em vista que as mesmas formam uma comunidade denominada família. Essa comunidade é considerada a gênese do Estado que tem como elemento constitutivo a família, e não, os indivíduos¹⁷².

Por outro lado, a obrigação guarda uma analogia com a propriedade, pois os bens contidos nessas duas espécies de relações estendem o poder do indivíduo para além dos limites naturais da sua pessoa, enquanto as relações de família visam a completar o indivíduo. Por fim, o Direito de Família abarca

¹⁷⁰ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 152-153.

¹⁷¹ SAVIGNY, Friederich, Carl von. *Sistema...*, cit., p. 153.

¹⁷² SAVIGNY, Friederich, Carl von. *Sistema...*, cit., p. 154-155.

mais de perto os direitos originários, e como estes se encontram excluídos do Direito Positivo, a família corresponde somente em parte a esse Direito, assim como pelo contrário, os bens encontram-se, exclusivamente, sobre o domínio daquela¹⁷³.

Savigny argumenta ainda que se faz necessário o reconhecimento de três classes principais de direito – o direito de família, o direito das coisas, e o direito das obrigações nessa ordem. Porém, se a abstração separa rigorosamente essas três classes de direitos em “realidade viva”, os mesmos se tocam em diferentes pontos, engendrando uma infinidade de modificações e ações recíprocas¹⁷⁴.

Segundo Savigny, a ordem, ou o Estado normal de Direito se mantém por meio da liberdade. Essa, por sua vez, resulta da conformidade dos atos de acordo com as regras estabelecidas. Embora a essência do Direito seja a liberdade, devem-se considerar, também, atos livres e contrários à ordem jurídica, isto é, violações de direito que turbam o seu estado normal. A possibilidade de se violarem direitos exige várias instituições que visam garantir que tais direitos não sejam violados. São elas: a jurisdição, como parte integrante do Direito Público; a pena como conteúdo do Direito Penal; e os procedimentos formais, que objetivam o restabelecimento do Estado “Normal” de Direito¹⁷⁵.

Quando um direito é violado, surge o estado de defesa. As instituições que visam o combate de referida violação de um direito recaem sobre o conteúdo do mesmo, ou seja, sobre a sua essência¹⁷⁶. O conjunto que modifica o direito denomina-se direito de ação. As modificações do direito desdobram-se em duas classes – em primeiro lugar, têm-se as ações e as exceções, que resultam da violação do direito. Em segundo lugar, encontram-se os atos que integram o debate judicial, que se destina a reprimir a violação do direito. Dentre esses atos, os mais conhecidos são a *litiscontestatio* e o juízo¹⁷⁷.

Considerando-se que alguns direitos existem em relação com os demais indivíduos, e que outros direitos são exercidos apenas por indivíduos

¹⁷³ SAVIGNY, Friederich, Carl von. *Sistema...*, cit., p. 155.

¹⁷⁴ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 155.

¹⁷⁵ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 763.

¹⁷⁶ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 763.

¹⁷⁷ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 764.

determinados – leiam-se obrigações – a violação de um direito é provocada por uma pessoa determinada, fato que estabelece entre um indivíduo e outrem uma relação jurídica especial, cujo conteúdo é a reparação de uma violação do direito, o que implica, também, o surgimento de uma obrigação, ainda que imperfeita, já que a mesma representa a possibilidade de se transformar em obrigação verdadeira. Essa obrigação abarca o demandante e o demandado; ou o credor e o devedor¹⁷⁸.

A relação jurídica que resulta da violação de um direito denomina-se direito de ação, ou simplesmente, ação. Essa palavra expressa, também, o próprio exercício do direito, que por meio de um processo escrito, promove o início do debate judicial. Nesse sentido, cumpre explicitar as duas condições que abarcam o direito de ação – a primeira abarca um direito e a violação do mesmo. Não existindo o direito, não há que se falar em violação. Se não há violação, o direito não pode se revestir da forma especial que caracteriza a ação, pois não existe a *actio nata*¹⁷⁹.

Devem-se distinguir no Direito Romano as ações e sua correspondente denominação. Primeiramente, vigia o sistema da *Legis actio* e o sentido de tal expressão se referia essencialmente à forma. Designa-se através dela o que é necessário fazer para atacar a violação de um direito. O ataque à referida violação operava-se mediante atos simbólicos e formas verbais rigorosamente determinadas¹⁸⁰.

Após a abolição da *Legis actio*, salvo raras exceções, as *formulae* passaram a constituir a base de todo o procedimento. Esse estado de coisas, assim como o *ordo judiciorum*, subsistiu à época dos jurisconsultos clássicos. O ato sob essa perspectiva designava o direito de ação, e a fórmula da forma da mesma, ainda que essa distinção não fosse rigorosamente observada¹⁸¹.

Depois da abolição do *ordo judiciorum*, isto é, pouco tempo depois de Constantino, a fórmula com as suas respectivas partes perdeu significado, enquanto as ações existiam como antes. Assim, os redatores do Digesto

¹⁷⁸ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 765.

¹⁷⁹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 765.

¹⁸⁰ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 765.

¹⁸¹ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 766.

compilaram os escritos dos antigos juristas e as Instituições de Gaio foram incluídas e modificadas – o que resultou nas Instituições de Justiniano¹⁸².

Durante a vigência do direito justiniano, o juízo não designava um processo diante de um juiz, mas sim, a jurisdição, que abarcava não só as reclamações de qualquer natureza, mas também, aquelas que se assentavam sob uma obrigação¹⁸³. Por muito tempo não existiu nada mais do que a ação pessoal, expressão sinônima da simples ação. Com a introdução das ações reais ou ações *in rem*, essas foram designadas como *petitio*, e posteriormente se considerou conveniente que a palavra *actio* designasse toda classe de ações como espécies de um mesmo gênero¹⁸⁴.

A autonomia privada, que em Savigny fora justificada a partir da idéia de inviolabilidade da pessoa, e garantia da celebração de contratos está reclusa aos mesmos, e ao direito de propriedade, abarcando-se aqui, a possibilidade de se aliená-la ou transmiti-la. Os direitos subjetivos se interpretam a partir daquilo que os justifica. São, portanto, direitos negativos, aos quais não se admite qualquer intromissão na esfera pessoal em que a vontade reina em absoluto¹⁸⁵.

A fundamentação moral da autonomia privada assentada no valor intrínseco da liberdade de arbítrio, passível de reconhecimento e garantidora da não violação dos poderes de cada indivíduo, cedeu espaço a uma compreensão positivista, que explica os direitos subjetivos como fruto de uma força de obrigatoriedade fática que é trazida para a discussão em razão de determinadas decisões tomadas por sujeitos competentes¹⁸⁶.

1.3.2. Os Direitos Subjetivos de Acordo com a Teoria da Vontade de Bernhard Windscheid

Bernhard Windscheid se caracteriza como um autor relevante, na medida em que superou uma pretensa fundamentação moral do Direito, reduzindo, porém, faticidade à validade do uso coercitivo de competências que são conferidas ao indivíduo pela ordem jurídica. Houve um deslocamento da

¹⁸² SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 766.

¹⁸³ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 767.

¹⁸⁴ SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema...*, cit., p. 768.

¹⁸⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 81.

¹⁸⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 82.

justificativa dos direitos subjetivos, em termos de uma liberdade de arbítrio, para um viés funcionalizante, que ao perder a dimensão normativa, fundamentou os direitos subjetivos como mandatos que pertencem à ordem jurídica¹⁸⁷.

De acordo com Windscheid, o direito compreendido como faculdade (direito em sentido subjetivo) demarca dois sentidos¹⁸⁸:

O primeiro deles diz respeito a um determinado comportamento – um ato ou omissão da pessoa (ou pessoas) – em relação aquele que é o seu titular. A ordem jurídica – o direito em sentido objetivo – emite um mandato no sentido de indicar que tal encontra-se à disposição do seu titular, isto é, o beneficiário da norma jurídica. Isso remete à premissa de que o beneficiário da norma pode se valer dela para compelir outrem a se comportar de modo a resguardar o seu direito contra quem resista. A vontade, nesse sentido, é decisiva para a efetivação do mandato emitido pela ordem jurídica. O mandato que deriva da ordem jurídica se converte em mandato do seu titular¹⁸⁹.

Na segunda acepção, a palavra direito emprega-se no sentido de que o titular da propriedade que lhe cabe pode aliená-la a outrem; que o credor pode ceder o seu crédito; ou ainda, que um dos contratantes pode rescindir o contrato quando a outra parte não cumpre o que fora pactuado. Nessa senda, a palavra direito significa que a vontade do titular é decisiva para o nascimento, modificação ou extinção dos direitos subjetivos conformados pela ordem jurídica¹⁹⁰. Assim, o direito subjetivo poderia se definir como “um poder ou senhorio da vontade reconhecido pela ordem jurídica”¹⁹¹.

Windscheid argumenta ainda que, tendo em vista o conceito de direito delineado, necessita-se de um aporte jurídico. Esse aporte é o conjunto de normas que configuram uma relação jurídica, versando, por exemplo, sobre a posse de um bem, as obrigações decorrentes do casamento ou as do contrato¹⁹².

¹⁸⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 82.

¹⁸⁸ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fada e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v.1. p. 107.

¹⁸⁹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto...*, cit., p. 107-108.

¹⁹⁰ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto...*, cit., p. 108.

¹⁹¹ WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto...*, cit., p. 108.

¹⁹² WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto...*, cit., p. 109-110.

Claro está que desde Windscheid, os direitos subjetivos se podem compreender como reflexos da ordem jurídica, que transfere ao sujeito, o poder soberano da sua vontade, que se encontra fixada pelo direito objetivo¹⁹³.

A liberdade não seria mais a justificativa da ordem jurídica como outrora se verificou em Savigny. A liberdade aqui permitiria tão somente que as normas da ordem jurídica fossem efetivadas. Desloca-se a referência à conduta de outrem, que antes se justificava por meio de uma fundamentação negativista dos direitos – que visaria a garantir a liberdade de arbítrio – para um exercício que garanta uma não interferência justificada na faticidade da ordem jurídica¹⁹⁴.

Criticando o posicionamento de Windscheid, Diogo Luna Moureira ressalta que a vontade é um elemento accidental do conceito de direito subjetivo:

“Não podem os direitos subjetivos ficarem adstritos à constatação da vontade do titular do direito, pois ela é elemento accidental na sua conceituação. Por exemplo, embora uma pessoa tenha o direito de exigir o pagamento de determinado valor, tal direito não se extingue se a vontade de receber este valor não for revelada. Além do mais, há determinados direitos subjetivos que embora possam ser renunciados pelo titular, tal renúncia pode não surtir efeito para o Direito, o que ocorre com a atual legislação aplicável as relações trabalhistas”¹⁹⁵.

O que se pode perceber é que Windscheid adota um posicionamento tipicamente positivista ao reduzir a faticidade dos direitos subjetivos à sua validade previamente estabelecida pela ordem jurídica, limitando a esfera de liberdades e não liberdades individuais como constata Lúcio Antônio Chamon Junior:

“Nitidamente, Windscheid reduz a tensão entre direitos subjetivos e o sistema do direito à faticidade dos mandamentos/normas deste: direito subjetivo é aquilo a um determinado sujeito conferido pelo ordenamento jurídico e que, assim, lhe garante um poder. E tal direito se justifica na ‘vontade do ordenamento jurídico’, e não na vontade do facultado: mesmo quando o ordenamento jurídico faça ‘desprender’ o conteúdo de sua norma da vontade de uma pessoa, quem ordena, quem está a estabelecer o mandato não é esta mesma pessoa, mas o Direito... Se o ordenamento vem a conferir um direito a um determinado sujeito, é porque tornou a vontade deste decisória: decisórias para condutas de outros às quais têm direito, porque com

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Faticidad...*, cit., p. 150-151.

¹⁹⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 83.

¹⁹⁵ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 109.

capacidade de decisão, segundo a norma, e por sua vez, e de maneira circular decisória para aqueles... A vontade do titular acaba sendo reconhecida como um poder que surge do, e retorna ao, Direito, de maneira a não possibilitar mais que a simples redução de sua validade, enquanto direito à faticidade dos mandatos oriundos do Direito objetivo”¹⁹⁶.

Eduardo García Màynez também traz a baila argumentos contra a tese de Windscheid, pois:

1. Há casos nos quais o titular de um direito subjetivo não deseja exercitá-lo. Nesse caso, o fato do sujeito não querer exercer o direito não destrói a faculdade, que foi concedida ao titular. Se o direito subjetivo dependesse da sua vontade, ao desaparecer essa, aquele também restaria extinto¹⁹⁷.
2. Várias pessoas jurídicas carecem de vontade em sentido psicológico. São incapazes de querer, inobstante possuam faculdades e deveres. Esse é o caso dos incapazes, dos recém nascidos e das pessoas morais. Se a essência do direito subjetivo estivesse radicada no querer, dever-se-ia negar-lhes a qualidade de pessoa em sentido jurídico¹⁹⁸.
3. Os direitos subjetivos não desaparecem, ainda que o seu titular ignore a existência dos mesmos, e ainda que não haja um querer orientado a eles.
4. Há direitos cuja renúncia não produz consequências legais, isto é, jurídicas¹⁹⁹.

Em resposta às objeções atinentes à teoria explicitada, García Máynez afirma que Windscheid sustentou o argumento de que por “vontade” dever-se-ia entender a vontade do ordenamento jurídico. Essa variável modifica essencialmente a tese primitiva e a priva do seu verdadeiro sentido. Isso porque a vontade do ordenamento jurídico é algo totalmente diverso da vontade individual, ou seja, do “querer” em sentido psicológico²⁰⁰.

Tanto Savigny, quanto Windscheid estabelecem um ponto de contato relevante para a dogmática jurídica – a ideia de que ao direito subjetivo, exercido pelo titular corresponderia um dever correlato negativo; porém, não no sentido de não intervenção na esfera da vontade (Savigny) ou de não

¹⁹⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...* cit., p. 83-84.

¹⁹⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 187-188.

¹⁹⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 188.

¹⁹⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 188.

²⁰⁰ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 188.

descumprimento do preceito jurídico, para o qual concorre a vontade do indivíduo (Windscheid)²⁰¹.

1.3.3. O Direito Subjetivo Sob a Perspectiva de Ihering

Ihering inicia sua argumentação acerca dos direitos subjetivos afirmando que a definição corrente de que o direito consiste na possibilidade de se obrigar garantida pela lei é insuficiente, na medida em que há, sob essa perspectiva, uma descrição à manifestação exterior do Direito²⁰².

Para Ihering, os direitos subjetivos não são o fim da vontade, mas lhe servem como meio, pois se a vontade fosse unicamente o objeto do direito, como se justificariam os direitos subjetivos atinentes às pessoas desprovidas de vontade. Se personalidade e capacidade jurídica se equivalem a uma capacidade de querer, não se pode explicar porque as ordens jurídicas reconhecem, nas crianças e nos loucos, não só a porção humana da sua personalidade, o corpo e a vida, mas lhe concedem, salvo algumas modificações, a mesma capacidade patrimonial atinente às pessoas dotadas de “vontade”. Os que sustentam esse posicionamento, diz Ihering, podem explicá-lo afirmando que se trata de um arbítrio do legislador, que pode modificar, como melhor lhe aprouver, a capacidade da pessoa²⁰³.

Ihering afirma que não é o capricho arbitrário do legislador, nem o respeito que possa surgir em relação a pessoa das crianças e dos loucos, o que faz surgir os direitos. É a ideia de necessidade material, ou imaterial atinente ao homem, o que leva o autor a afirmar que os direitos subjetivos garantem a realização de determinados fins estabelecidos objetivamente²⁰⁴.

Nesse sentido, o sujeito de direito é aquele a quem a lei destina a utilidade do direito, isto é, o seu destinatário. O Direito tem como missão garantir a utilização do direito subjetivo pelo seu titular²⁰⁵.

Os direitos subjetivos sob essa perspectiva utilitarista não visam à realização da ideia de vontade jurídica abstrata. Eles existem para garantir os

²⁰¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 84.

²⁰² IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Trad. Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947. p. 425.

²⁰³ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 427.

²⁰⁴ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 427.

²⁰⁵ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 428.

interesses da vida, auxiliar o homem em relação às suas necessidades e a realização dos seus fins. Por isso, segundo Ihering, o Direito não produz algo que seja inútil. Assim, é a utilidade, e não a vontade, o elemento substancial do Direito. A vontade é sob a perspectiva de Ihering apenas a força motriz dos direitos subjetivos²⁰⁶.

O princípio do Direito abarca dois elementos: um substancial – que é o fim prático do direito – ou seja, a utilidade, as vantagens e proveitos dele advindos; e o outro, o elemento formal – que é o meio para a realização do fim que o direito subjetivo representa. Tal meio é a ação, na medida em que, para o autor em comento, os direitos são interesses juridicamente protegidos. Utilidade, bem, valor, proveito e interesse representam a substância dos direitos subjetivos. Porém, tais bens não abarcam tão só, a esfera patrimonial, pois há outros bens de maior valor, tais como a personalidade, a liberdade, a honra, os laços de família, dentre outros. A finalidade do direito privado é assim a de garantir ao homem um bem qualquer, seja socorrendo-lhe nas suas necessidades, defendendo os seus interesses, ou ajudando-lhe a cumprir as finalidades da sua vida²⁰⁷.

O conteúdo dos direitos subjetivos é sempre um bem, isto é, algo que nos possa servir. A ideia de bem, unem-se as de valor e interesse. O valor dá a medida de utilidade do bem, e o interesse expressa o valor do bem em relação ao sujeito, e suas finalidades específicas. Desse modo, um direito que por si mesmo tenha um valor pode não ter interesse algum para determinado sujeito²⁰⁸.

A proteção de um direito se dá na medida em que o legislador o reconhece como um interesse que mereça a tutela da ordem jurídica. Isso denota o caráter dinâmico dos direitos subjetivos, na medida em que se transformam, conforme se modificam, os interesses da vida já que direitos e interesses são historicamente paralelos, ainda que essa correlação não seja sempre absoluta²⁰⁹.

O proveito de um direito se dá quantas vezes tal direito produz os efeitos perseguidos pelo seu titular, ou beneficiário, permitindo-lhe a reivindicação,

²⁰⁶ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 428.

²⁰⁷ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 429.

²⁰⁸ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 429.

²⁰⁹ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 429-430.

quando o direito resta lesionado. O proveito de um direito desdobra-se nas faculdades próprias do titular da propriedade, seja ele um proveito ideal ou jurídico. Logo, o proveito que o titular retira através do uso do bem que o pertence, é o elemento substancial do direito subjetivo, e referido elemento substancial domina a vontade. O proveito é o objeto do direito subjetivo e a sua reivindicação é o meio de se tirar proveito dele. Embora a vontade não seja, sob a perspectiva de Ihering, o elemento substancial dos direitos subjetivos, ela concorre para a realização dos mesmos, isto é, para que, efetivamente, o titular dos direitos subjetivos possa retirar-lhes o proveito como melhor lhe aprouver²¹⁰. A força não é o objeto do Direito, mas a forma pela qual o Direito realiza o seu fim específico²¹¹.

O segundo elemento do Direito é a proteção jurídica. Como, para Ihering, os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos, o Direito nada mais é do que a segurança jurídica em relação ao proveito que o titular retira do direito subjetivo do qual é titular²¹².

No Direito Romano, a proteção jurídica acima referida se desenvolve por meio da ação. Trata-se de um recurso por meio do qual um juiz civil obriga-se a prestar proteção judicial. A ação é considerada, sob esse viés, a verdadeira pedra de toque dos direitos privados. Quando não há o cabimento da ação, o Direito Civil deixa de proteger os interesses²¹³. Na verdade, para o autor, não havendo direito de ação, não há que se falar em interesse.

Para que haja ação, se fazem necessárias algumas considerações: precisar a pessoa a quem referida ação compete; identificar o objeto sobre o qual versa tal ação; os efeitos que implica; e suscitando-se a dúvida, a possibilidade de se provar todos esses elementos. Um bom exemplo de proteção concedida aos interesses são as ações populares, mas nem todos os interesses gerais são abarcados por essas ações, pois elas se limitam às hipóteses fáticas estabelecidas pelo Direito Positivo, que previamente fixa suas condições e efeitos²¹⁴.

²¹⁰ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 430-431.

²¹¹ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 431.

²¹² IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 432.

²¹³ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 432-433.

²¹⁴ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 433.

Como os interesses gerais são tutelados pelas ações populares, o autor parte para uma definição de “direitos gerais” na qual estão abarcados o direito individual e o direito comum. O primeiro caracteriza-se pela sua exclusividade, restando a vontade absoluta inserida nessa classe de direito – trata-se aqui da liberdade quanto à eleição realizada pelo titular do direito subjetivo no que se refere às formas de se tirar proveito de determinado direito. Já os direitos comuns, se caracterizam por pertencerem a todos e por serem indivisíveis em relação ao proveito que de tais direitos, os titulares retiram. Os interessados não absorvem em absoluto o destino do bem e a sua finalidade, pois os direitos comuns abarcam toda sorte de interesses e visam às gerações futuras. Isso significa dizer que a essência do direito subjetivo é o interesse, isto é, o proveito que dele, o seu titular pode retirar²¹⁵.

Eduardo García Máynez afirma que a principal crítica que se faz à teoria de Ihering se resume à seguinte frase: se a ideia de interesse fosse essencial ao direito subjetivo, esse não existiria na falta daquele. Por outro lado, o próprio Jhering concorda que o legislador não reconhece, nem pode garantir todo interesse. Nesse sentido, García Máynez argumenta que Jhering deveria admitir que o único elemento essencial ao conceito em análise é a proteção jurídica, não o protegido, o tutelado, já que o interesse individual não existe indefectivelmente²¹⁶.

Tanto a tese de Windscheid quanto a de Jhering falham no mesmo ponto. Isso porque os conceitos de vontade e interesse estão relacionados ao elemento psicológico. Só se quer aquilo em que se tem interesse; só se tem interesse naquilo que se quer. O interesse é um mediador dos objetivos da vontade. Essa está orientada à consecução de inúmeras finalidades, mas nem todas são relacionadas ao sujeito. Assim, atribui-se maior valor a uma finalidade que à outra, e por conseguinte, se preferem as finalidades superiores. A medida da estimação é o que se denomina interesse. Trata-se de uma dimensão psicológica variável. Cresce ou diminui paralelamente em relação à valoração que o indivíduo faz dos seus fins²¹⁷.

²¹⁵ IHERING, Rudolf von. *El espíritu...*, cit., p. 435.

²¹⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p.190.

²¹⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 190.

Visando evitar as críticas a sua teoria, García Máynez afirma que Jhering substitui a noção psicológica de interesse por um conceito mais vago e flexível – o de interesse médio. Interesses médios são os que predominam em uma determinada sociedade²¹⁸.

Entretanto, trata-se ainda de se falar em um direito subjetivo como proteção de um interesse, sabendo-se que esse elemento nem sempre existe. Finge-se, sob essa perspectiva, sua existência, e ingenuamente, se crê que a ficção se justifica em quanto, por regra geral, o que o direito objetivo protege é algo que interessa a todos os destinatários da norma²¹⁹.

Ora, o que Ihering propugna a partir do giro utilitarista da sua teoria é a pressuposição de que existe um *ethos* compartilhado, na medida em que o direito subjetivo condicionaria o exercício da vontade, seja ela individual ou geral. Isso porque o exercício volitivo, em ambos os casos, estaria sempre voltado à realização de um fim, assim, se introjeta uma compreensão teleológica em relação aos direitos subjetivos²²⁰.

Referida compreensão permite que determinados valores infiltrem-se na ordem jurídica, devendo ser tomados em consideração como os valores eleitos pelo legislador, e que deveriam ser assumidos como valores que visam à realização dos interesses da comunidade²²¹, e desde já afirmamos que discursivamente, referida compreensão dos direitos subjetivos não pode mais prevalecer em razão do descentramento²²² característico das sociedades modernas.

²¹⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...* cit., p.190-191.

²¹⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...* cit., p. 191.

²²⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...* cit., p. 86.

²²¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...* cit., p. 88.

²²² Dizer que uma sociedade é descentrada significa que ela não se sustenta por um centro, como outrora ocorreu com a sociedade medieval assentada na divindade e na crença de que havia um direito divino, que determinaria as escalas de uma sociedade estamental. O descentramento surge como fruto do aumento de complexidade social, já que há inúmeros projetos de vida atinentes aos concidadãos. Projetos que devem ser igual e livremente reconhecidos a todos os concidadãos, que comunicativamente podem sustentar pela via institucional do processo legislativo ou do processo no âmbito jurisdicional, as suas pretensões de validade acerca dos seus direitos subjetivos.

1.3.4. O Direito Subjetivo Segundo Kelsen

A teoria tradicional contrapõe ao dever jurídico o direito como direito subjetivo. Quando se descreve o Direito, o direito subjetivo aparece em primeiro plano, de modo que o dever desaparece por detrás daquele, razão pela qual tanto na Alemanha, quanto na França, o direito subjetivo também se designa *Recht*, como o sistema normativo que forma o ordenamento jurídico. Necessária então se faz a distinção entre o Direito como sistema de normas; e o direito subjetivo compreendido como aquele que se refere a um determinado sujeito²²³.

Partindo da premissa de que o ordenamento jurídico compreende um conjunto de descrições de conduta prescritas, Kelsen afirma que uma conduta que obriga ao sujeito pode ser positiva ou negativa, ou seja, pode-se tratar de uma ação ou de uma omissão. A ação constitui uma prestação que obriga um indivíduo frente ao outro. O objeto sempre se constitui como uma coisa ou prestação de um serviço. Já a omissão, pode significar a omissão de uma ação a que um sujeito se vê obrigado frente a outro²²⁴.

Partindo-se da premissa de que para cada exercício de direito subjetivo corresponde um dever, ao qual um indivíduo se obriga, quando o obrigado pratica uma conduta diversa daquela descrita pela ordem jurídica, se lhe impõe uma sanção. Quando alguém se obriga frente a outrem ao cumprimento de determinada prestação, a prestação a ser recebida por um dos indivíduos representa o conteúdo do dever²²⁵.

Se um sujeito exerce um direito por meio de uma conduta permitida pela ordem jurídica, referido direito é tão somente o reflexo de um dever imposto a outrem. Para Kelsen, o sujeito de direito é aquele que se obriga à prestação do dever em face de outrem, enquanto, aquele indivíduo que exerce um direito é apenas o objeto da conduta do primeiro. Entretanto, o conceito de direito subjetivo extraído a partir do reflexo de um dever jurídico não é, segundo o autor, suficiente para que se compreenda a representação de uma situação jurídica. Isso porque não se pode pressupor que exista um direito subjetivo

²²³ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 140- 141.

²²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 141.

²²⁵ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 142.

reflexo de um dever jurídico em todos os casos, como por exemplo, naqueles em que não se pode determinar concretamente quem é o indivíduo obrigado. Aqui têm lugar as normas jurídicas que estabelecem determinadas condutas aos indivíduos em relação às plantas ou animais. Há, nesses casos, tão somente deveres mediatos subsistentes à comunidade jurídica, que é a interessada na tutela desses objetos. Isso não significa, porém, que existam direitos reflexos dos animais em relação a esses deveres impostos ao indivíduo pela ordem jurídica. Fala-se tão somente em direitos da comunidade ou do Estado nesse caso²²⁶.

Logo, para Kelsen, a cada direito corresponde um dever como reflexo daquele, mas não necessariamente, o contrário, quando se verifica apenas a imposição de deveres sem direitos que possam ser exercidos por um indivíduo específico, já que “para a existência de um direito reflexo, não é essencial que se sustente uma pretensão à conduta devida²²⁷”, pois isso não implica a modificação da situação jurídica²²⁸.

A pretensão somente se sustenta, quando em face do descumprimento do dever, ela possa ser exigida por meio de uma ação judicial, mas um direito reflexo não existe sem o dever jurídico que lhe corresponda. Tem-se como pressuposto a conduta de um indivíduo obrigado em face de outrem que tem um “direito” a referida conduta, isto é, o direito reflexo de um indivíduo corresponde ao dever do outro²²⁹. O pressuposto de um direito subjetivo é o dever jurídico, já que o direito não existe aprioristicamente, antes de toda a ordem jurídica. A cisão entre direito e dever seria devedora de uma leitura jusnaturalista²³⁰.

Considerando-se que o direito subjetivo de um indivíduo é o reflexo do dever jurídico de outrem, a jurisprudência tradicional acrescenta ao conceito de direito subjetivo a idéia de um interesse juridicamente protegido. Essa definição, segundo Kelsen, exprime a dicotomia entre o direito objetivo e o direito subjetivo. Essa contraposição é, por si, contraditória, pois se o direito objetivo é a ordem jurídica, e o direito subjetivo, um interesse juridicamente

²²⁶ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 143.

²²⁷ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 144.

²²⁸ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 144.

²²⁹ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 144.

²³⁰ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p.144-145.

protegido, essas categorias não podem se submeter a um conceito genérico, isto é, a uma categoria. A contradição que a doutrina tradicional estabelece não pode ser aclarada no sentido de se compreender que o direito subjetivo é um interesse juridicamente protegido pelo direito objetivo – leia-se, a ordem jurídica²³¹.

Partindo-se da constatação de que o Direito é norma, ou um sistema normativo, o direito subjetivo não pode ser compreendido como um interesse protegido pela ordem jurídica. Na verdade, Kelsen afirma que o direito subjetivo é um proteção ou tutela de um interesse, e não um interesse em si. Isso quer dizer que a ordem jurídica liga a ofensa de um interesse, a sanção. Assim, estatui-se um dever de não lesar um interesse²³².

De acordo com Kelsen, não é possível aceitar-se um direito reflexo em se tratando da teoria dos interesses, pois a sanção imposta representa um mal causado àquele que não observa a norma. Isso, porque o interesse de um indivíduo está protegido por meio do dever imposto a outrem, por isso, referido interesse não pode ser aquele contra o qual a sanção se dirige²³³.

Quando se verifica tão somente a imposição de um dever sem o correspondente direito – caso em que não se pode determinar o titular de um direito, o interesse que reclama a tutela da ordem jurídica é um interesse comum. Tal interesse é protegido por meio do dever funcional atinente aos órgãos jurisdicionais. Nesse caso, a sua atuação não se considera um direito subjetivo reflexo, por isso, nem sempre haverá, segundo Kelsen, um dever jurídico e o correspondente direito reflexo, ou seja, pode existir um dever e não necessariamente um direito²³⁴.

À teoria dos interesses se contrapõe a doutrina da vontade, de acordo com a qual o direito subjetivo consiste no poder da vontade conferido pelo ordenamento jurídico. Nessa teoria, se define uma autorização de competência ou poder jurídico, que se concede ao indivíduo – tal concessão é outorgada pela ordem jurídica²³⁵.

²³¹ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 148.

²³² KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 148-149.

²³³ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 149.

²³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 149-150.

²³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 150.

Kelsen define o direito subjetivo em geral como um interesse juridicamente protegido pelo direito objetivo, e como uma liberdade por ele garantida. De acordo com Kelsen, um direito subjetivo está legitimado pela vontade do seu titular, na medida em que é dotado da validade de um dever correlato, considerando-se que as proposições jurídicas definem os limites atinentes à liberdade de ação dos sujeitos. Em todo caso, o *dever ser* não é compreendido em termos deontológicos, mas em termos empíricos, notadamente pautados por uma validade estabelecida aprioristicamente pelo legislador. Às decisões políticas do legislador agrega-se a ideia de sanção, vinculando a validade do Direito àquilo determinado, pelo Estado, já que a “vontade do legislador” representa a vontade estatal²³⁶.

Quando Kelsen desliga o conceito de pessoa dos conceitos moral e natural, anteriormente difundidos, pretendendo lançar mão da autonomia do sistema jurídico, a pessoa é considerada tão somente uma ficção, em torno da qual gravitam os direitos subjetivos. Assim, resta situado o sujeito jurídico como titular daqueles direitos. Isso abre caminho para que a dogmática jurídica interprete os direitos subjetivos tão somente sob uma perspectiva funcional, o que ignora toda a perspectiva normativa atinente ao Direito²³⁷.

O poder jurídico se exterioriza, quando há uma relação entre os pressupostos da sanção decorrente do descumprimento do dever jurídico e a atuação do titular do direito subjetivo em forma de uma ação judicial, mediante a atuação do órgão jurisdicional. O órgão judicial, ao aplicar o Direito, visa à execução da sanção estabelecida quando se verifica o descumprimento do dever. Essa atuação da jurisdição só é possível, quando o titular do direito subjetivo peticiona provocando a atuação do órgão aplicador do Direito. A partir daí, inicia-se o procedimento jurisdicional. Desse modo, a norma jurídica se encontra à disposição do titular do direito subjetivo. Nesse sentido, o direito subjetivo é compreendido, de fato, como um direito atinente ao respectivo titular. Por isso, o direito subjetivo é considerado um reflexo do dever jurídico de outrem, já que o direito subjetivo se reveste do poder jurídico outorgado ao

²³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 151.

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 152.

seu titular de levar a efeito esse direito reflexo de um dever jurídico por meio da ação judicial²³⁸.

O poder jurídico se diferencia do dever no momento em que o primeiro é exercido, e nesse sentido o indivíduo é considerado um 'sujeito' de direito diverso do dever jurídico. Assim, o exercício do poder jurídico subordina-se a uma concessão da ordem jurídica. Somente a partir de tal concessão é que se pode afirmar a existência de um direito em sentido subjetivo. Isto deve ser entendido como um poder jurídico do qual se vale aquele indivíduo que o exerce com o objetivo de fazer valer o dever descumprido pelo indivíduo, que está obrigado à correspondente prestação. O exercício desse poder jurídico é considerado um direito em sentido próprio²³⁹.

Como a teoria tradicional, segundo o autor, considera que todo direito subjetivo contém uma pretensão – notadamente, a conduta que preenche o conteúdo do dever jurídico, identificado com o direito reflexo – tal pretensão só é sustentável juridicamente, quando o exercício do poder jurídico resta provido. Assim, a juridicidade da pretensão decorre somente do exercício do direito de ação pelo seu respectivo titular²⁴⁰.

A ideia de direito subjetivo lançada por Kelsen decorre do fato de que a ordem jurídica considera a conduta do indivíduo, titular do direito, um pressuposto de certas consequências. O poder de vontade conferido pelo ordenamento jurídico ao qual se refere a doutrina tradicional, é o poder jurídico, que o indivíduo exerce por meio da ação judicial. Mas esse poder jurídico, de acordo com Kelsen, deve estabelecer, com o direito reflexo, uma combinação. É essa combinação que exterioriza a essência da norma jurídica. Em síntese, trata-se do direito de ação²⁴¹.

Kelsen esclarece que a função do titular do direito de ação é instrumentalizar o processo judicial. Este culmina a partir do momento em que o órgão jurisdicional, por meio de uma decisão, estabelece uma sanção contra a violação do dever jurídico²⁴².

²³⁸ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 150.

²³⁹ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 151.

²⁴⁰ Kelsen, Hans..., cit., p. 151.

²⁴¹ Kelsen, Hans..., cit., p. 152.

²⁴² Kelsen, Hans..., cit., p. 153.

O erro fundamental da teoria de Kelsen consiste no fato de que ele trata como idênticas as noções de direito subjetivo e objetivo. Sustentar que o direito subjetivo e o direito objetivo são o mesmo, em determinada relação com um sujeito, significa confundir as noções de norma e faculdade. O fato de todo direito derivar de uma norma não demonstra que norma e faculdade sejam a mesma coisa. O direito subjetivo é uma possibilidade de ação de acordo com um preceito, isto é, uma autorização concedida a uma pessoa. A regra jurídica, ao seu turno, é o fundamento de referida faculdade²⁴³.

De acordo com as lições de Eduardo García Máynez, a afirmação de que não há que se falar em direito subjetivo quando uma faculdade jurídica não resta garantida pela ação é falsa. Também é incorreto dizer que o direito à prestação, bem como o de pedir a aplicação da sanção cabível não são faculdades distintas, mas um mesmo direito, em duas relações diferentes. A prova está no fato de que o pressuposto que condiciona a existência do segundo desses direitos – a aplicação da sanção – é como Kelsen o reconhece, decorrente da inobservância do dever correlato do primeiro²⁴⁴.

Por outro lado, tanto a lei como a doutrina, reconhecem a existência de direitos subjetivos, cujo exercício coativo não é possível de se levar a cabo. Tratam-se aqui das conhecidas “obrigações naturais”. Como é notório, os civilistas distinguem duas espécies de obrigações: as civis e as naturais. Quando as obrigações civis não são cumpridas, o credor pode exigir o seu cumprimento por meio da ação, porém, o não cumprimento das “obrigações naturais” não faculta ao credor a possibilidade de exigir, judicialmente, o seu cumprimento. No caso das obrigações civis, o titular do direito correlato possui, além da faculdade de reclamar, a prestação devida, a de pedir a execução forçada; no caso das “obrigações naturais”, o titular tem direito unicamente a determinada prestação²⁴⁵.

Por outro lado, há casos em que a ação existe, sem que exista o direito material. Por isso, os processualistas afirmam que a ação é um direito autônomo em relação ao outro²⁴⁶.

²⁴³ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 194.

²⁴⁴ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 195.

²⁴⁵ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 195.

²⁴⁶ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 196.

Embora García Máñez teça críticas à Kelsen, a sua compreensão do processo remonta à Oskar Von Büllow²⁴⁷, o que representa um risco, para a legitimidade do Direito e da democracia. Pois, quando consideramos que com Fazzalari, o processo passou a ser compreendido como procedimento em contraditório, rompeu-se com a perspectiva instrumentalista do processo, típica de uma compreensão positivista do Direito.

De acordo com García Máñez, os argumentos aduzidos por Kelsen no sentido de demonstrar que os direitos reais e os de liberdade são meros reflexos de um dever geral de respeito, ou como dizem os autores franceses, de uma obrigação universal negativa – abstenção – também não são aceitáveis. Ao criticar a distinção entre direitos à própria conduta e sobre a conduta alheia, Kelsen demonstra algo completamente distinto daquele ao que se havia proposto. É claro que a liberdade e a propriedade são faculdades correlatas de um dever imposto a todas as pessoas – *erga omnes* – mas não consistem em uma duplicação supérflua do conceito de dever, nem se pode dizer que sejam autênticos direitos. A conclusão lógica que se depreende da argumentação de Kelsen é que aquelas faculdades, como todo direito subjetivo, são correlatas de determinados deveres, isto é, reflexos dos mesmos. Ainda admitindo que o termo que se acaba de empregar fosse adequado, a tese deveria ser afastada, porque um direito nunca pode ser considerado cópia ou reprodução de obrigações²⁴⁸.

A teoria aqui discutida poderia ser dirigida aos direitos pessoais. Esses também são reflexos de determinadas obrigações, porém isso não quer dizer que não existam, nem que sejam uma duplicação inútil do dever correspondente. A única coisa que se pode dizer acerca dos direitos de crédito, e de quaisquer outros, é que o direito subjetivo é correlato de um dever geral ou especial, de uma, de várias, ou de todas as pessoas²⁴⁹.

²⁴⁷ Foi Oskar von Büllow que, em 1868, discerniu a ideia de processo, e o inseriu na órbita do Direito Público. Sob a perspectiva Büllowiana, o processo seria uma relação jurídica *sui generis*, desenvolvida constantemente pelos funcionários públicos, abarcando tanto o Estado, como os cidadãos. Foi Oskar Von Büllow quem apontou a necessidade da autonomização do direito processual²⁴⁷. Büllow não entendeu o processo como uma consequência direta de um litígio de direito privado, debatido pelas partes no âmbito dos tribunais, e demonstrou que o processo apresentava regras especiais e princípios próprios que não estavam vinculados ao Direito Material. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 81.

²⁴⁸ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 197.

²⁴⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción...*, cit., p. 197.

Fácil é observar que García Máynez aborda uma perspectiva naturalizante em relação aos pretensos direitos absolutos. E essa compreensão do autor se deve ao fato de que ele se vincula à pandectística alemã, que criou tanto a teoria da relação jurídica, quanto a construção clássica do direito subjetivo.

Desde que aqui assumimos o Direito como uma comunidade coerente de princípios, é a partir da situação jurídica, ou das situações jurídicas relacionais, que podemos problematizar concretamente o que se deve compreender como direito subjetivo. A premissa outrora sustentada pela dogmática civilista, e asseverada alhures por García Máynez, no sentido de que existem direitos absolutos, nada mais reflete do que a pressuposição de que na sociedade moderna consolida-se um mínimo ético, o que não se sustenta, como afirma Lúcio Antônio Chamon Junior, opondo-se aos “deveres gerais de abstenção”:

“Não há, e aqui argumentamos sempre contra Roubier, Savigny e Windscheid, um ‘dever geral’ ou ‘direitos negativos’: antes, o que devemos sempre nos lembrar é que quaisquer direitos e deveres são problematizados a partir de uma situação argumentativamente construída, pois qualquer juízo de adequabilidade que conclua por liberdades ou não-liberdades, sempre é concreto àquela situação a partir da qual o próprio caso, e o Direito, foram interpretados. Não há um ‘dever geral’ desde um ponto de vista da aplicação normativa: podemos é falar em um dever, em princípio, bem como em um dever definitivamente imputado quando problematizamos aquela circunstância, quando trazemos aquela situação para a problematização”²⁵⁰.

Entretanto, ainda que esteja vinculado ao positivismo, García Máynez admite de certo modo, que sempre que houver um direito subjetivo, existirá o dever correlato, não sendo a recíproca, verdadeira, na medida em que o jurista mexicano não considera o direito subjetivo como mera reprodução das obrigações.

Em síntese, sempre que houver um direito subjetivo haverá o correspondente dever imposto a outrem, mas havendo somente a instituição de um dever, não haverá o correspondente direito. Isso justifica, por exemplo, a existência dos conhecidos direitos difusos, já que o seu titular não é individualizado, pois que se fala aparentemente em um direito que pertence à

²⁵⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 110.

comunidade. Enfim, o que Kelsen faz é tão somente oferecer-nos uma leitura sociológica, isto é, meramente funcional acerca do direito subjetivo.

Kelsen resta vinculado ainda à pressuposição de que existe um *ethos* compartilhado, já que o autor se refere ao interesse, cuja tutela jurídica é o direito subjetivo – ou melhor, o dever que se impõe a outrem em face de um direito atinente a determinado indivíduo. É claro que Kelsen ainda que tenha pretendido desvincular o Direito das raízes jusnaturalistas, não o consegue, pois pressupõe que os interesses, isto é, os valores da ordem jurídica são compartilhados por todos os indivíduos, e como se faz notório, a proposta de purificação do Direito pretendida pelo autor não se coaduna com a complexidade que caracteriza a sociedade moderna, permeada por uma infinidade de projetos de vida, cujos autores e destinatários são seus concidadãos livres e iguais, isto é, concidadãos que não são considerados meros objetos do Direito.

1.3.5. Por Uma Nova Compreensão Acerca dos Direitos Subjetivos

Assim como a relação jurídica, o direito subjetivo, também remonta a pandectística alemã do século XIX. Baseados em trabalhos do Direito Romano, que se desenvolveram, principalmente, na Idade Média, a Escola das Pandectas alçou o direito subjetivo à categoria fundamental da dogmática moderna, traduzindo-o na esfera de atuação do sujeito. Pode-se afirmar que o direito subjetivo é o reconhecimento do Estado atinente a certo âmbito de exercício privado²⁵¹.

Diante de tudo o que até aqui se explicitou, não se pode mais compreender o Direito partindo-se de uma perspectiva descritiva de fatos aos quais o Direito confere tutela. Deve-se promover um estudo crítico-discursivo do sistema normativo, visando uma operacionalização normativa legítima e coerente. Nesse sentido, faz-se necessária a problematização. Mesmo que uma situação jurídica seja resolvida de modo coerente com o sistema do Direito, ela não se fecha. Ela se mantém aberta para que outras

²⁵¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 72-73.

problematizações específicas possam ser levadas a efeito em cada caso concreto. Nesse passo, torna-se necessário, para referido propósito, a conjugação entre a teoria e a prática²⁵².

Não restam apartados direito objetivo e direito subjetivo. Tratam-se de categorias complementares. Não há que se falar em direito subjetivo sem direito objetivo, pois se assim se afirmasse retornar-se-ia ao jusnaturalismo, isto é, à metafísica, no sentido de se afirmar que alguém possui direitos independentemente da ordem jurídica. Afirmar que existe direito objetivo sem direito subjetivo, significa reconhecer que o Direito trata apenas da perspectiva atinente à realidade normativa, esquecendo-se da sua finalidade precípua. O Direito é um fenômeno histórico-social. Não faz sentido trabalhar as ideias jurídicas desvinculando-as do mundo do ser²⁵³.

A dogmática civil afirma que o direito subjetivo é considerado um dos efeitos da incidência do direito objetivo sobre o suporte fático, isto é, quando a norma incide sobre o fato, produz-se o direito subjetivo. Nesse sentido, o direito subjetivo é uma consequência do direito objetivo, porém, ineficaz, sem o fato jurídico²⁵⁴.

Nessa senda, o direito objetivo, isto é, o dever-ser que a norma descreve deverá, em algum momento, dar a efetividade na situação social, concretizando a hipótese normativa. Assim, o direito subjetivo se define como um poder de atuação conferido pela ordem jurídica. Cumpre esclarecer que, a ordem jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito não se esgota nas normas postas pelo Estado. Há uma extensão às normas que os indivíduos constroem tanto no processo político – processo legislativo – quanto no processo jurisdicional. O Direito, sob esse olhar, é fruto da autonomia privada, elaborado na argumentação das partes envolvidas²⁵⁵.

Geralmente, ao direito subjetivo corresponde um dever jurídico traduzido na obrigação de realizar determinado comportamento positivo ou negativo. Segundo a teoria personalista da relação jurídica, o dever jurídico nas relações absolutas é um dever de abstenção, que abarca toda a coletividade, e em

²⁵² MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 121.

²⁵³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 84.

²⁵⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 84.

²⁵⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 84.

razão disso, é oponível *erga omnes*²⁵⁶. Por outro lado, as relações jurídicas de direito relativo²⁵⁷ estabelecem apenas um dever ou alguns direitos envolvidos na relação. Desse modo, enquanto nos direitos absolutos o dever jurídico é universal, nos direitos relativos, ele diz respeito a um sujeito determinado, ou determinável²⁵⁸.

Assumindo-se uma postura mais coerente com a “desnaturalização” do Direito em relação aos direitos absolutos, há apenas uma posição: a do titular do poder jurídico. Todavia, pode surgir a figura do sujeito passivo, como no caso de violação de direito por pessoa determinada, o que transforma a situação jurídica em relação, visto que há, a partir daí, o dever de reparação do prejuízo, que decorre da violação²⁵⁹.

Tanto o direito subjetivo como o dever jurídico são situações subjetivas, isto é, referenciais de imputação tutelados pela ordem jurídica. Como situações subjetivas que são, caracterizam-se por se conectarem a pretensão de exercício de poder, que é garantida pelo Estado. Caso o direito subjetivo seja descumprido, o Estado disponibiliza meios de protegê-lo. Os direitos subjetivos compreendem assim, um caráter relacional devedor da noção personalista de relação jurídica, destacando-se os elementos de poder e de garantia²⁶⁰.

A pretensão é o poder que o titular do direito subjetivo tem, no sentido de exigir o comportamento devido, ou de atuar sobre determinada coisa. Essa pretensão é amparada por uma garantia, que se for judicial, manifesta-se pela ação²⁶¹.

A reconstrução crítico-discursiva acerca da Teoria do Direito Moderno não se define aprioristicamente em premissas jurídicas, aplicadas ao caso

²⁵⁶ Cumpre-nos esclarecer que não existem direitos absolutos, isso porque para que se estabeleça uma relação jurídica deve haver dois ou mais referenciais de imputação determinados, já que a indeterminação de um deles descaracteriza a existência do vínculo. As “relações absolutas” são na verdade, situações subjetivas. Somente a partir da individualização do sujeito passivo, pode-se fazer referência à uma relação Jurídica. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 71.

²⁵⁷ Os direitos relativos caracterizam-se pela possibilidade de serem opostos a algumas pessoas. Sua eficácia é restrita, e não vinculam as pessoas que não integram o vínculo, como por exemplo, um contrato, cujos direitos só podem ser exercidos sobre aquele que está comprometido a agir, ou abster-se. Isso porque o contrato não pode vincular uma terceira pessoa, que dele, não participou. NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 61.

²⁵⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 85.

²⁵⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 85.

²⁶⁰ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 85.

²⁶¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 86.

concreto por meio da subsunção da norma ao referido caso²⁶². As interpretações e conceitos do Direito Moderno são construídos argumentativamente de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Os conteúdos e categorias jurídicas que compreendem o sistema do Direito se constroem a partir de problematizações que permeiam a prática jurídica²⁶³.

É mediante uma superação da compreensão relativa e superficial das categorias jurídicas aprioristicamente formuladas pela Teoria do Direito, que se podem aprofundar as estruturas do sistema jurídico-normativo²⁶⁴.

No contexto do Estado Democrático de Direito, os direitos individuais estão inseridos em um espaço intersubjetivamente compartilhado, de modo que tais direitos coexistem igualitariamente. No Estado Democrático, a legitimidade do Direito uma é decorrência da efetivação de iguais liberdades fundamentais para as pessoas que agem sob uma perspectiva intersubjetiva em relação aos vínculos que são tutelados pela ordem jurídico-normativa²⁶⁵.

A legitimidade do Direito se realiza a partir do reconhecimento de iguais liberdades a todos os indivíduos. Nesse sentido, os direitos subjetivos encontram o seu fundamento no exercício livre e igual pelos seus titulares na mesma medida. O direito subjetivo não é apenas uma permissão jurídica compreendida como um direito-liberdade; também não o é no sentido de um direito que se realiza mediante a ação imprescindível do Estado concedente de um direito-crédito²⁶⁶.

O direito subjetivo é considerado o meio de expressão de uma possibilidade jurídica da ação individual relacionado à auto afirmação daquilo que o sujeito do direito pretende assumir como seu, tanto no âmbito das situações jurídicas existenciais, quanto patrimoniais. O direito subjetivo não é, como pretendeu afirmar Savigny, a expressão de um poder de vontade individual. Tampouco se pode compreender o direito subjetivo a partir de uma perspectiva positivista como propalou Windscheid. Essas concepções revelam que o direito subjetivo está conectado a uma solipsista atuação do indivíduo,

²⁶² MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 122.

²⁶³ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 122.

²⁶⁴ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 122.

²⁶⁵ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 125.

²⁶⁶ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 125.

cujo destaque é conferido somente ao titular do direito no momento em que esse é determinado²⁶⁷.

A concepção de Ihering acerca dos direitos subjetivos é também afastada, pois a idéia de interesse revela a valoração individualizada daquilo que melhor serve ao titular do direito²⁶⁸.

O direito subjetivo compreendido como expressão de uma possibilidade jurídica pressupõe sua realização em uma existência compartilhada intersubjetivamente, que não pode ser pensada em abstrato. Tanto o titular do direito, quanto os outros com quem ele interage devem ser considerados, na medida em que o direito subjetivo se realiza em um plano concreto intersubjetivo co-dependente, portanto, todos os sujeitos jurídicos são igualmente relevantes e por essa razão, a situação jurídica é considerada um recorte problematizado argumentativamente a partir do qual se interpreta a existência de um direito subjetivo²⁶⁹.

As compreensões de direito subjetivo e dever restam atreladas uma à outra, na medida em que se apresentam como co-dependentes, no sentido de permitirem que, em dada situação jurídica, o sujeito expresse, ou não, uma esfera de liberdade. É dessa maneira que se efetiva um direito subjetivo. Os conceitos de direito e dever se constituem de maneira correlata, mas não há, necessariamente, a dependência de um em relação ao outro, no sentido de sua efetivação²⁷⁰.

É imprescindível o reconhecimento do outro na situação jurídica para que se garantam iguais liberdades, sustentando-se um equilíbrio entre o direito subjetivo e o dever, tendo em vista que o desrespeito do dever, pela afronta à esfera de não liberdade subjetiva configura ilicitude, assim como o exercício despropositado de um direito implica em ilícito²⁷¹. Concluímos com Diogo Luna Moureira que este é o sentido que se deve atribuir ao artigo 187 do Código Civil de 2002²⁷².

²⁶⁷ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 125.

²⁶⁸ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 125.

²⁶⁹ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 126.

²⁷⁰ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 127.

²⁷¹ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 127.

²⁷² Art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Ao se assumir o direito subjetivo como expressão das esferas de liberdade e não liberdade individuais, contextualiza-se a alteridade, compreendida no conceito de direito subjetivo, antes visualizado sob uma perspectiva egoística. A partir de tal contextualização, constata-se que sua realização está adstrita a análise circunstanciada do caso concreto, a partir do qual as possibilidades jurídicas realizáveis podem se efetivar, sejam elas, liberdades de agir, ou não, ainda que expressem um poder volitivo ou um interesse, desde que sejam partilháveis e exercitáveis intersubjetivamente²⁷³.

Conceituar o direito subjetivo como esfera de liberdade é uma boa expressão, mas sob a perspectiva do Direito Civil, se faz necessário destacar os elementos que a caracterizam, capazes de contribuir para que se diferenciem em relação às outras situações jurídicas. Há efeitos práticos na classificação de referidas situações, que podem sintetizar-se em esferas de liberdade e não-liberdade, mas, além disso, devem-se inserir elementos que diferenciem as várias situações²⁷⁴.

Enfim, o direito subjetivo é uma esfera de liberdade, que consiste na pretensão de atuação sobre uma coisa ou sobre determinado comportamento, garantida pela ordem jurídica²⁷⁵.

²⁷³ MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas...*, cit., p. 127.

²⁷⁴ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...* cit., p. 86. O autor chama a atenção para a necessidade de se especificarem os elementos que caracterizam o direito subjetivo como uma situação jurídica, porque há, também, outras situações jurídicas subjetivas como: o direito potestativo, a sujeição, faculdade jurídica, o interesse legítimo, o poder, e o ônus, espécies de situações jurídicas que não abarcaremos aqui, por extrapolar nossos argumentos que se limitam unicamente à compreensão de uma dessas situações, qual seja, o direito subjetivo.

²⁷⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão...*, cit., p. 86.

2. O DIREITO À VIDA E O ABORTO

O aborto foi considerado pela primeira vez como crime na *Constitutio Bamberguensis* de 1507 e na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que procederam à distinção entre a morte do feto animado e inanimado, estabelecendo em relação à primeira, uma punição mais severa – a pena capital – e em relação à segunda, determinando como pena um castigo aplicado de acordo com o arbítrio dos peritos versados em Direito. O aborto era igualado ao homicídio, distinguindo-se o feto em animado e inanimado. Na França Medieval o aborto era punido como crime gravíssimo com pena de morte, entretanto não se fazia referida distinção²⁷⁶.

O aborto provocado nem sempre foi passível de incriminação. Tanto a lei mosaica quanto a antiga legislação romana o desconsideravam. De acordo com o Direito Romano, o feto era considerado parte do corpo materno. A mulher que provocava ou consentia o aborto dispunha do seu próprio corpo. O recurso ao aborto era um hábito difundido nos tempos de Ovídio, pelas mulheres que desejavam conservarem-se formosas²⁷⁷.

Generalizou-se na Idade Média a punição da *procuratio abortus*, porém, de acordo com as doutrinas de Aristóteles e Plínio, acolhidas pela Igreja, punia-se o aborto do feto já provido de alma, o que ocorria entre os 40 ou 80 dias após a concepção, conforme se tratasse de varão ou de mulher²⁷⁸.

Como a princípio o aborto era tratado com indiferença, ocorria tão somente a punição do terceiro que ministrasse substância abortiva à mulher. O que se punia não era o aborto, mas o dano que daí resultasse para o organismo feminino. A partir do reinado do imperador romano *Septimus Severus*, 20 anos depois de Cristo o aborto passou a ser incriminado, já que sua prática representava a frustração da esperança paterna em relação à sua descendência. Geralmente, as penas eram severas, porém mais brandas quando o aborto era praticado pela própria mãe – o que se conhece como desterro. Entretanto, as penas se agravavam quando o aborto era praticado por

²⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6 ed. rev. aum.e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 35.

²⁷⁷ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito penal: Parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937. v. II. p. 273.

²⁷⁸ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 274.

terceiro – ao lado do desterro, a *confiscatio* ou a *damnatio in metallum*, seguindo-se até a pena capital quando se verificava o propósito lucrativo²⁷⁹.

A ideia da morte de um ser humano punida por meio do homicídio é devedora do Cristianismo. Um problema discutido acerca do momento de penetração da alma no organismo em formação, obrigou à que se distinguísse uma fase do corpo inanimado em que a destruição fetal se punia por meio de pena extraordinária e mais branda; e outra em que o corpo já estivesse configurado, notadamente, entre a 6ª e a 10ª semana de gestação. Nesse caso, havia realmente a configuração do homicídio e aplicava-se a pena capital²⁸⁰.

O argumento que predominava para agravar a situação desta fase era a perda do ser que não havia ainda ingressado pelo batismo à Igreja. Entretanto, a partir do século XVIII, essa distinção foi sendo abolida passando a proteção penal a estender-se sobre o feto desde o momento em que foi gerado, tornando-se regra geral no século XIX. A punição do aborto como homicídio foi acolhida pelos práticos do Direito Penal comum, impondo-se a pena de morte²⁸¹.

Com o Iluminismo, surgiu um movimento pela atenuação das penas nessa espécie de crime, repercutindo nas legislações conduzidas pelo Direito Penal²⁸², porém, no Brasil, o Código Criminal do Império não incriminava o aborto praticado pela própria gestante. A punição do aborto só era levada a efeito, quando praticado por terceiro com ou sem o consentimento da mulher, agravado o último caso, com a duplicidade das penas. O fornecimento de meios abortivos, ainda que o aborto não ocorresse, era definido como crime, duplicando-se a punição, quando o agente fosse médico boticário ou cirurgião²⁸³.

A proteção concedida pelo Direito à vida humana inicia-se desde o momento em que o novo ser é gerado. Com a formação do ovo, do embrião e

²⁷⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.v.3. p. 156.

²⁸⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 156-157.

²⁸¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 157.

²⁸² BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 158.

²⁸³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 159.

do feto, nessa ordem, a norma penal exerce a sua ação com vistas a protegê-lo. O feto é, nesse sentido, tomado por um ser humano em formação²⁸⁴.

O aborto se constitui com a destruição da vida nascente até o momento em que se inicia o processo do parto. Com o início do nascimento, o crime que se configura é o de homicídio, salvo quando ocorre a circunstância que o particulariza, fazendo dele a figura privilegiada, que se denomina infanticídio²⁸⁵.

Em relação ao aborto, houve três tendências no seio da Constituinte. A primeira, queria assegurar o direito à vida desde a concepção, importando a proibição do aborto. A segunda, determinava que a condição de sujeito de direito se adquiria a partir do nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse, era considerada uma responsabilidade da mulher. Esse posicionamento possibilitava o aborto, porém esse entendimento parece não ter saído vitorioso, pois ao que parece a Constituição proíbe o abortamento. A terceira posição, propugnava que a Constituição não deveria tomar partido a favor ou contra o aborto. Essa posição, porém, não saiu vitoriosa, pois ao que parece a Constituição não permite o abortamento. A questão aqui enfocada depende da decisão de quando se inicia a vida²⁸⁶.

De acordo com José Afonso da Silva, no feto existe vida humana. Numa época em que há vários recursos para se evitar a gravidez, não se justifica a interrupção da vida que não se evitou. A questão aqui é decidida pela legislação ordinária, particularmente, a penal, à qual cabe a definição da criminalização ou descriminalização do aborto. Há casos, entretanto, nos quais a interrupção da gravidez é justificável, como por exemplo, a necessidade de se salvar a vida da mãe, ou de gravidez decorrente de estupro, além dos casos cuja interrupção da gestação a ciência médica aconselhar²⁸⁷.

Será, que diante de uma sociedade moderna descentrada, complexa, e permeada pelo multiculturalismo, isto é, de uma sociedade plural, podemos ainda sustentar a sacralidade da vida em todos os casos?

²⁸⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 155.

²⁸⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 155.

²⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. atual. até a emenda constitucional n. 57 de 11 de dezembro de 2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 203.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 203.

Ao discorrer acerca da moralidade do aborto, Ronald Dworkin afirma que a questão a ser enfrentada não se refere ao fato de se considerar o feto como pessoa, ou não, pois várias são as concepções acerca da vida humana e do seu estágio de terminalidade²⁸⁸. Nesse sentido se manifesta o autor:

“[...] não podemos entender o argumento moral que hoje se alastra progressivamente pelo mundo – entre indivíduos, dentro de grupos religiosos e entre eles e as feministas ou na política de vários países – se o entendemos como um argumento centrado na questão de se o feto é ou não uma pessoa. Quase todos compartilham, explícita ou intuitivamente, a idéia de que a vida humana tem um valor objetivo e intrínseco que independe por completo de seu valor pessoal para qualquer pessoa, e a divergência quanto à correta interpretação dessa idéia comum é o ponto crucial do grande debate sobre o aborto. Por esse motivo, o debate é ainda mais importante para a maioria das pessoas do que a questão de se o feto é ou não uma pessoa, uma vez que seu alcance é bem maior – aprofunda a reflexão sobre as diferentes concepções não apenas do valor e da finalidade da vida humana como também do significado e da natureza da morte humana”²⁸⁹.

A problematização acerca do aborto e do direito à vida deve ser levada a efeito reflexivamente, considerando-se as particularidades de cada caso, pois o Direito não está dado em um catálogo de regras subsumíveis abstratamente ao caso concreto. As liberdades subjetivas são institucionalmente problematizadas, seja no processo legislativo ou no processo jurisdicional, isto é, são legitimamente construídas.

Vários são os argumentos que podem sustentar, num discurso de justificação do Direito, uma pretensão de coercibilidade, mas há que se pinçarem determinadas pré-compreensões acerca do tema em comento, tendo em vista que a racionalidade moderna pressupõe o diálogo, e por conseguinte, a dimensão comunicativa da práxis jurídica. Elas conferem à norma jurídica particular do caso concreto – leia-se a sentença - que virá a estabilizar as expectativas de comportamento dos sujeitos por ela afetados, a sua legitimidade.

A valoração da vida humana interessa, no caso concreto, somente aos sujeitos afetados pela norma jurídica. Nesse sentido, é que se pode afirmar

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 41 *et seq.*

²⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio...*, cit., p. 94.

que, objetivamente, a vida é tutelada pela Constituição, já que as múltiplas compreensões acerca da “vida digna”, em razão do pluralismo de projetos de vida dos indivíduos que integram uma comunidade jurídico-política, podem ser reinterpretadas a cada caso. Isso, porque os argumentos construídos para um caso concreto, o foram somente para tal caso em específico, considerando tais indivíduos como sujeitos de direito inseridos no discurso, portanto, como iguais titulares de liberdades fundamentais, que têm as suas expectativas de comportamento estabilizadas legitimamente pelo Direito, na medida em que sob essa perspectiva, a vida é, em princípio, indisponível, pois nem tudo aquilo que é lícito, é, necessariamente, legítimo, afinal, o Direito é o mediador entre a faticidade e a validade. Nesse sentido, se manifesta Lúcio Antônio Chamon Junior:

“O mundo moderno se apresenta como não mais unido tradicionalmente; não há mais a figura de um ‘ser absoluto’ capaz de garantir a unidade valorativa e padrões determinados. O nível pós-tradicional que marca a modernidade deve ser entendido enquanto um processo de constante liquefação, pela pluralidade e pelo reconhecimento do indivíduo enquanto dotado de liberdades públicas e privadas. Na medida em que as liberdades privadas abrem aos cidadãos a possibilidade de eleição de seus próprios valores e projetos de vida – que definitivamente permitem aos mesmos problematizar questões também no espaço público e através do uso das liberdades públicas – é no mínimo inconsistente pretender vislumbrar uma pauta valorativa capaz de ser considerada como a métrica da sociedade. Na medida em que o paradigma Liberal e o paradigma de Bem-Estar Social se apresentam enquanto materializantes, tomando várias pautas valorativas e as universalizando – quem não afirmaria, no período liberal, serem os valores da burguesia os valores da sociedade? – enquanto padrões modernos, no paradigma do Estado Democrático de Direito, justamente por pretender ser democrático, não se pode e não se admite, tomar determinados valores como sendo valores da sociedade referentes a uma *consciência jurídica*: questões valorativas pertencem à dimensão ética que, em sendo diferente da jurídica, não pode pretender qualquer validade ou superioridade no campo do Direito. Se uma compreensão social do Estado, dentro de uma tradição comunitarista que foi se desenvolvendo, reconhecia a diferença entre os cidadãos como maneira de garantir o oferecimento de oportunidades equânimes, uma compreensão procedimental do Estado Democrático de Direito se pauta em um reconhecimento à diferença, diferente do reconhecimento proporcionado por uma leitura de Bem-Estar. Tal postura procedimentalista do Estado Democrático de Direito tem uma dimensão aberta e participativa que se perdia no mundo ‘ético comum’ das leituras de cunho social. A partir do momento em que o Estado Democrático de Direito tem-se o reconhecimento de iguais liberdades a todos, isto, levado a sério, não pode implicar uma métrica valorativa, mas antes uma abertura do espaço público a discussões que possam levar em conta *todas as perspectivas dos participantes*. As questões jurídicas não podem ser

resolvidas com base em valores sempre particulares e referentes a certo grupo social; as questões políticas não podem excluir do debate os afetados, mesmo porque somente será legítima enquanto espaço aberto²⁹⁰.

Ignorar a dimensão comunicativa da práxis jurídica significa não oferecer aos casos difíceis uma interpretação coerente e racional, que considere os concidadãos como titulares de iguais liberdades fundamentais. Em suma, trata-se de ignorar a postura hermenêutica que o Direito Moderno está a nos cobrar.

2.1. O Direito à Vida Como Direito Fundamental

Afirma-se, classicamente, que o direito à vida é considerado essencial ao ser humano, e em razão disso, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição de 1988 assegura em seu art. 5º *caput* a inviolabilidade do direito à vida, isto é, a integralidade existencial humana. Por conseguinte, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental desde a concepção, momento comprovado em que a pessoa se forma²⁹¹.

O direito à vida está constitucionalmente garantido por cláusula pétrea, pois, se considera intangível. Por tratar-se de cláusula pétrea, contra ela, não cabem emendas. Disso decorre uma força que paralisa toda a legislação, seja ela implícita ou explícita que venha a contrariar o texto constitucional do art. 60 § 4º da Constituição de 1988. O art. 5º da Carta Constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, porque incide imediatamente, e porque é intangível, ou não passível de emendas, visto que não pode ser modificado pelo processo normal atinente às emendas constitucionais. Possui eficácia negativa, pois veda qualquer lei que a contrarie. Daí, a sua força paralisante e vinculante, já que não pode ser emendada pelo poder constituinte derivado, salvo, se houver revolução ou um ato de novo poder constituinte, que institua uma nova ordem jurídica. O direito à vida deve ser respeitado ante o que prescreve o texto constitucional. Isso, no que concerne à sua inviolabilidade absoluta, sob pena de destruição ou supressão da Constituição Federal, o que implica a ruptura do sistema jurídico. Inadmissível seria qualquer pressão no

²⁹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal: Do funcionalismo à teoria discursiva do delito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 168-170.

²⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 21.

sentido de se propugnar uma emenda constitucional que versasse sobre a vida humana, como por exemplo, a que diz respeito à legalização do aborto, pois o art. 5º é considerado uma cláusula pétrea²⁹².

O direito à vida é protegido por normas jurídicas, pois apresenta ubiquidade, já que existe em quaisquer ramos do Direito. A vida está acima de toda lei, e é incólume aos atos próprios dos Poderes Públicos devendo ser tutelada contra quem quer que seja, até mesmo contra quem a titulariza, dada sua inviolabilidade e irrenunciabilidade. A vida recebe tanto a tutela civil, quanto a penal. Não se admite qualquer ato que atente contra a vida do nascituro recém nascido, criança, ou adulto, nem mesmo se acatam a eutanásia, a pena de morte, o suicídio ou seu induzimento. Resguarda-se a vida, salvo nas hipóteses fáticas que configurem estado de necessidade, e exercício regular de direito – “excludente de ilicitude” – e de aborto legal – esta, considerada uma causa extintiva de punibilidade. Argumenta-se, sob essa perspectiva, que ninguém poderá ser privado de sua vida de forma arbitrária²⁹³.

A doutrina constitucional clássica afirma que a vida, de acordo com o texto constitucional, não é tratada apenas sob a perspectiva biológica. A vida abarca, também, uma acepção biográfica mais compreensiva. É difícil apreender-se sua riqueza semântica, porque a vida é dinâmica, pois ela se transforma incessantemente, sem perder a sua identidade. A vida é um processo vital instaurado com a concepção, com vistas a manter sua identidade até que muda o seu aspecto qualitativo, deixando assim, de ser vida, para se transformar em morte. Tudo aquilo que interfere de modo a prejudicar o processo vital, vai de encontro à vida²⁹⁴.

O ser dotado de vida é indivíduo, isto é, aquilo que não se pode dividir sob pena de deixar de ser. Nesse sentido, o homem é mais que um indivíduo – é uma pessoa²⁹⁵. A vida humana é um objeto que o Direito assegura constitucionalmente no art. 5º *caput*. A vida integra-se, a partir de elementos materiais – físicos e psíquicos, e imateriais – espirituais. Por essa razão, ela é considerada a fonte primária dos demais bens jurídicos. De nada adianta a Constituição assegurar os demais direitos fundamentais, tais como a igualdade,

²⁹² DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 22-23.

²⁹³ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 24-25.

²⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 197.

²⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 197.

a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se deixasse de erigir a vida humana como um desses direitos. O conteúdo abarcado pelo conceito de “vida” enfoca o direito à dignidade humana, o direito à privacidade, o direito à integridade física, o direito à integridade moral e o direito à existência²⁹⁶.

O direito à existência traduz-se no direito de estar vivo, de lutar pela vida, de permanecer vivo. Trata-se em síntese, do direito de não se interromper o processo vital, senão pela morte espontânea e inevitável. O existir é um movimento contrário à morte. Em razão de se assegurar a vida, a legislação penal pune as formas de interrupção violenta do processo vital. Por isso, se considera legítima a defesa contra qualquer espécie de agressão à vida, bem como, se considera legítimo retirar-se a vida de outrem, nos casos de estado de necessidade da salvação da própria²⁹⁷. Tentou-se incluir no texto constitucional o direito à uma *vida digna*. Referido conceito consubstancia aspectos naturais morais e materiais. Dessa feita, se justificaria o desligamento de aparelhos hospitalares nos casos em que o paciente estivesse vivendo artificialmente. Trata-se aqui da prática da eutanásia²⁹⁸.

Ocorre, que o conceito em tela, trazia implícito algum risco, no sentido de se autorizar a eliminação de alguém acometido de uma deficiência mental de tal maneira, que se pudesse concluir que não teria uma existência humana digna. Em razão disso, preferiu-se não se acolher o conceito²⁹⁹.

Em princípio, e sob a perspectiva positivista, essas considerações podem até mesmo ser invocadas, porém, não são racionais. É claro, que objetivamente, a vida está tutelada pelo texto constitucional, porém, é em princípio inviolável. Isso, porque se deve atribuir sentido ao que modernamente se compreende como vida, mais ainda, como vida digna, já que a dignidade da pessoa humana foi erigida como princípio constitucional – notadamente como entendemos, um princípio neutro, característico da Modernidade. Neutro, porque como se poderá constatar oportunamente, princípios, não são valores. Afinal de contas, não há, na Modernidade, um centro que determine quais os valores regentes da comunidade, em razão do multiculturalismo e do processo de descentração social.

²⁹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 198.

²⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 198.

²⁹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 199.

²⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 199.

O que se argumenta aqui, é a necessidade de uma abertura hermenêutica contextualizada, que tome em consideração os sujeitos de direito inseridos no discurso – titulares de iguais liberdades fundamentais. Afirmamos sim, que em princípio, o direito à vida é indisponível. Em princípio, e de acordo, com as particularidades que o caso concreto que o tenha como objeto problematizável, determinar³⁰⁰.

³⁰⁰ Com vistas a esclarecer qual é o sentido dado à expressão “vida digna”, cabem aqui algumas considerações acerca da eutanásia. O termo *etutanásia* abrange vários sentidos – ‘morte bela’, ‘morte suave’ ‘tranquila’, sem dor nem padecimento. Fala-se de eutanásia quando se quer referir à morte de alguém provocada por outra pessoa, quando o enfermo se encontra em estado agônico ou pré-agônico, com a finalidade de liberá-lo do sofrimento decorrente de doença incurável, penosa ou tormentosa. A eutanásia, denomina-se, por isso, *homicídio piedoso*. É uma forma de interrupção não espontânea do processo vital, implicitamente vetada em razão da consagração do direito à vida no texto constitucional. Logo, mesmo que o enfermo lúcido externe o consentimento no sentido de querer dispor de sua vida, tal manifestação é vedada, já que, mesmo nesse caso, não se exclui o sentido delituoso da eutanásia do Direito Pátrio. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 202.

A eutanásia também pode ocorrer quando o enfermo não está em condições de manifestar o seu consentimento válido, no que se refere à interrupção da vida. Além de razões religiosas, a punibilidade da eutanásia se justifica por motivos científicos, e de conveniência, como por exemplo, o erro de diagnóstico, a descoberta de um remédio, e eventuais pretextos abusivos, motivos morais e jurídicos inclusive, pois à vida humana se atribui um valor pelo *ethos comum* e pela ordem jurídica, no sentido de não se privar o ser humano do seu direito de existir. Além do mais, outra razão que justifica a punibilidade da eutanásia abarca o sentimento de piedade, já que soa aversiva a supressão da vida de um semelhante. Isso revela a personalidade sanguinária, ou no mínimo propensa à prática de delitos, daquele que a comete. A eutanásia não mereceu atenção quando da realização da Constituinte. SILVA. José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 202-203.

O simples desligamento dos aparelhos hospitalares não caracteriza a eutanásia do paciente clinicamente falecido, pois o que há nesse caso é somente uma vegetação mecânica. Contudo, é necessário o dolo ou a culpa quando da apreciação do estado do paciente. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., p. 203. Ao que parece, Jose Afonso da Silva oferece-nos uma interpretação axiologizante e eticizante acerca do direito à vida. Será que não poderíamos, a partir de uma abertura hermenêutica, compreender que o direito de morrer também é um direito fundamental? Ninguém tem direito à dignidade, nem meso, trata-se de um valor inato da pessoa humana. A dignidade é uma reconstrução principiológica por tanto, racional da Modernidade.

Em rápida síntese, para a configuração da eutanásia são necessários quatro elementos – o requerimento por parte do paciente; a piedade, em razão da indigna situação do indivíduo; a gravidade da doença, e a realização do ato pelo profissional da medicina. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: Eutanásia e suicídio assistido*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. cit., p. 136.

Nos casos de eutanásia ativa, a atuação do médico por meio do encaminhamento do pedido ao judiciário pelo profissional responsável, além de dois médicos independentes, que participem do diagnóstico com ciência do hospital em que se encontra o doente, é uma maneira célere de garantir a atuação do médico. Ao referido documento deveriam ser anexadas todas as provas existentes, isto é, um laudo pormenorizado, cópias dos exames, e quando possível, o pedido por escrito emitido pelo paciente. Seria adequado que se oferecesse ao paciente que pediu para morrer, um acompanhamento psicológico com vistas a verificar a sinceridade da manifestação. Dessa maneira, não haveria que se falar em penalização do ato. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 136-137.

Nos casos em que o paciente não pode externar a sua manifestação, torna-se imperioso a manifestação da família – descendentes, ascendentes e cônjuge. As manifestações volitivas deveriam ser convergentes, ou dever-se-ia verificar a situação concreta em atenção aos

O que se pode desde já adiantar, é que a tradição interpreta o direito à vida como um direito fundamental indisponível. Por outro lado, de acordo com a perspectiva que pretendemos apresentar, quando consideramos o Direito como uma comunidade coerente de princípios, interpretações exegéticas, como as que a tradição realiza, não se sustentam. Interpretar o direito à vida como indisponível, em todos os casos, é não levar a sério a reconstrução da prática jurídica que o Direito está a nos cobrar.

Tradicionalmente, sustenta-se que o direito a vida é caracterizado por apresentar uma titularidade social, não individual. Assim, o princípio da indisponibilidade da vida é consequência de referida assertiva³⁰¹.

Há, porém, uma corrente contemporânea, que afirma a disponibilidade da vida, sendo certo o reconhecimento da disponibilidade da vida ao seu titular, em razão do respeito à dignidade da vida de cada indivíduo. Não se trata, nesse caso, de uma referência retórica, mas sim, de um caráter normativo, considerando-se que o ser humano é um fim em si mesmo – a ele tocam os direitos subjetivos, o exercício de situações subjetivas e o delineamento dos planos de vida³⁰².

O que deve ser ressaltado é que não há como se proceder a um esgotamento das questões aqui ventiladas a partir de um catálogo de regras. Os problemas devem ser analisados de acordo com suas particularidades, e de acordo com as questões suscitadas no caso concreto, aplicando-se o princípio mais adequado à situação³⁰³.

Há que se atribuir um sentido coerente ao significado da vida para o Direito Moderno. Nesse sentido, o que significa a “vida digna”? No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é expressa em seu art. 5º, e respectivos incisos,

familiares mais próximos do enfermo. Em situações nebulosas, entretanto, a solução do caso concreto deverá ser tomada a partir da sua análise, por meio de ação judicial. SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 137.

Retirar-se a vida de outrem não significa, sob a perspectiva do Direito Moderno, a assunção de uma prática ilegítima. Ao se assumir o Direito como um sistema de princípios o *matar ou deixar alguém morrer* em determinadas circunstâncias, especificamente, as do caso concreto, deve ser interpretado como respeito ao direito à vida, pois o direito de morrer tem como pressuposto a garantia de compreensão e privadas acerca da “morte boa” e da “vida boa”, que por sua vez, são co-dependentes. O direito de morrer pressupõe a garantia de compreensões privadas acerca de “morte boa” de “vida boa”, vez que co-dependentes. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Prefácio à 2ª Edição p. 26.

³⁰¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 132.

³⁰² SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 132-133.

³⁰³ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 138.

ao tratar de garantir o direito à vida a qualquer pessoa individual, ao disciplinar a matéria em capítulo próprio – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A Carta Constitucional estabelece como um dos fundamentos da República a cláusula geral de tutela, expressa pelo princípio da dignidade da pessoa humana no inciso III³⁰⁴.

Entendemos que a vida abarca não somente uma perspectiva meramente biológica quantitativa, que tradicionalmente, é delineada pela respiração. A vida deve ser encarada, também, sob a sua perspectiva qualitativa, como ressalta Maria de Fátima Freire de Sá, ao se manifestar acerca dos pacientes terminais:

“Tem-se que não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento de organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado de Direito, simplesmente, porque o preço dessa obstinação é uma gama indizível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não somente a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer. A liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que essa última não deve, necessariamente, ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida se transformar em idolatria. E a consequência do culto idólatra à vida é a luta, a todo custo, contra a morte”³⁰⁵.

Como se nota, a vida não pode mais ser compreendida como o mero processo respiratório do corpo humano, nem é, em princípio, um bem indisponível. A vida digna, é assim compreendida, sob o viés qualitativo, que possibilita ao ser humano a sua constante autodeterminação, na medida em que, durante a vida vai construindo a sua personalidade, que inserida no âmbito do Direito, em um caso concreto, denota a sua personalidade jurídica em razão da argumentação produzida no referido caso. Viver não significa tão somente respirar, mas sim se autodeterminar.

Ora, a questão central a ser enfrentada pelo Direito Moderno é que se devem garantir as condições legítimas de produção das normas jurídicas, já

³⁰⁴ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 31.

³⁰⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 32-33.

que o Direito da Modernidade sempre teve de lidar com uma sociedade cada vez mais complexa, e que em razão do processo de modernização que vem sofrendo, tornou-se dessacralizada e descentrada³⁰⁶.

Em uma sociedade Moderna, a abertura ao reconhecimento do pluralismo, tanto na esfera pública, quanto na privada, tem como pressuposto uma não hierarquização de valores compartilhados por todos os cidadãos. É no pano de fundo da Modernidade, que se pode resgatar a racionalidade perdida da *práxis* jurídica em termos fortes, isto é, legítimos do Direito. Para que se reconheçam iguais liberdades, não se pode estabelecer como limites dos direitos, a nossa compreensão particular, daquilo que é *bom*. Se assim fosse, não nos reconheceríamos como capazes de iguais direitos, porque estabeleceríamos a nossa perspectiva parcial daquilo que é bom para cada um de nós, para os outros, vedando-lhes o direito de decidir acerca daquilo que, para eles, representa a sua concepção de “vida boa”³⁰⁷.

É a construção moderna dos direitos fundamentais, que garante espaços privados e públicos de construção de manifestação de opiniões das concepções de vida que se diferenciam. A garantia dos direitos fundamentais apresenta um nexo interno, ante a democracia, na medida em que somente por meio do reconhecimento de iguais direitos, que garantam uma autonomia jurídica pública e privada, é que nos permitimos enxergar-nos como autores e destinatários do Direito Moderno na comunidade jurídica³⁰⁸.

Quando se garantem construções privadas de concepções de “vida boa”, elas não podem ser limitadas por valores que indiquem uma determinada acepção do que é “bom”, supostamente assumidos como valores da sociedade³⁰⁹.

³⁰⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O direito..., cit., p. 19.

³⁰⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O direito..., cit., p. 23-24.

³⁰⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. O direito..., cit., p. 24.

³⁰⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antonio. O direito..., cit., p. 24.

2.2. A Tutela Jurídica da Vida no Âmbito do Direito Penal Brasileiro

A doutrina sustenta, classicamente, seguindo uma orientação típica do Estado de Bem-Estar, que dentre os bens jurídicos titularizados pelo indivíduo, e para cuja proteção, o ordenamento jurídico socorre-se da repressão penal, a vida é considerada o bem mais valioso. A conservação da pessoa humana é a base de tudo, e sua primeira condição é a vida humana, compreendida para além de um direito, já que trata-se de uma condição básica de todo direito individual, pois sem ela, não há que se falar em personalidade, e sem esta, não se cogita acerca de direito individual³¹⁰.

Embora o “bem jurídico” em pauta seja considerado a essência do indivíduo enquanto ser vivo, a sua tutela jurídica interessa tanto ao indivíduo, quanto ao Estado, recebendo assento constitucional determinado pelo art. 5º *caput* da Constituição de 1988. O respeito à vida humana é, sob essa perspectiva, um imperativo constitucional, cuja preservação eficaz recebe, ainda, a tutela penal da ordem jurídica. A sua relevância extraordinária como base de todos os direitos fundamentais atinentes à pessoa humana impede que o Estado possa suprimi-la, na medida em que a Constituição de 1988 estabelece que não haverá a pena de morte, excepcionada a hipótese de guerra declarada. Além do mais, todo ser humano tem Direito à vida, um integrante dos denominados direitos do homem, isto é, direitos que o homem deve ter reconhecidos enquanto considerado pessoa humana, cuja proteção estende-se, não somente em relação aos abusos estatais e governamentais, mas principalmente, nas relações dos indivíduos entre si³¹¹.

Considerando-se, que o direito à vida seja um direito subjetivo público, que deve ser respeitado pelo próprio Estado, é, também, um direito privado, inserido dentre os direitos que constituem a personalidade. Isso não implica, porém, que o indivíduo possa dispor livremente da vida. Não há que se falar em direito sobre a vida, isto é, um direito de dispor validamente da própria vida. Significa dizer que a vida é um bem jurídico indisponível, pois se constitui um

³¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte especial*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 2. p. 28.

³¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 29.

elemento necessário dos demais direitos. Não se aceita ou se recusa a vida simplesmente. Só se renuncia o que se possui, e não, o que se é³¹².

Por conseguinte, embora o suicídio não constitua crime em si, não se afirma a sua licitude. Indiscutivelmente, quando se trata do tipo penal de homicídio, o bem jurídico tutelado é a vida humana. A relevância da vida justifica a proteção conferida pela ordem jurídica antes mesmo da existência do homem, isto é, desde o início do processo de existência do ser humano, com a constituição do ovo, estendendo-se até o seu final, quando se opera a sua extinção. Entretanto, o crime de homicídio cinge-se à supressão da vida somente a partir do momento em que se inicia o parto, quando o novo ser começa a se tornar independente do organismo materno. Não é relevante a circunstância de que a vítima se encontra prestes a morrer, assim como é irrelevante que a vida tenha sido abreviada por pouco tempo³¹³.

Embasando-se na mesma justificativa, para a ordem jurídica, é irrelevante a pouca probabilidade de sobrevivência do neonato. Condições físico-orgânicas que demonstrem pouca ou nenhuma probabilidade de sobrevivência não afastam o seu direito à vida, tampouco o dever de se respeitar o direito a ela, que é imposto por lei³¹⁴.

No que toca ao tipo penal de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, o bem jurídico tutelado também é a vida humana. Alguns autores como Enrico Ferri sustentavam que o homem poderia livremente dispor da sua vida, não devendo o Estado exercer qualquer intervenção. Entretanto, não há que se falar da existência do direito de morrer, pois não há um direito sobre a própria vida, ou seja, um direito de dispor da própria vida validamente. Em síntese, a vida é um bem jurídico indisponível³¹⁵.

Seria uma insensatez criminalizar o suicídio em si, observando-se as finalidades da sanção criminal. Seria indefensável, sob a perspectiva criminal, apenar-se um cadáver. Sob o ponto de vista preventivo, seria inócua a coação psicológica contra aquele que não se pode intimidar sequer com a superveniência mediata da própria morte. Por questões de política criminal, o Estado renuncia a punição de quem lança mão do suicídio a fim de resolver

³¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 29.

³¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 30.

³¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 30.

³¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 115.

seus conflitos interiores, que não consegue solucionar e, sequer, conviver. Não seria admissível pensar na punição da simples tentativa de suicídio.³¹⁶

O suicídio representa uma ofensa aos interesses morais e éticos do Estado, e é punível, não só pela incolumidade de referida proposição. Entretanto, a ausência de tipificação criminal da conduta em tela não afasta a sua ilicitude, pois a supressão de um bem jurídico indisponível caracteriza o cometimento de um ato ilícito. A ordem jurídica compreende o suicídio como um fato imoral, sociamente danoso, que deixa de ser considerado irrelevante sob o viés penal, quando com a conduta da vítima concorre energia individual diversa provinda da manifestação volitiva de outro ser humano³¹⁷.

A sua natureza ilícita é o que legitima, por exceção, a coação exercida para impedi-lo, conforme dispõe o art. 146, §3º, II do Código Penal, não se consubstanciando o crime de constrangimento ilegal. Dessa forma, embora o suicídio não seja considerado crime, por faltar-lhe a tipicidade e a culpabilidade, não se pode defender a irrelevância do suicídio para o Direito Penal. Com vistas a reforçar a proteção da vida humana, em razão da dificuldade e da inocuidade em punir-se o suicídio, o legislador brasileiro pune toda e qualquer participação em suicídio seja ela moral ou material. A repressão atinente à participação em suicídio é politicamente justificável e a sanção penal é legitimamente aplicável com vistas ao atendimento das suas finalidades declaradas³¹⁸.

Para que se possa falar em cometimento de crime, é indispensável que o resultado produzido seja a morte, ou pelo menos, lesão corporal de natureza grave. Não sobrevivendo tais resultados, não se poderá falar em crime³¹⁹.

Em relação ao tipo penal de infanticídio, o bem jurídico tutelado assim como no de homicídio é a vida humana. Trata-se de proteção concedida à vida do ser nascente ou recém-nascido. Comparando-se os crimes de homicídio e infanticídio, destacam-se duas particularidades: uma, que diz respeito aos sujeitos do crime; e outra, que se refere ao período da vida a que se destina a proteção legal. No que toca aos sujeitos do crime, no polo passivo, só pode figurar o filho, enquanto o polo ativo é ocupado somente pela mãe

³¹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 115-116.

³¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 116.

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 116.

³¹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 116.

emocionalmente fragilizada, em razão do estado puerperal, afora a participação de terceiro; no que se refere ao aspecto temporal, somente durante o parto ou logo após a sua consumação³²⁰.

Atualmente não se procede à distinção entre a vida biológica e a vida autônoma, ou extra-uterina. A capacidade de vida autônoma é irrelevante, sendo suficiente a constatação de vida biológica, que pode ser representada pelas atividades funcionais características do feto antes de vir à luz³²¹.

No crime de aborto, o bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, embora não se trate rigorosamente de crime contra a pessoa, nesse caso. O feto ou embrião não é pessoa, embora não possa ser considerado mera esperança vital – ou simples parte do organismo materno – em razão de apresentar vida própria. Além do mais, o embrião e o feto recebem tratamento autônomo do ordenamento jurídico. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege, também, a incolumidade da gestante. Os direitos do nascituro também são assegurados desde a concepção pelo Código Civil, notadamente, nos artigos 357, 359 e 1.718³²².

Aníbal Bruno argumenta que variantes atinentes às interpretações que tomem em consideração a punibilidade do aborto, seja, como meio de salvaguardar a vida da gestante; em razão do equilíbrio demográfico; por motivos raciais ou para se manter a continuidade ou a sanidade da descendência, não são condizentes com relevância superior que se deve dispensar à vida humana, refletindo posições superadas. Segundo o autor, esses argumentos podem ser invocados com a finalidade de, também, atender às concepções ou intuitos políticos³²³.

Entretanto, o penalista em citado afirma que, no aborto ofendem-se, simultaneamente, outros bens jurídicos, dentre eles, aqueles cuja tutela é legítima. Logo, consideram-se secundariamente protegidos pelo Direito Penal, e sob determinadas perspectivas podem se tornar preponderantes³²⁴.

Ora, em uma sociedade que não é determinada por um *ethos* compartilhado, é impossível, porque incoerente, sustentar-se ainda a teoria dos

³²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 138-139.

³²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 139.

³²² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit. P. 158.

³²³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 161.

³²⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 161.

“bens jurídicos”. Isso porque, houve uma ruptura da Dogmática Penal em termos meramente funcionalistas eticizantes, já que caberia ao Direito Penal tutelar os “bens jurídicos” “mais relevantes” da sociedade. A dogmática penal que estava outrora sustentada na noção de “mínimo ético” sofreu uma ruptura e uma modificação paradigmática em termos discursivos, em razão da pluralidade dos projetos de vida dos concidadãos livres, iguais e responsáveis, na medida em que sob a perspectiva discursiva, o Direito somente pode ser reconhecido por todos, quando um homem reconhece e respeita os demais como sujeitos igualmente responsáveis³²⁵.

O sujeito somente é passível de responsabilização se compreendido como dotado de liberdade que o torna tanto ator quanto autor do ato que pratica³²⁶. Essa compreensão do Direito pressupõe uma liberdade comunicativa no âmbito público de concepções privadas de vida e de múltiplos valores, o que se torna uma característica própria do processo de modernização da sociedade rompendo-se com a concepção de vida correta típica do Estado de Bem-Estar:

“A grande problemática de se compreender o Direito como capaz de ser aplicado, levando-se em conta uma possível força decisiva dos valores, erradicaria na ilegítima situação de se estar privilegiando, quando da aplicação do Direito, uma determinada concepção de vida boa, que, enquanto tal, não é capaz de ser considerada como *marco* ou *padrão*, em um Estado Democrático de Direito. Às *consequências práticas* devemos permanecer alerta na medida exata em que a *Dogmática Penal* tem-se construído com base em noções como ‘*bem jurídico*’ – enquanto ‘*valores*’ ou ‘*interesses*’ tutelados e que, enquanto *tais*, sempre parciais e relativos – e de ponderação de bens jurídicos”³²⁷.

O Direito se impõe pelo poder, mas não se trata de um poder legitimado pela violência. A obrigatoriedade do Direito está vinculada a um poder comunicativo, legitimamente traduzido em poder administrativo quando se executa uma coerção por meio de instrumentos jurídicos³²⁸.

³²⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 173.

³²⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 187.

³²⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 181.

³²⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 187.

2.3. O Conceito de Aborto e a Sua Disciplina Jurídica no Ordenamento Pátrio

O Código Criminal de 1890 procedia a uma distinção do aborto nos casos em que havia ou não a expulsão do feto, atribuindo ao primeiro, pena mais gravosa. A agravação era maior ainda, se ocorresse a morte da gestante em consequência do aborto ou dos meios empregados para levá-lo a cabo. O diploma em comento também incriminava o aborto provocado pela própria gestante, porém atenuava-se a pena, se o crime fosse cometido para ocultar desonra própria³²⁹.

Atualmente, no Brasil, a disciplina jurídica atinente ao aborto obedece ao texto normativo dos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal Brasileiro. No artigo 128 estão arroladas as hipóteses de “excludentes especiais de ilicitude”.

De acordo com Maria Helena Diniz, há na Medicina, uma distinção entre o aborto e o parto prematuro esclarecida nos seguintes termos:

“Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o *aborto* seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intra-uterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o *parto prematuro* ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo, o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois bastará o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade”³³⁰.

O aborto é suscetível de diversas classificações. Quanto ao seu objeto, poderá ser: a) *ovular* quando praticado até a 8ª semana de gestação b) *embrionário* quando praticado até a 15ª semana de vida intrauterina, isto é, até o 3º mês de gestação e c) *fetal* quando levado a efeito após a 15ª semana de gestação³³¹.

No que toca à causa de sua provocação o aborto poderá ser classificado como: a) *espontâneo*: quando a interrupção da gestação ocorrer naturalmente, e não, intencionalmente, seja em razão de doenças que surgiram no decorrer

³²⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 159-160.

³³⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 30.

³³¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 31.

da gestação, por péssimas ou precárias condições de saúde da gestante precedentes à fecundação, como, por exemplo, a sífilis, anemia profunda, cardiopatias, diabetes, nefrite crônica etc. ou por defeitos estruturais do ovo, embrião ou feto. b) *acidental*: quando inexiste qualquer propósito no sentido de se interromper o ciclo da gestação provocada por um agente externo, como o susto emoção violenta ou traumatismo, sem que haja ocorrido qualquer ato culposos – leia-se negligência, imprudência ou imperícia. c) *provocado*: se a gestação for interrompida por deliberação da própria gestante ou por terceiro, com ou sem o seu consentimento, mediante o concurso de causas extrínsecas ou ainda, de agentes externos, sejam físicos, químicos ou mecânicos, que visem atender motivos psicológicos, terapêuticos eugênicos, econômicos morais, sociais podendo, sob esse viés, se tratar de aborto criminoso ou legal³³². Tratar-se-á ainda de aborto estético, se a gestante proceder à interrupção da gestação, por não querer deformar o seu corpo³³³.

O Código Penal brasileiro não define propriamente o aborto. Adota uma fórmula genérica indeterminada – provocar aborto. O seu sentido é determinado pela jurisprudência e pela doutrina. Assim, geralmente se admite que provocar aborto significa interromper o processo fisiológico atinente à gestação, com a conseqüente morte fetal³³⁴.

O aborto tem sido, muitas vezes, definido como a expulsão prematura do feto ou como a interrupção do processo de gestação, porém nenhum desses fatos isoladamente considerados bastará para caracterizá-lo. Não se trata da simples interrupção da gravidez, cujo término se dá no início do parto, pois o feto pode ser expulso vivo e em condições de sobreviver, continuando o processo vital ou sendo morto por meio de nova ação punível, configurando-se crime diverso. A expulsão do feto nem sempre é necessária, já que o feto pode no útero permanecer como se fosse um corpo anexo, ou pode ainda ser pelo mesmo absorvido. Também, não basta, para a definição do aborto, a morte do feto, se essa não é resultante dos atos praticados com vistas a interromper-se

³³² DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 31.

³³³ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 33.

³³⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 160.

a gestação, ou se a morte fetal ocorre em razão da sua própria imaturidade pela expulsão prematura por eles provocada³³⁵.

É necessário que ocorram os dois requisitos, acrescidos da morte do feto. Somente com a morte fetal se consuma o crime em tela³³⁶. Ressalta-se, que deve haver, também, o elemento subjetivo do tipo penal.

A ação consiste na extinção da vida do ser que está em formação, ou seja, trata-se de toda a ação dirigida a dar morte ao feto. A consumação do crime se dá com a morte do feto. Logo, a materialidade do tipo penal aborto tem como pressuposto a existência de um feto vivo, bem como a gravidez em curso. Por isso, se exige prova no sentido de que o feto ainda vivia quando da prática da ação abortiva, e de que em consequência dela, o feto veio a morrer. Significa dizer que se considera a morte fetal como o resultado direto das manobras abortivas, ou da imaturidade do feto para viver no meio exterior, na expulsão por elas provocada³³⁷.

A fase da evolução do feto durante a qual se promove o aborto não interessa. A proteção penal concedida ao feto nessa figura punível, estende-se, desde o instante da fusão das células germinais, que resulta na constituição do ovo, até o momento em que se inicia o processo do parto. É evidente que os meios preventivos de concepção não são alcançados pelo conceito do aborto³³⁸.

De igual maneira não importa o momento em que ocorre a morte do feto. Ou ele morre no útero, depois de expulso, ou ali se dissolve, e se mumifica ou petrifica, não havendo expulsão; ou ainda, é expulso vivo e vem a morrer em razão das práticas abortivas; ou porque a sua imaturidade não permite que viva no mundo exterior. Pode-se então, determinar diretamente a morte do feto implicando a cessação da gestação, ou pode-se produzir a expulsão fetal com a sua morte consequente³³⁹. O feto deve ser uma formação fisiológica em condições de se constituir em um ser humano, embora possa apresentar as mais graves anomalias e deformações³⁴⁰.

³³⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 160.

³³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 159.

³³⁷ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 161.

³³⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 161-162.

³³⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 162.

³⁴⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 162.

Por motivos diversos, a gravidez em que o desenvolvimento fetal ocorre fora do útero, nos seus anexos ou interstícios não pode chegar a termo, pois com o crescimento do feto, nessas circunstâncias, constitui - se grave perigo para a vida da gestante. A interrupção da gestação se impõe em razão da impossibilidade de ser levada até o fim, devendo eliminar-se o feto por meio de intervenção cirúrgica. Nesse caso, não há propriamente o aborto – trata-se de um ato da Medicina³⁴¹.

Ocorre tentativa inidônea, e conseqüentemente, a não punibilidade do ato, por inadequação absoluta do objeto, isto é, inexistindo gravidez, ou se o feto já estava morto antes da realização das práticas abortivas. Também não haverá punibilidade, quando restar configurada a inadequação absoluta do meio, ou seja, quando o meio é inapto para produzir o resultado, como por exemplo, rezas, feitiçarias, administração de substâncias inertes. Todavia, deve-se considerar que pode haver casos em que a fé da gestante seja tão grande, ou o choque emocional nela determinado por meio dessas práticas que se corre o risco de se provocar o aborto, ou o seu início e posterior consumação³⁴².

De acordo com as lições de Roberto Lyra e Nelson Hungria, para que o tipo penal aborto se configure, é necessária e suficiente a interrupção da gravidez. Esse é o critério médico legal ao qual se afeiçoa a noção jurídico-penal. De acordo com a lei pátria, o aborto é considerado um delito de perigo. Para que haja a sua consumação, não é necessário que o agente atinja o fim visado. A simples tentativa é considerada crime perfeito. Basta que o agente empregue os meios abortivos. A expulsão do feto é tão somente uma condição objetiva de maior punibilidade³⁴³.

O núcleo do tipo penal está reduzido à locução provocar o aborto, no sentido de se interromper o curso da gestação, com a conseqüente morte do feto. Não importa que a concepção resulte de ato sexual, ou de inseminação artificial³⁴⁴.

Para que ocorra o aborto, são essenciais: a existência de gravidez; o emprego de quaisquer meios para a sua interrupção, consiga o agente, ou não,

³⁴¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 162.

³⁴² BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 162-163.

³⁴³ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 272-273.

³⁴⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 160.

o seu fim; e também, o dolo específico. A lei não faz distinção entre gérmen, embrião ou feto. Qualquer que seja a fase da gestação, compreendida desde a concepção até o parto, a sua interrupção provocada configura o crime de aborto. Inexistindo gravidez, isto é, tratando-se de falsa percepção da realidade, ocorre um delito putativo, que não é passível de punição, embora o agente possa responder por crimes de lesões corporais conseqüentes dos meios abortivos empregados³⁴⁵.

Comprovada a prática de aborto, a perícia medica deverá averiguar: a) *existência da gravidez*, pois se não houver gestação, tratar-se-á de crime impossível por impropriedade do objeto. É necessário o diagnóstico da gravidez atual ou pregressa, por meio de modernos recursos médico-legais, bem como pelo uso de provas biológicas, evitando-se quaisquer alegações falsas; b) a *realidade do aborto*, por meio do exame do produto oriundo da concepção - ovo, embrião ou feto – se encontrado, ou de seus anexos – placenta, cório, caduca – ou ainda, pelo exame realizado na gestante para se verificar se há sinais de traumatismo genital esclarecedor ou alguma lesão no útero, constatada por meio do exame nos ovários etc.; c) a *natureza do aborto*, ou seja, se foi espontâneo ou provocado, já que a prática desse crime requer dolo. O aborto será espontâneo, se a expulsão do produto da concepção ocorrer em razão da falta de vitalidade, anomalias placentárias, incompatibilidade de fator Rh, perturbações endócrinas etc. Para que se tenha certeza da prática do crime, deve-se encontrar, por exemplo, algum instrumento abortivo no todo ou em parte no corpo da gestante, lesões no concepto, traumas nos órgãos genitais, tais como lesões na vulva, vagina ou útero, secreções purulentas ou sanguinolentas etc. d) a *época do abortamento* constatada por meio da observação do estado uterino da gestante, notadamente, seu comprimento, altura e volume ou pelo desenvolvimento do produto da concepção expulso, isto é, sua dimensão, pontos de ossificação, peso, pêlos, unhas etc. e) a *data da manobra abortiva*, examinando-se se ocorrera a expulsão do concepto, suas lesões e as da gestante, e, nos casos de não expulsão do produto da concepção, o estado de sua conservação e de absorção pelo organismo materno, a mumificação levada a cabo, a maceração

³⁴⁵ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 278.

ocorrida e as lesões provocadas na gestante; f) a *lesão corporal ou a morte da gestante* provocada pelo aborto. Em regra, os abortivos causam lesões nos órgãos genitais, nas vísceras intestinais, na bexiga, podendo causar a morte mediata, em razão de infecções, inclusive. A morte da gestante será imediata quando ocorrer em razão de hemorragia, embolia gasosa ou inibição³⁴⁶. Os meios abortivos³⁴⁷ podem ser mecânicos, como por exemplo, punção de membranas e injeções intrauterinas; ou químicos, como por exemplo, a propinação de venenos orgânicos (ergotina) ou minerais (fósforo, arsênico,

³⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 42-43.

³⁴⁷ Maria Helena Diniz traz à baila uma explicitação detalhada dos meios abortivos idôneos nos seguintes termos: “[...] Tais técnicas podem ser: *Diretas*, como *aspiração* ou *sucção uterina*, que se opera mediante a introdução na abertura do útero de uma cânula ou tubo plástico, pontudo e cortante, que fura o saco amniótico, aspirando as partes fetais e o material placentário para um vasilhame; *dilatação do colo uterino*, com o uso de laminarias, balões, esponjas ou dilataadores metálicos; *embriotoma*, isto é, ato de cortar e arrancar o feto do útero; *histerotomia* ou microcesária, utilizada a partir do 3º mês, sendo a retirada, mediante operação cirúrgica, do produto da concepção com a placenta por via abdominal; *microcureta*, ou seja, colocação de DIU (dispositivo intra-uterino), pequeno objeto com alças, que, abandonado na cavidade uterina, provoca o deslocamento do embrião, evitando, portanto, a implantação do pequeno ser humano (blastócito) no nutriente do útero; *curetagem* método consistente na raspagem e retirada do material intra-uterino para fora da vagina através de uma cureta (instrumento cirúrgico similar a uma colher de cabo longo e bordas dentadas e cortantes); *punção das membranas do ovo* pelo aborteiro ou pela própria gestante, mediante emprego de objetos longos e pontiagudos, como pinças, agulhas de tricô, fios de arame, hastes de madeira etc.; *deslocamento das membranas do ovo*, obtido por meio de sondas, injeções intra-uterinas etc.; *processos químicos*, ou seja, medicamentos contendo substâncias inorgânicas (sais de chumbo, prata ou cobre, mercúrio, fósforo etc.), orgânicas de origem animal (extrato de hipófise, catárida etc.) ou vegetal (ópio, estriquinina, quinino, beladona etc.), que, ao intoxicarem o organismo, produzem o aborto; remédios que contêm substância abortiva como o cytotec, usual no tratamento estomacal, ingestão de ocitócitos, isto é, produtos que, ingeridos ou administrados diretamente no útero ou por via endovenosa, vaginal ou retal, contraem o útero, expelindo o feto; uso de prostaglandina, droga que imediatamente provoca o trabalho de parto, qualquer que seja o tempo de gravidez; envenenamento por sal, método abortivo empregado após 16 semanas de gestação, consistente na introdução de uma agulha com solução salina no abdome da gestante, penetrando o saco amniótico e envenenando o feto, depois de uma agonia de 1 a 3 horas designada ‘hipernatremia aguda’, que causa vasodilatação generalizada, edemas, congestão hemorrágica, choque e óbito, e, as vezes, o efeito corrosivo do concentrado de sal queima tanto que parte a pele do nascituro e expõe a camada subcutânea deixando sua cabeça tão vermelha que os médicos passam a chamá-lo ‘maçã do amor’; utilização da *pílula do dia seguinte* – Postinor 2 (em contrário – CFM, Res. 1.811/2006. Trata-se tal pílula de um remédio à base de hormônios, tido por alguns autores, e pelo CFM (Regulamentação n. 1.811/2006), como não abortivo por ser um ‘contraceptivo de emergência’ se tomado até 72 horas após a relação sexual, havendo falha no método usado pelos parceiros sexuais, por ser uma técnica alternativa para prevenção da gravidez, não provocando danos nem interrupção da gestação, visto dificultar o acesso dos espermatozoides ao óvulo, impedindo a fecundação. [...] *Indiretas* ou extra-uterinas, quando se empregarem *agentes físicos*, sejam eles térmicos, como pedilúvios, escalda-pés, compressas de bolsa de água quente ou aplicações de gelo no ventre, sejam elétricos, como o uso de corrente farádica ou galvânica etc., visando a produção de eletricidade, com a aplicação de choques elétricos por máquina estática na gestante; *agentes mecânicos*, como quedas provocadas massagens e compressões no abdome ou fortes pancadas ou violentos pontapés na gestante; ou *agentes psíquicos*, como susto, choque moral, sugestão etc., que dependerão de alguma predisposição orgânica da gestante para provocar o aborto”. DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 37-38.

mercúrio). Não são excluídos os meios morais (provocação de susto e incutimento de terror)³⁴⁸, porém, nenhum deles é absolutamente eficaz, salvo os meios mecânicos empregados diretamente visando-se o esvaziamento do útero grávido, porém, não basta que o aborto se siga do emprego de meio supostamente abortivo. É necessária uma relação de causa-efeito entre um e outro³⁴⁹.

Quando os meios que visam a morte do feto são empregados no início do processo do parto, trata-se de crime de homicídio, ou ainda de infanticídio, concorrendo as condições que se exigem para esse tipo penal. Caso o feto expulso sobreviva, pode-se tratar da tentativa de aborto, se o dolo do agente se destinava a fazer abortar – ou de simples provocação prematura do parto impunível, se este era o fim visado não resultando dano algum para mulher, nem para o feto³⁵⁰.

O dolo na espécie tem como pressuposto o conhecimento da gravidez. Assim, é a consciência de que se ocasiona a interrupção da gestação ou pelo menos, aquela que cria a possibilidade de referido evento, mediante o emprego de quaisquer meios abortivos³⁵¹ o que caracteriza o tipo penal. Entretanto, admite-se a modalidade culposa, se a gestação for interrompida por ato não intencional, isto é, por negligência, imprudência ou imperícia do médico, gerando para este, responsabilidade civil médica, desde que o profissional da Medicina conheça o estado de gravidez da gestante, caso contrário, restará configurado o crime do art. 129 §2º,V do Código Penal³⁵².

O tipo penal aborto é classificado como crime contra a vida. O dolo do agente é a consciência e vontade que o anima a produzir a morte do feto, ou de assumir o risco de produzi-la – dolo direto ou dolo eventual. O dolo é direto quando o fim visado é realmente a interrupção da gestação resultando na morte do ser em formação³⁵³.

O mesmo ocorre, quando a gestante tenta o suicídio respondendo conforme o caso, por aborto tentado ou consumado, se tinha consciência das conseqüências dos seus atos. Assim, o perigo para a vida do feto ou a sua

³⁴⁸ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 278-279.

³⁴⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 163.

³⁵⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 163.

³⁵¹ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 279.

³⁵² DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 33.

³⁵³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 163.

morte não é mera eventualidade, que possa ser conscientemente afastada pela agente. Trata-se de um resultado acessório, porém necessariamente vinculado àquele previsto pela agente que o quis realizar, incluindo-se indissoluvelmente no seu dolo³⁵⁴.

O dolo eventual pode se configurar no caso em que o agente pretende promover um nascimento prematuro para fins de herança, porém o agente, nessas circunstâncias, prevê a possibilidade da morte do feto aceitando o risco. O Código Penal abarca uma forma culposa do tipo penal aborto, denominada aborto preterdoloso, que se configura quando o agente emprega violência contra a mulher, cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe, involuntariamente, o aborto³⁵⁵.

Devem-se tecer algumas considerações acerca do aborto *vulnerandi animus*, que consiste na interrupção da gestação sem o querer do agente. O aborto em tela decorre de lesão corporal dolosa ou culposa causada pelo agente, à gestante. O agente nessa situação, tem a intenção de ferir a vítima, não visando a morte do ser humano concebido. O aniquilamento do feto ocorre independentemente da vontade do agente, resultando assim, de uma agressão levada a cabo por ele, à gestante. O crime que aqui se configura não é o de aborto. Trata-se de uma agravante da lesão corporal, pois a perda de um ser em evolução pode implicar sério risco ao organismo materno. A lesão corporal seguida de aborto deve ser punida com pena de reclusão de 2 a 8 anos, de acordo com o art. 129 §2º.V do Código Penal pátrio³⁵⁶.

Se o agente, quando da prática lesiva à integridade corporal da gestante, desejar pretender a cessação da gravidez, agindo com dolo direto ou eventual, responderá por crime de aborto e não, por lesão corporal qualificada. Trata-se do tipo penal correspondente ao art. 125. No aborto *vulnerandi animus*, são punidas a lesão corporal dolosa, e o aborto, na sua forma culposa, de acordo com o art. 19 do Código Penal pátrio, desde que o agente tenha conhecimento do estado de gravidez da vítima, caso contrário, tratar-se-á de

³⁵⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 163-164.

³⁵⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 164.

³⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 41.

erro de tipo, de acordo com o texto do art. 20 *caput* do mesmo diploma legal. Trata-se aqui de excludente de dolo³⁵⁷.

Em caso de aborto *vulnerandi animus*, o nexó causal entre a lesão corporal e o aborto deverá ser estabelecido pela perícia, por meio do exame do produto decorrente da concepção e da mulher ofendida, procedendo-se ao diagnóstico da sua gravidez – que é a prova do crime de aborto – a causa e a data em que ocorreu³⁵⁸.

2.4. Espécies de Aborto e as Causas “Excludentes da Ilcitude”

O Código Penal brasileiro distingue três espécies de aborto, que se diferenciam entre si pela natureza do agente e pela existência, ou não, de consentimento da gestante. São eles – o aborto provocado pela própria gestante; por terceiro sem consentimento desta; e por terceiro com o consentimento desta. A severidade da punição aumenta, a partir da hipótese mais leve – chamada de aborto simples – que tem como agente a própria gestante – até a mais grave – quando o aborto é provocado por terceiro sem o consentimento da gestante³⁵⁹.

a) Aborto Praticado Pela Própria Gestante:

Na primeira espécie do tipo penal, a prática do aborto é realizada pela própria gestante. Há um desdobramento dessa figura punível: ou a gestante executa ela mesma, o aborto ou consente que outra pessoa o provoque. Nas duas hipóteses a cominação penal para a gestante é a mesma. Se o aborto é provocado pela própria gestante, a sua atuação pode consistir em qualquer atividade que seja capaz de produzir a morte do feto. A gestante também pode atuar como autor mediato, ao promover a execução mediante a intervenção de outrem, que age sem culpabilidade, como por exemplo, no caso em que finge

³⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 41-42.

³⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 43.

³⁵⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 164.

um aborto espontâneo ou acidental incompleto, cujos restos são eliminados pelo médico, mas na realidade, procedendo de boa fé, provoca o aborto³⁶⁰.

Se a gestante provoca o aborto em si mesma, visando ocultar desonra própria, a pena será de detenção de seis meses a dois anos. Incorre na mesma pena quem provoca o aborto, com o consentimento da gestante, para ocultar-lhe a desonra³⁶¹.

No caso de aborto provocado pela gestante, a *honoris causa* é considerada uma atenuante especial. Trata-se da mesma *ratio* que orientou o legislador a estabelecer a minorante de imputabilidade, em se tratando do crime de infanticídio³⁶².

b) Aborto Praticado Por Terceiro com o Consentimento da Gestante

Nesse caso, é o terceiro quem executa o aborto, porém o faz com o consentimento da gestante, que pode permitir expressamente ou por atos que demonstrem referida permissão, ou não impedem a intervenção do terceiro³⁶³.

Trata-se de um consentimento para que se dê morte ao feto, consumando-se o crime, somente com a morte dele, não no momento em que a gestante manifesta a sua permissão. Evidente que a mulher que manifesta o consentimento deve compreender o fim e a importância daquilo que consente, no sentido de fazer participar a sua consciência e vontade em relação ao resultado ao qual se visa. A pena cominada é de detenção de um a quatro anos³⁶⁴.

Não influencia o consentimento que não decorre de manifestação de vontade juridicamente válida, ou porque a mulher que o consente não tinha capacidade para querer no sentido de se produzir eficácia jurídica, como é o caso da menor de quatorze anos, ou da alienada ou débil mental, ou porque foi obtido por meios que frustram a livre determinação da gestante, como a fraude, a grave ameaça ou a violência³⁶⁵.

³⁶⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 165-166.

³⁶¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 166.

³⁶² LYRA, Roberto; HUMGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 280.

³⁶³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 166.

³⁶⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 166.

³⁶⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 166.

Ousamos discordar da posição doutrinária explicitada acima, porque como já salientamos, sob a perspectiva discursiva, houve um esvaziamento do conceito de capacidade jurídica e por conseguinte, dos seus desdobramentos. Somente as circunstâncias do caso concreto poderão orientar o magistrado para que se constate ou não, a incapacidade para consentir.

A gestante pode ser vítima de fraude, seja porque consentiu induzida em erro pelo ardil armado por terceiro, quando, por exemplo, este a faz beber uma substância abortiva, convencendo-lhe de se tratar de um medicamento para fim diverso, ou quando o terceiro consegue persuadir a gestante de que o prosseguimento da gravidez certamente lhe traria grave dano à saúde, ou a morte, inclusive³⁶⁶.

O consentimento também resta viciado pela grave ameaça, isto é, o fato de a gestante ceder à manifestação do propósito do agente de causar-lhe ou à pessoa de sua estima dano sério e inevitável, caso a gestante não consinta na intervenção. O mesmo ocorre, se a gestante é submetida ao emprego de força física, que a obriga a tomar a decisão pelo consentimento, força física para obter a permissão da gestante, não para executar o próprio ato do aborto. Inválido o consentimento nas causas explicitadas, o terceiro sofrerá a punição atinente ao aborto não consentido, isto é, pena de reclusão de dois a oito anos³⁶⁷.

c) Aborto Praticado Por Terceiro Sem o Consentimento da Gestante

Trata-se aqui, da terceira forma de aborto criminoso, qual seja, a do aborto praticado sem o consentimento da gestante. Nesse caso, pode haver uma manifestação de vontade contrária da gestante em relação à prática do aborto – expressa em palavras ou atos – ou a gestante não exprime a sua vontade em qualquer sentido, o que pode ocorrer caso ela não tenha consciência de que é objeto de um processo de aborto, ou sequer conhece o seu estado de gravidez³⁶⁸.

³⁶⁶ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 166.

³⁶⁷ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 167.

³⁶⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 167.

Como se disse acima, a pena para o terceiro que pratica o aborto sem o consentimento da gestante é de reclusão de dois a oito anos. Se o agente é médico ou parteira, agrega-se a essa pena principal, a acessória que os incapacita temporariamente para o exercício da profissão. O Código determina, ainda, pena para o caso da gestante que provoque aborto em si mesma, visando ocultar a própria desonra. A pena, nesse caso, será de detenção de seis meses a dois anos. Essa pena também recairá sobre aquele que provoca o aborto com o consentimento da gestante para ocultar a sua desonra³⁶⁹.

d) Aborto Qualificado

No aborto praticado por terceiro, se do próprio ato de fazer abortar ou dos meios empregados para tal fim resulta para a gestante lesão corporal grave ou morte, configura-se a forma qualificada do tipo penal, com a exacerbação das penas, que são aumentadas de um terço até a metade³⁷⁰.

É claro que a provocação de um fato contrário à normalidade biológica pode determinar lesões no organismo da gestante, porém além dessas lesões, que necessariamente são decorrentes da prática de todo aborto, outras podem ocorrer extraordinariamente. Quando essas lesões são graves, se incluem na responsabilidade do agente, e se exacerba a pena de modo particular. Da mesma maneira, ocorre com a morte que suceda no ato ou sobrevenha como uma consequência do fato do aborto, ou dos meios que se empregam³⁷¹.

A intervenção abortiva considerada como único recurso para se evitar a morte da gestante deve ser precedida, sempre que possível, da concordância de outro médico. Quando a concepção é resultante de estupro, referida intervenção deve ser precedida do consentimento da vítima, ou sendo essa incapaz, do seu representante legal, restando comprovado o crime³⁷².

³⁶⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 167.

³⁷⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 167-168.

³⁷¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 168.

³⁷² BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 168.

Se, além da morte do feto o agente quis realmente o resultado de dano à gestante ou previu e aceitou o risco de produzi-lo, responderá pelo crime de lesão corporal grave ou de homicídio, concorrendo com o de aborto³⁷³.

Provocado o aborto pela gestante, se outrem a houver auxiliado ou instigado a praticá-lo, pela morte ou lesões extraordinárias, responderá culposamente, o terceiro. Pode haver também a tentativa qualificada, caso o aborto não se consume, mas da intervenção do terceiro resultam para a gestante, lesões corporais graves. Nesse caso, aplicam-se as penas atinentes à qualificação, de acordo com o artigo 217 do Código Penal, diminuídas, como na tentativa³⁷⁴.

As hipóteses de “excludente de ilicitude”³⁷⁵ do aborto arroladas no artigo 128 do Código Penal demonstram que a vida do embrião ou do feto não tem tutela jurídica absoluta³⁷⁶.

No caso de gravidez que decorra de estupro, o aborto está autorizado, desde que haja o consentimento da gestante ou do seu representante legal, por escrito, ou na presença de duas testemunhas idôneas, como garantia do médico³⁷⁷.

O Direito reconhece justificativamente algumas situações, que configuram um estado de necessidade particular em que para salvar determinado “bem jurídico”, é necessário sacrificar a vida do feto³⁷⁸.

Admite-se certo número de indicações a partir das quais se justifica a interrupção da gravidez. São elas: a indicação médica, indicação ética (ou sentimental), indicação eugênica, indicação social (ou econômica), indicação racista. A tendência que hoje se manifesta, nem sempre passível de aprovação, é para aumentar as “causas excludentes de ilicitude” do aborto³⁷⁹.

O Código Penal brasileiro reconhece a exclusão da antijuridicidade do aborto nas duas primeiras espécies – a indicação médica, e a indicação

³⁷³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 168.

³⁷⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 168-169.

³⁷⁵ Considera-se mais adequada a expressão “Causas que afastam o juízo de ilicitude”.

³⁷⁶ VEIGA, Juliano. Desafio hermenêutico ao judiciário nos casos de anencefalia. In: FIUZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil atualidades IV: Teoria e prática no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010: p. 89-110, p. 98.

³⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 170.

³⁷⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 169.

³⁷⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 169.

sentimental. O diploma legal em tela dispõe que o aborto não será punido: a) se não houver outro meio de salvar a vida da gestante; e b) se a gravidez resultar de estupro. Nesse caso, o aborto deve ser precedido do consentimento da gestante, ou do seu representante legal, quando ela é incapaz³⁸⁰.

Há quem entenda que o art. 128 do Código Penal, ao dispor acerca da não punibilidade do aborto feito por médico para salvar a vida da gestante, ou quando a gravidez decorre de estupro, não está procedendo à uma descriminalização do abortamento nessas hipóteses, excepcionais, mas sim, despenalizando-o. Não há pena sem crime, mas pode ocorrer crime sem pena, ante o disposto nos arts. 23, 121§5º e 181 do Código Penal. Trata-se aqui de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, em razão de política criminal, afasta a punibilidade. Entretanto, a ausência da punibilidade não afasta o caráter delituoso do fato, tanto que se um particular pratica o abortamento para salvar a vida da gestante, ou porque ela fora estuprada, haverá crime, e conseqüentemente a aplicação da pena. Assim, distinguem-se crime e pena³⁸¹.

O art. 128, I e II do Código Penal está tão somente autorizando o órgão julgante a não punir o crime configurado, pois exime da sanção o médico que praticar o abortamento com vistas a salvar a vida da gestante ou para interromper a gestação decorrente de estupro. A isenção de pena não afasta o delito, nem a ilicitude da conduta praticada. A pena resta suprimida, mas subsiste o crime³⁸². A seguir, passamos à explicitação de cada uma das causas que ensejam o abortamento.

a) A Indicação Médica

Segundo Aníbal Bruno, a primeira hipótese configura um estado de necessidade no qual a vida da mulher como valor precedente, justifica a morte do feto. Considera-se aqui que o desenvolvimento natural do processo de maturação fetal e o conseqüente parto constituem-se perigo de morte para a gestante. É contra referido perigo que é necessário salvá-la, e a salvação é

³⁸⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 169-170.

³⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 57.

³⁸² DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 57.

determinada pela interrupção da gravidez, da qual resultará a morte do feto. Realiza-se um pressuposto preliminar do estado de necessidade no sentido de que não há outro meio de livrar o bem jurídico que se faz necessário salvar³⁸³.

Caso se realizasse um balanço comparativo dos valores em conflito, em que se assenta o princípio do interesse predominante, conclui-se pela maior importância da vida da mulher, pois trata-se de um ser humano já constituído e independente, em plena eficácia biológica. Além do mais, a mulher apresenta o interesse mais valioso das funções desempenhadas no próprio lar e na sociedade à qual pertence, em face da vida do feto, que é um organismo inseguro do que virá a ser, bem como das suas aptidões finais. Na salvação da vida da gestante, poupam-se vários bens presentes e atuantes aos quais não se pode contrapor o destino indeterminado do ser humano em formação³⁸⁴.

Não se trata de afirmar que o legislador do Código se esqueceu de considerar o feto um ser humano, fazendo da proteção à sua vida o objeto de incriminação do aborto. Ocorre que contra essa proteção se projeta um valor mais alto. O conflito entre as duas existências salvando-se uma por meio do sacrifício da outra. Na maioria dos casos, a conjuntura estabelecida enfoca a salvação da gestante ou a perda das duas vidas em questão³⁸⁵.

É necessário que haja perigo real de morte da gestante, um perigo que não se afaste de outro modo, para que se autorize a interrupção da gestação. A Medicina está progredindo a cada dia, e isso reduz as oportunidades dessa solução extrema. Todavia, isso não significa dizer que o problema tenha desaparecido. Deve-se resolvê-lo sempre que em razão de processos mórbidos ou anomalias orgânicas, o prosseguimento da gestação ou o parto impliquem perigo real de morte para a gestante, dirimido somente por meio do aborto³⁸⁶.

O juízo acerca da necessidade da intervenção, assim como a sua prática, se restringem às atividades médicas. Somente o médico pode praticar o aborto, e sob a condição de que a vida da gestante não possa ser resguardada de outra maneira. O médico tem que agir conscientemente, isto é, ciente de que a sua intervenção é permitida em razão da necessidade de se

³⁸³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 171.

³⁸⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 171-172.

³⁸⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 172.

³⁸⁶ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 172.

salvar a vida da gestante. Esse é o elemento subjetivo que apóia ao lado da condição objetiva, o estado de necessidade que constitui a excepcional licitude fática. Nos casos em que a ilicitude do fato é excluída, aqueles que tenham colaborado com o médico, seja no sentido de solicitar a sua intervenção, ou de ajudá-lo na prática do aborto, não podem ser acusados da prática de crime³⁸⁷.

Em caso de perigo grave e permanente, em que a intervenção com vistas a salvar a vida da gestante resultasse inútil se não ocorresse imediatamente, poder-se-ia admitir como estado de necessidade a intervenção de terceiro não habilitado em Medicina, porém capaz de socorrer a gestante, desde que não seja possível obter, com a presteza necessária, a assistência médica adequada. Se o médico, por erro do diagnóstico conclui pela necessidade absoluta do aborto, praticando-o, embora realmente não haja indicação para isso, age de boa-fé, pois incide em erro – o que exclui o dolo³⁸⁸.

O aborto necessário é isento de pena, porém em caso de óbito da gestante, por imperícia do médico ou da parteira, ficam eles, sujeitos às penas cominadas para o homicídio culposo, além de serem privados do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação³⁸⁹.

b) Indicação Ética

O nosso Código Penal também define como excludente de antijuridicidade do aborto o caso das gestações provenientes de estupro. A questão aqui está muito aquém do caso em que se visa a preservar a vida da mulher. Seria muito difícil reduzir essa hipótese fática a um estado de necessidade. As razões de ordem ética ou emocional consideradas pelo legislador têm introduzido nessa discriminante, em algumas legislações, atitudes incentivadas pela ocorrência de episódios graves, que reclamavam medidas de exceção³⁹⁰.

Durante as duas grandes guerras, houve inúmeros atos de violência sexual praticados pelos soldados inimigos nos países invadidos, o que consequentemente ensejou a ocorrência de várias concepções ilegítimas, que

³⁸⁷ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 172.

³⁸⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 173.

³⁸⁹ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 278.

³⁹⁰ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 173.

particularizaram o problema, pois o fizeram migrar do domínio do interesse privado para o do interesse público, político, suscitando, principalmente, após a primeira guerra, debates ardorosos. Dessa feita, legitimou-se a intervenção abortiva que resultava de violência³⁹¹.

A solução foi estendida às situações fáticas individuais esporádicas, sob o argumento acerca dos sentimentos de revolta e vergonha da mulher violentada, o que ensejou a justificativa denominada sentimental ou ética à falta de uma designação jurídica mais adequada³⁹².

Essa causa excludente de antijuridicidade do aborto tem sido legitimada pela aversão que a gestante pode desenvolver em relação ao ser humano em formação, visto que a sua concepção é resultado da violência. Entretanto, tomar a situação como justificativa da morte do ser gerado, é uma posição demasiado individualista que contrasta com o Direito e a proteção por ele conferida à vida humana e aos interesses humanos e sociais relacionados a eles de considerável relevância para que sejam sacrificados em razões de ordem pessoal, que por mais legítimas que pareçam, não têm mérito bastante para se contraporem ao motivo de preservação da vida do ser humano³⁹³.

A esses argumentos de justiça se opõem a essa causa de descriminação do aborto, as dificuldades atinentes ao processo, como a prova da existência do pressuposto fundamental que justifique ter a concepção resultado de uma conjunção carnal violenta, ou de que a gestação não decorresse de relações ilícitas, porém consentidas alegando-se o estupro com a finalidade de justificar a morte do feto³⁹⁴.

É óbvio que o fato de que a gestação resultante de estupro deve restar suficientemente provada, o que na prática, não é fácil conseguir. Todavia, o Direito Pátrio reconhece no estupro que enseja a gestação, motivo suficiente para que a ilicitude do aborto seja excluída. A intervenção abortiva, em todo caso, deve ser praticada por médico e ser precedida do consentimento expresso da gestante ou do seu representante legal³⁹⁵.

³⁹¹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 173.

³⁹² BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 173.

³⁹³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 174.

³⁹⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 174.

³⁹⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 174.

Ora, se a gestante tem autonomia para decidir se quer levar a efeito o aborto por ter sido vítima de estupro, seria também adequado permitir-se a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia. Isso, porque o feto anencefálico não terá qualquer compatibilidade com a vida, no sentido de não poder se tornar uma pessoa que se autodetermine em relação às situações jurídicas patrimoniais e existenciais que lhe seriam próprias, se o feto anencefálico pudesse ao longo da sua “vida” exercer a sua autonomia.

Ocorrido o estupro ou atentado violento ao pudor, a vítima deve se dirigir à delegacia de polícia para levar a efeito a feitura do boletim de ocorrência policial, e realizar o exame de corpo delito no Instituto Médico Legal do local do crime, ou da cidade mais próxima, visando a constituição da prova da conjunção carnal forçada ou, ao menos, para obter um atestado médico que constate as lesões corporais sofridas pela mulher em razão da violência sexual sofrida. Caso seja necessária a sua hospitalização, a mulher deverá relatar ao médico o ocorrido, solicitando-lhe que se façam exames para se constatarem marcas de violência, presença de espermatozóides na vagina etc. Tudo para se constituir prova do estupro sofrido a fim que possa em caso de gravidez, pleitear o abortamento. Realizado o aborto, caso as declarações emitidas pela mulher atinentes ao estupro, a situação do médico é a da isenção de pena por erro, de acordo com o art. 20 § 1º do Código Penal. Para se salvaguardar, o médico deverá buscar testemunhos obtidos pela polícia acerca da ocorrência do crime³⁹⁶.

c) Indicação Eugênica

O Direito Pátrio não reconhece como excludente de antijuridicidade do aborto o critério denominado eugênico, cuja finalidade é evitar o nascimento de seres humanos afetados por graves desvios da normalidade, de origem hereditária, seja sob a perspectiva biológica, ou sob aquela que concerne à aceitabilidade social do novo ser. O conhecimento científico acerca da transmissão hereditária de doenças e deformações não o justifica³⁹⁷.

³⁹⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 65.

³⁹⁷ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 175.

Não é possível definir seguramente o resultado do jogo entre os genes favoráveis e desfavoráveis originários dos dois núcleos geminais, que se submetem à influência das inúmeras condições que cercarão a evolução do novo ser humano, imprimindo-lhe a complexidade da sua estrutura, bem como do seu comportamento individual. As leis formuladas pela genética moderna deixam ver como serão aventurosas as previsões pretendidas acerca dos fatos hereditários. Na verdade, coloca-se diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança não pode se manifestar de forma decisiva. Nesse sentido, nada é mais contrário aos princípios regentes do Direito, do que pretender decidir sobre referidas incertezas, o futuro do ser humano³⁹⁸.

Na Alemanha nacional-socialista houve leis que preveniam uma descendência caracterizada pela herança patológica – leis de 14 de julho de 1933 e de 26 de novembro de 1935. Esses diplomas legais desapareceram com o regime político que os ensejou. As regras que consagram essa causa de justificação do aborto com a finalidade de preservar a sanidade da raça persistem em algumas legislações, como a russa, a dinamarquesa, a sueca e a finlandesa³⁹⁹.

Há quem estabeleça uma distinção entre a interrupção eugênica da gravidez (IEG) e a interrupção seletiva da gestação (ISG), entendendo-se que na primeira, provoca-se o aborto contra a vontade da gestante com vistas a atender valores sexistas, étnicos, racistas etc., enquanto na segunda, a interrupção da gravidez ocorre em razão da lesão fetal, desde que haja anuência da gestante ou do casal no sentido de não se manter a gestação⁴⁰⁰.

Em 1992, criou-se uma comissão para reformular o Código Penal, propondo-se a não constituição de crime de aborto praticado por médico, se por meio de diagnóstico pré-natal restar comprovado que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis má formações físico-psíquicas, desde que a interrupção da gestação ocorra até a sua 20ª semana, e seja precedida do parecer de dos médicos diversos daquele, que realiza ou dirige, a realização do aborto. Trata-se da inclusão de um novo suporte fático ao texto do art. 128

³⁹⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 175.

³⁹⁹ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 175.

⁴⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado...* cit., p. 45.

do Código Penal. Caso o novo Código seja aprovado, o aborto eugênico será legal⁴⁰¹.

Cezar Roberto Bitencourt afirma que atualmente a Medicina pode definir com absoluta certeza e precisão eventuais anomalias do feto, e, por conseguinte, a inviabilidade da vida extra-uterina. De acordo com o autor, é perfeitamente defensável a orientação que informa o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto nos casos em que o feto apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, o que implica uma ampliação da abrangência do aborto eugênico ou piedoso⁴⁰².

Ora, parece que o autor não consegue distinguir o aborto eugênico do caso específico da anencefalia, que caracteriza uma situação de incompatibilidade da vida, já que o feto anencefálico não processa nenhum tipo de informação, não podendo se autodeterminar, isto é, se operacionalizar como pessoa.

Além do mais, parece que o autor inferido defende a legitimidade do aborto eugênico como uma categoria abstrata que abarcará, caso o anteprojeto seja aprovado, a eugenia generalizada, com a qual não concordamos – diga-se de passagem – em razão de quaisquer síndromes ou anomalias que possam acometer o ser que está em formação, e que podem (ou não) privá-lo do completo discernimento, como a síndrome de Down, ou a hidrocefalia, por exemplo.

Cumprе esclarecer que cada caso clínico particulariza a situação do nascituro, e as diferenças atinentes ao diagnóstico e aos possíveis prognósticos é que determinarão a distinção de cada caso, e, por conseguinte, a distinção entre o aborto eugênico, que se caracteriza pelo aprimoramento da raça humana, e da anencefalia, que é uma anomalia incompatível com a vida em razão da irreversibilidade do quadro clínico apresentado.

d) Indicação Racista

Com mais razão não cogitou o nosso Código Penal acerca da indicação racista, que se caracterizou como episódio do nacional-socialismo alemão. Sob

⁴⁰¹ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 49-50.

⁴⁰² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...*, cit., p. 157.

esse regime, a lei de 14 de julho de 1933, fundada no ideal afirmado com fins de propaganda política de pureza e aperfeiçoamento da raça, excluía da proibição penal atinente ao aborto, as gestantes não alemãs, além de adotar outras medidas para evitar a descendência indesejável sob a perspectiva racial⁴⁰³.

Essa aberração tinha que desaparecer com o fim do regime político que a inspirou. Atualmente, ninguém pretende fazer influir o preconceito racista que possa determinar o aborto⁴⁰⁴.

d) Indicação Social

O nosso Código também não reconheceu o critério sócio-econômico, segundo o qual a interrupção da gestação se justificaria, quando as precárias condições financeiras da gestante, carente de recursos suficientes ou que tivesse um número elevado de filhos, fizessem do nascimento e criação do novo ser humano, um encargo penoso ou até mesmo intolerável para a gestante ou sua família⁴⁰⁵.

Essa hipótese não configura estado de necessidade a ser tomado em conta pelo Direito Penal, principalmente, em vista do extraordinário valor do bem a ser sacrificado, mesmo que não se introduza no conceito do estado de necessidade a influência de um balanço comparativo dos bens. Além do mais, falta a exigência fundamental, no sentido de que não exista outro meio de preservar a situação ameaçada⁴⁰⁶.

O problema pode e tem que ser resolvido mediante as medidas de ordem social, que facultam à gestante as condições que lhe permitam cumprir a sua finca materna, de tão relevante interesse social e humano⁴⁰⁷.

A justificação da morte do feto, em razão das vicissitudes financeiras da mulher, abarcam em si, um aspecto individualista e egoísta, um sinal característico da materialização das forças orientadoras da cultura moderna, além de corresponder a um pensamento que desvaloriza a vida do feto em face

⁴⁰³ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 175-176.

⁴⁰⁴ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 176.

⁴⁰⁵ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 176.

⁴⁰⁶ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 176.

⁴⁰⁷ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 177.

do Direito Penal e da proteção que este lhe oferece – uma desvalorização que contrasta com a ideia de que a vida humana é o bem jurídico fundamental, a gênese, o suporte de todos os demais bens individuais e sociais⁴⁰⁸.

Cumpra ressaltar, uma vez mais, que a noção de bem jurídico é demasiado eticizante e axiologizante. Ora, o Estado Democrático de Direito na Modernidade não pressupõe um *ethos* compartilhado, tampouco podemos interpretar o Direito a partir de uma postura utilitarista, pois o ser humano não é um meio para o alcance de determinado fim – é um fim em si mesmo. Qualquer referência que se faça a um “bem jurídico”, compromete a racionalidade discursiva do Direito, e logo, a sua legitimidade. Não há valores que ditam uma perspectiva de “vida boa” partilhada por todos os membros de uma comunidade. O sacrifício da vida do feto não ocorre em razão de se priorizar determinado bem – leia-se, um valor sobre outro. Conforme as circunstâncias do caso concreto, o sacrifício da vida do feto é a única maneira de se resolver um caso difícil para o qual o Código não trouxe a princípio uma solução.

A questão aqui é outra. Em termos de aplicação do Direito, não se trata como pretendiam alguns positivistas, de se subsumir o fato à norma, mas sim de enfrentar todos os argumentos produzidos pelas partes no caso concreto para que o intérprete, possa alcançar a resposta adequada do referido caso. Há um deslocamento da questão em termos hermenêuticos. Da exegese, passa-se ao discurso, que possibilita uma abertura hermenêutica e garante a legitimidade das esferas de liberdade do sujeito de direito discursivamente enfocado.

⁴⁰⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes...*, cit., p. 177.

3. A ANENCAFALIA: Uma incompatibilidade da vida

Em razão da complexidade do encéfalo, não é incomum o seu desenvolvimento anormal na espécie humana. As más formações do sistema nervoso central, que coordena todas as manifestações vitais do ser humano, tais como: as intelectivas, as sensitivas e vegetativas, provocam inúmeras doenças⁴⁰⁹.

Embora alguns anencéfalos nasçam com vida, eles sobrevivem apenas horas ou dias após o parto. Há alguns registros de sobrevivência durante meses. Nos casos de sobrevivência após o parto, o prognóstico é certo. O organismo se deteriora progressivamente até o seu perecimento. Como a anencefalia é um quadro irreversível, a manutenção da vida do anencéfalo após o parto é praticamente impossível⁴¹⁰.

A vida não deve ser encarada, repita-se, somente sob a perspectiva quantitativa, mas, também, sob o efoque qualitativo, que possibilita à pessoa desenvolver, ao longo da sua existência, a sua autodeterminação, seja nas situações jurídicas, patrimoniais ou existenciais.

3.1 O Conceito

A anencefalia é definida pela literatura médica como uma má formação congênita do feto em decorrência de defeito no fechamento do tubo neural durante o período de gestação. O feto anencefálico não apresenta os hemisférios cerebrais, nem o córtex. Há, tão somente, vestígios do tronco encefálico. A anencefalia é vulgarmente conhecida como ausência de cérebro. A anomalia implica a inexistência de todas as funções correspondentes ao sistema nervoso central, ao qual estão relacionadas a consciência, a cognição, a relacionalidade vital, a comunicação, bem como a afetividade e a emotividade. No feto anencefálico, há, tão somente, algumas funções inferiores

⁴⁰⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia*: Direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2010. p. 75.

⁴¹⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto...*, cit., p. 78.

responsáveis pelo controle parcial da respiração, das funções vasomotoras e da medula espinhal⁴¹¹.

O tubo neural que origina o cérebro começa a se formar a partir dos 15 primeiros dias de gestação. Há um aumento de tamanho da parte anterior do tubo para que se forme o cérebro. A parte final evolui para a medula espinhal. Cada um desses elementos se desenvolve independentemente, de acordo com a programação genética. O tubo neural se fecha por volta da 4ª semana de gestação. Quando ocorre um desenvolvimento muito grave do feto, pode haver um aborto natural. A anencefalia é diagnosticada entre o 3º e o 4º mês de gestação⁴¹².

O bebê normal apresenta cerebelo, crânio e tronco cerebral, enquanto, o bebê anencéfalo apresenta somente o tronco cerebral. Uma em cada 1600 crianças tem anencefalia; 8% sobrevivem mais de uma semana; 40 a 60% nascem vivos e 1% sobrevive de 1 a 3 meses⁴¹³. Juliano Veiga afirma que cerca de 75% dos fetos vêm a falecer, quando ainda estão no útero materno⁴¹⁴. A incidência de casos de anencefalia é de aproximadamente uma para cada mil nascidos vivos de acordo com as estatísticas da ECLAMC (Estudo Colaborativo Latino – Americano de Mal Formações Congênitas)⁴¹⁵.

Uma das principais causas da anencefalia é a insuficiência de ingestão do ácido fólico pela gestante⁴¹⁶. Trata-se de uma vitamina do complexo B⁴¹⁷. Os médicos indicam que a gestante consuma ácido fólico no mês que antecede a gestação e durante o seu primeiro trimestre. O ideal, é que a gestante consuma 400 microgramas diários de ácido fólico. Pode-se encontrar a vitamina em comprimidos ou em vegetais de folhas verdes como o brócolis e o espinafre⁴¹⁸. Inserem-se no grupo de risco, mães portadoras do “diabetes mellitus”, e as que trabalham com agrotóxicos⁴¹⁹.

⁴¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células – tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos m homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro – São Paulo – Recife: Renovar, 2006: p. 669 – 708, p. 671.

⁴¹² DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 54.

⁴¹³ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 55.

⁴¹⁴ VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 91.

⁴¹⁵ VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 92.

⁴¹⁶ VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 92.

⁴¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 54.

⁴¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 55.

⁴¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 55.

A anencefalia pode ser causada por uma mutação genética em que o gene não se comporta corretamente⁴²⁰. Há, também, relatos de que em Cubatão, várias mães deram à luz crianças portadoras de anencefalia devido aos altos níveis de poluição⁴²¹. Há relatos de fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias e até meses fora do útero materno, porém o prognóstico de sobrevivência é de apenas algumas horas após o parto⁴²².

Os primeiros estudos envolvendo fetos em gestação foram levados a efeito na década de 1950, porém somente a partir da década de 1980 foram trazidos à baila relatos de formações fetais detectadas por meio dos exames de ultrassom. Na década de 1990, o ultrassom trouxe ainda mais certezas quanto aos exames⁴²³.

Algumas decisões admitindo a interrupção seletiva da gestação em caso de constatação de anomalias fetais incompatíveis com a vida já ocorreram. Em 19 de dezembro de 1992, um juiz de Londrina autorizou o abortamento de um anencefálico cuja gestação estava na 20ª semana. Em 4 de novembro de 1993 em São Paulo, um juiz permitiu a interrupção da gestação de um feto que apresentava acrania e encefalocele. Em Guarulhos, no dia 3 de dezembro de 1993 o Judiciário admitiu a cessação de gestação de um feto anencéfalo de 20 semanas. O mesmo fez outro juiz no Rio de Janeiro em 3 de dezembro de 1997, em razão do feto não apresentar a calota craniana e os hemisférios cerebrais. Ao expedirem os alvarás judiciais, quiseram evitar o nascimento de seres que não apresentavam cérebro, que caso nascessem vivos, sobreviveriam apenas por algumas horas ou dias. Nesses casos, não se lhes retira a vida, pois em casos de constatação de anencefalia de acordo com a fundamentação dos alvarás em questão, cientificamente, não há vida. Tais alvarás não admitiram a indicação abortiva eugênica com o propósito de aprimorar a raça ou evitar que os seres em gestação viessem a nascer cegos, aleijados, ou mentalmente débeis⁴²⁴.

⁴²⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado...* cit., p. 54.

⁴²¹ CARVALHO, Thais Daí Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto eugênico: Uma questão biojurídica. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002: p. 439 – 465, p. 449.

⁴²² VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 91.

⁴²³ VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 92.

⁴²⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 50.

É mediante a ecografia que se detectam as anomalias resultantes da má-formação fetal. Esse procedimento é realizado por meio de uma sonda, o que permite um estudo morfológico pormenorizado, inclusive, da caixa craniana fetal. O índice de erro quanto ao diagnóstico mediante esse exame é praticamente nulo, gerando confortável certeza médica⁴²⁵. A Medicina considera que a anencefalia é um quadro clínico irreversível⁴²⁶.

Sendo assim, a antecipação terapêutica do parto é a única e possível indicada para o tratamento da gestante, tendo em vista que não há como se reverter a situação atinente à viabilidade do feto⁴²⁷. Isso não significa que a gestante tenha que interromper a gravidez quando diagnosticada a anencefalia fetal. No exercício da sua autonomia privada, caberá à gestante decidir se deseja, ou não, levar a termo, a gravidez.

3.2. Da Distinção Entre Morte Encefálica e Anencefalia

Sob a perspectiva jurídica, a morte é considerada um fato jurídico que extingue a personalidade civil do ser humano, e simultaneamente, põe fim ao exercício das situações subjetivas para seus titulares, que são: direitos subjetivos, faculdades, ônus, direitos potestativos, poderes⁴²⁸.

Anteriormente, a morte era compreendida como a cessação dos batimentos cardíacos, o que não mais é aceito, pois a morte passou a ser visualizada não como um evento ou um momento, mas como um fenômeno progressivo. Houve, nesse sentido, uma revisão em relação ao conceito de morte, que passou a ser definido a partir da morte encefálica. Referida revisão conceitual é consequência dos avanços da Medicina na medida em que se possibilitou o prolongamento indefinido da vida por meios artificiais. A redefinição do conceito de morte possibilitou, também, as cirurgias de transplantes de órgãos⁴²⁹.

A primeira legislação brasileira que se ocupou da disciplina atinente aos transplantes de órgãos definiu que os critérios para o estabelecimento do

⁴²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Gestação...*, cit., p. 672.

⁴²⁶ VEIGA, Juliano. *Desafio...* cit., p. p. 92.

⁴²⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Gestação...*, cit., p. 672 *et seq.*

⁴²⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 42.

⁴²⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 44.

conceito de morte deveriam ser determinados por médicos. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da Resolução 1480/97 manifestou-se, estabelecendo que tais critérios são: coma aperceptivo, ausência da atividade motora supra – espinal, e apnéia⁴³⁰.

Em outros termos, significa dizer que o critério que determina o diagnóstico da morte cerebral é a irreversibilidade de todas as funções do encéfalo, e do tronco encefálico, onde estão alocadas as estruturas responsáveis pela manutenção dos sistemas vitais autônomos, tais como a pressão arterial e a respiração⁴³¹. Em rápida síntese, trazem-se à colação outros critérios para o diagnóstico da morte encefálica:

“I – Em primeiro lugar, verifica-se a história de doença catastrófica – doença estrutural conhecida, ou seja, tumores, infecções acidentes vasculares cerebrais, ou causa metabólica sistêmica irreversível, como a hipoglicemia, uremia, coma hepático etc.

II – Seis horas de observação da ausência de função cerebral em caso de causa estrutural conhecida, quando nenhuma droga ou álcool estejam envolvidos na etiologia do tratamento. Caso contrário, 12 horas, mais investigação negativa de drogas, são necessárias.

III – Ausência de função cerebral e do tronco encefálico: nenhuma resposta comportamental ou reflexa a estímulos nocivos na localidade entre a coluna e crânio; pupilas fixas, ausência de resposta oculovestibular ao teste térmico com água gelada que é procedido injetando-a no ouvido para a verificação de movimentos oculares, apnéia, que significa a falta de resposta respiratória durante oxigenação por dez minutos”⁴³².

Há, também, alguns critérios, como os de ordem gráfica, que se destinam mais a salvaguardar a posição do médico, do que diagnosticar o paciente. Dentre eles, podem ser citados: o eletroencefalograma isoeétrico, feito durante 30 minutos, utilizando-se a ampliação máxima do aparelho, não evidenciado qualquer atividade de origem cerebral; além do exame angiográfico, que mostre a circulação sanguínea⁴³³.

Após a definição dos critérios que diagnosticam a morte encefálica, passou-se a discutir se referidos critérios também poderiam se enquadrar nos casos de anencefalia, pois o feto anencefálico seria considerado legalmente morto, o que possibilitaria a retirada dos seus órgãos para transplante. Ocorre

⁴³⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 45.

⁴³¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 45.

⁴³² SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 46.

⁴³³ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 46.

que devem ser constatadas algumas diferenças entre a morte encefálica e a anencefalia⁴³⁴.

Em primeiro lugar, cabe assinalar que, nos fetos anencéfalos, a presença do tronco encefálico lhes permite manter as funções cardiorrespiratórias dispensando-se o uso de aparelhos, o que não ocorre com o paciente acometido de morte cerebral. Outra diferença aponta que o morto encefálico já desenvolveu atividade cerebral, pois possuía órgão necessário para tanto, enquanto o feto anencefálico nunca desenvolveu, nem desenvolverá qualquer atividade cerebral, pois nesse caso, há ausência de cérebro. Entretanto, há uma equivalência entre a morte encefálica e a anencefalia, na medida em que, nos dois casos, há completa ausência da atividade encefálica, ou seja, não se interrelacionam cérebro e tronco⁴³⁵.

A Resolução 1752/04 considera os fetos anencefálicos como natimortos cerebrais. Nesse sentido, os critérios que determinam o diagnóstico da morte encefálica, não se aplicam aos anencéfalos, devido à sua inviabilidade vital. Mesmo que haja alguma atividade do tronco encefálico, é certa sua cessação em 100% dos casos de anencefalia⁴³⁶.

A ausência de interrelação entre o cérebro e o tronco seria atenuada prolongando-se a vida do feto anencefálico, se a ele fossem adicionados aparelhos e medicamentos que mantivessem o funcionamento do tronco encefálico. Isso implica uma semelhança em relação aos casos de morte cerebral, caso em que se prolonga a vida biológica a partir da adição dos aparelhos supramencionados⁴³⁷, o que caracteriza a distanásia. A distanásia tem a finalidade de prolongar ao máximo a quantidade de vida humana, combatendo a morte, considerada, sob essa perspectiva, como um grande e último inimigo⁴³⁸.

⁴³⁴ VEIGA, Juliano. Desafio..., cit., p. 93.

⁴³⁵ VEIGA, Juliano. Desafio..., cit., p. 93.

⁴³⁶ VEIGA, Juliano. Desafio..., cit., p. 94.

⁴³⁷ VEIGA, Juliano. Desafio..., cit., p. 94.

⁴³⁸ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito...*, cit., p. 39.

3.3. Da Distinção Entre Anencefalia e Aborto Eugênico

Necessário se faz também proceder a uma distinção entre a anencefalia e o aborto eugênico. O aborto eugênico se caracteriza por ser aquele praticado em feto que, ao viver, apresentará complicações físicas ou psicológicas⁴³⁹. Em outras palavras, o aborto eugênico é:

“[...] a interrupção criminosa da gestação quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.; o embrião não pertencer ao sexo almejado. É o praticado, por tanto, com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos”⁴⁴⁰.

Não há que se falar em licitude acerca do aborto eugênico, pois não há provas irrefutáveis que se possam fornecer no sentido de se prever que um feto será fatalmente um produto degenerado⁴⁴¹.

Ainda que se pretenda uma releitura semântica em relação à eugenia, alguns autores entendem que a interrupção eugênica da gravidez constitui-se uma prática fundada em valores racistas, sexistas e étnicos. Cabe ressaltar que, ainda assim, a corrente majoritária da doutrina entende que o aborto eugênico se associa à capacidade de sobrevivência fetal⁴⁴².

A anencefalia decorre de uma má formação fetal que gera condições incompatíveis com a vida extrauterina. De acordo com a doutrina majoritária, em relação ao conceito de aborto eugênico, os casos de aborto de feto anencefálico poderiam ser enquadrados como espécies daquele. Porém, como o aborto eugênico carrega uma infinidade de significados, prefere-se distinguir o caso específico da anencefalia⁴⁴³. A questão pinçada aqui, enfim, é interpretativa, tendo em vista que interpretar é atribuir sentido a algum fenômeno ou situação.

⁴³⁹ VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 94.

⁴⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, cit., p. 32 *et seq.*

⁴⁴¹ LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito...*, cit., p. 279.

⁴⁴² VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 95.

⁴⁴³ VEIGA, Juliano. *Desafio...*, cit., p. 95.

4. A DEONTOLOGIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Entre a segurança jurídica e a racionalidade do direito

Considerando-se o caso dos fetos anencefálicos, e especificamente, os argumentos da Excelentíssima Senhora Ministra do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, que arrolamos na introdução, é necessário ressaltar que o Direito não é uma ciência exata. Logo não há como se prever em um código todas as hipóteses de incidência para as quais o legislador determinou soluções “fáceis” a serem aplicadas diante de um caso concreto.

O Direito é um sistema coerente de princípios e regras em princípio aplicáveis, que pode solucionar casos que, aparentemente, não apresentam uma solução. Essa releitura da práxis jurídica só é possível a partir da ruptura de um paradigma positivista, isto é, somente se compreende o sentido assumido pela práxis jurídica a partir de uma jurisprudência principiológica, que permite à gestante antecipar o parto nos casos de anencefalia.

A seguir serão apresentadas duas perspectivas hermenêuticas distintas, quais sejam: o Positivismo e o Pós-Positivismo, preconizador das Teorias da Argumentação Jurídica.

4.1. O Convencionalismo Positivista

A expressão “positivismo jurídico” não é devedora daquela atinente ao “positivismo” em seu sentido filosófico. Entretanto, no século XIX, houve uma ligação entre os dois termos, pois alguns positivistas jurídicos reputavam-se também, positivistas em sentido filosófico; mas cumpre esclarecer que, em suas origens datadas do início do século XIX, o positivismo jurídico nada tem a ver com o positivismo filosófico. Enquanto o primeiro se origina na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão “positivismo jurídico” deriva da locução “Direito Positivo”, que se contrapõe à locução “Direito Natural”⁴⁴⁴.

Até o final do século XVIII, definiu-se o Direito. Dessa definição, resultaram duas distinções – o Direito Natural e o Positivo. Essas duas espécies de Direito se diferenciam qualitativamente. Se uma diferença entre

⁴⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. e Notas. Márcio Pugliese. São Paulo: Editora Ícone, 2006. p. 15.

eles refere-se tão somente ao seu grau, uma espécie se sobrepõe à outra, isto é, Direito Natural e Direito Positivo estão em planos diferentes⁴⁴⁵.

Na época clássica, o Direito Natural não se considerava superior ao Positivo. O Direito Natural era reputado Direito Comum, e o Positivo, como um Direito especial, ou particular de determinada *civitas*. Lançando-se mão da premissa de que o Direito particular prevalecia sobre o geral, o Direito Positivo prevalecia sobre o Direito Natural, sempre que, entre eles, houvesse um conflito⁴⁴⁶.

Na Idade Média, essa relação entre os direitos se inverteu. O Direito Natural não foi mais considerado como Direito Comum, mas uma forma que se fundava na vontade de Deus, e por este participada. Essa concepção de direito está plasmada no *Decretum Gratiani* – considerada a primeira recensão do Direito Canônico, e que iria constituir, posteriormente, a primeira parte do *Corpus júris canonici*⁴⁴⁷. Logo o Direito Natural passou a prevalecer sobre o Positivo.

A concepção de “Direito Positivo” surge quando este e o “Direito Natural” não são considerados, como outrora, Direito no mesmo sentido, passando o Direito Positivo a ser reputado Direito em sentido próprio. Com o positivismo, ocorre uma redução de todo o Direito ao Direito Positivo, excluindo-se da categoria do Direito, o Direito Natural⁴⁴⁸.

A origem do Direito Positivo é devedora da ruptura estrutural da sociedade medieval, o que implicou a formação do Estado Moderno. A partir da sua consolidação, a sociedade, que antes era pluralista, assume uma estrutura monista, já que o Estado concentra em si, todos os poderes, e, especificamente, aquele atinente à criação do Direito, seja diretamente, por meio da lei, ou indiretamente, por meio do reconhecimento e controle das normas, que se formam consuetudinariamente. Trata-se aqui do processo de monopolização da produção jurídica pelo Estado⁴⁴⁹.

O contraste entre o Direito Natural e o Direito Positivo teve seu fim a partir das codificações ocorridas no final do século XVIII e início do século XIX,

⁴⁴⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 25.

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 25.

⁴⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 25-26.

⁴⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 26.

⁴⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 26-27.

havendo uma absorção do Direito Natural pelo Direito Positivo – estatal. A partir daí se inicia a história do positivismo jurídico propriamente dito⁴⁵⁰.

Duas características são próprias do positivismo jurídico: o formalismo e o imperativismo. O formalismo não toma em consideração o conteúdo, nem o fim do Direito. Não se define o Direito, no que se refere às ações disciplinadas ao conteúdo de uma disciplina – isto é, não se salienta que o Direito regulamenta as relações externas, nem as relações intersubjetivas. O formalismo também não menciona os resultados aos quais o Direito deseja conseguir – não se diz que o Direito constitui-se pelas normas postas, visando a realização da paz e da justiça, ou a consecução do bem comum. O Direito se define a partir de um único argumento – o de autoridade, que é um elemento puramente formal⁴⁵¹.

O imperativismo, ao seu turno, define o Direito como um conjunto de normas, a partir das quais, o soberano ordena ou proíbe determinados comportamentos dos seus súditos. O Direito, sob essa perspectiva, é um comando. Essa concepção do Direito está atrelada à uma compreensão absolutista de Estado típica de Hobbes⁴⁵².

Essa concepção liberal de Estado contrapõe as relações estabelecidas entre o legislador e o juiz. Aqui, tem lugar o dogma da onipotência do legislador, e o triunfo desse dogma trazido a baila com as codificações. Trata-se aqui de um produto específico do Iluminismo e da concepção liberal de Estado. A passagem da concepção absolutista para a concepção liberal de Estado ocorre quando se eliminam os poderes intermediários e se atribui um poder exclusivo e ilimitado ao legislador. Esse é um aspecto absolutista. Por outro lado, a eliminação dos poderes intermediários, garante o cidadão contra as arbitrariedades típicas de tais poderes. Este é um aspecto liberal, pois o juiz podia estabelecer normas extraídas a partir da equidade ou da “vida social” que ensejaram as arbitrariedades nos confrontos entre os cidadãos, enquanto o legislador, ao estabelecer normas iguais para todos, representava um impedimento a arbitrariedade do poder judiciário⁴⁵³.

⁴⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 32.

⁴⁵¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 36-37.

⁴⁵² BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 37.

⁴⁵³ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 38.

Visando impedir as arbitrariedades do legislador, o paradigma liberal de Estado socorreu-se de alguns expedientes constitucionais – a separação dos poderes e a representatividade. A separação dos poderes tem em linha de consideração que o poder legislativo não é uma atribuição do *príncipe* – ou seja, do poder executivo; mas de um colegiado, que junto a ele, subordina o governo à lei. A representatividade estabelece que o legislativo não exprime o monopólio de uma oligarquia, mas a nação inteira, por meio da técnica da representação política. Sob esse ponto, o poder exercido pelo povo, ainda que indiretamente, por via dos seus representantes, é exercitado em prol dele visando-se o “bem comum”. Este expediente representa a passagem da concepção liberal para a concepção democrática de Estado – esta, elaborada por Rousseau denominada de “Vontade Geral”. A concepção estatal de Rousseau não difere daquela absolutista defendida por Hobbes, porque se trata, em ambos os casos, de uma afirmação ilimitada do Estado por meio do poder. As diferenças entre essas duas concepções se relacionam a individualização do detentor de referido poder, e ao modo do seu exercício⁴⁵⁴.

De acordo com a concepção “democrática” de Montesquieu, a decisão do juiz deve refletir uma reprodução fiel daquilo que a lei estabelece. Ao juiz não são permitidas fantasias legislativas, pois se ele pudesse modificar as leis por meio da equidade, violar-se-ia o princípio da separação dos poderes, e se consolidariam dois legisladores – o verdadeiro, e o juiz, respectivamente. Outro argumento que norteia o princípio dos três poderes é o da “segurança jurídica”, já que os juizes estariam subordinados à lei, o que garantiria a realização desse “valor” que seria, segundo Bobbio, a “segurança Jurídica”⁴⁵⁵.

O princípio da legalidade, que teve como expoente, Beccaria, estabelece, para a tradição, que o juiz não pode irrogar as penas, salvo nos casos especificados pela lei, além de não poder interpretar a norma jurídica, porque a interpretação, quando levada a efeito, confere um sentido diverso daquele pretendido pelo legislador. Em todo delito, o juiz deve proceder a um silogismo perfeito. A premissa maior, é a lei geral e a premissa menor, a ação em conformidade ou desconformidade com a lei, que por conseguinte implica a

⁴⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 39.

⁴⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 40.

liberdade ou a pena. Se o juiz procede a dois silogismos, quando constrangido, abre, sob esse viés, a porta à incerteza⁴⁵⁶.

A teoria do silogismo propugna que o juiz, ao aplicar as leis, deve proceder à conclusão dedutiva de um silogismo. Procedendo assim, o juiz não cria algo novo. Apenas explicita o que estava implícito na premissa maior - isto é, na lei geral. O silogismo deve ser, portanto, perfeito. Tal silogismo não ocorre nos casos em que o juiz se socorre de uma interpretação analógica para solucionar um caso concreto. Nesse caso, o silogismo é logicamente, imperfeito⁴⁵⁷.

O Estado Moderno se consolida, ainda, atrelado às premissas do Direito Natural, como consequência do estabelecimento do contrato social, conservando os homens certos “direitos naturais fundamentais”. Essa concepção estatal indica os limites da onipotência do legislador. Tem-se aqui o problema das “lacunas da lei”. Os juspositivistas, negando o direito natural, negaram, também, a existência das lacunas, enquanto os escritores dos séculos XVII e XVIII as reconheceram, e defenderam ainda que havendo conflito, o juiz devia recorrer ao Direito Natural⁴⁵⁸ e seus “princípios gerais”.

O preenchimento de lacunas, a partir do Direito Natural, estendeu-se até o período das codificações, e nelas, se propagou⁴⁵⁹.

Ora, aqui lançamos uma crítica ao autor italiano, no sentido de que ele se equivoca, quando afirma que a sociedade medieval seria pluralista. Como pode sê-lo, se o seu centro é uma pretensa “vontade divina”? Além do mais, a racionalidade medieval, não era dialógica, mas monológica. Não havia àquela época, qualquer compreensão da dimensão comunicativa do Direito – um aspecto específico da Teoria do Discurso, com a qual nos coadunamos.

O Direito Medieval era fundamentado metajuridicamente nessa “vontade divina”, e mesmo a dicotomia estabelecida entre o Direito Natural e o Positivo nada mais significou, do que um artifício para justificar o monopólio do uso da força e a consolidação do Direito como violência à autonomia privada, que nem mesmo era passível de se problematizar institucionalmente. Restavam

⁴⁵⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 41.

⁴⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 41.

⁴⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 42.

⁴⁵⁹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo...*, cit., p. 44.

apartadas as autonomias pública e privada. Não há, nesse sentido, como se compreender a co-dependência entre ambas.

Bobbio, ao se referir a uma aparente finalidade do Direito, deixa claro a sua perspectiva utilitarista, que une o homem como meio a um fim, que é a realização do Direito e da Justiça. Ora, desde uma perspectiva funcional, e também discursiva, fácil é perceber que Bobbio procede a uma corrupção do sistema do Direito, na medida em que o Direito passaria a deixar de operar-se pelo código binário licitude/ilicitude, para operar-se pelo código do justo/injusto.

Ao explicitar os recursos positivistas para evitarem-se as arbitrariedades do legislador, Bobbio comete alguns equívocos. O primeiro, quando afirma que a separação dos poderes significaria a não intervenção de um dos poderes nas esferas de “competência” dos demais. Isso, porque a Constituição é compreendida pelo autor como uma ordem concreta de valores a serem realizados em prol do “bem comum”. O segundo, quando afirma que a perspectiva lançada pela “Teoria da Vontade Geral” exprime um paradigma democrático. Ora, de acordo com a perspectiva discursiva, o consenso não significa a vontade da maioria, mas a possibilidade dos concidadãos livres e iguais problematizarem institucionalmente – no processo legislativo ou jurisdicional – as suas pré-compreensões acerca do mundo da vida. Uma simples representação formal desses concidadãos não torna legítima a sua participação institucional.

Outro equívoco de Bobbio, ao explicitar a teoria de Montesquieu, se refere a uma necessária busca pela “segurança jurídica”. Ora, isso significa que Bobbio funda seu raciocínio em duas premissas positivistas típicas – a causalidade e a imputação. Elas se coadunam com uma perspectiva de sociedade centrada e assentada na previsibilidade da conduta de outrem. Ora, desde que assumimos o Direito como um sistema funcional diferenciado, cuja função é estabilizar as expectativas de comportamento, só podemos afirmar que o Direito é contingente, por tanto, imprevisível. O Direito não se esgota em convencionalismos previamente acordados.

A “segurança jurídica” é um artifício que visa a tornar a Constituição uma ordem concreta de “valores” de um suposto *ethos* compartilhado – típico de uma concepção de Estado Social. Ora, em uma sociedade plural e complexa – permeada pela comunicação linguisticamente mediada, não há valores a serem

resguardados. Devem-se reconhecer iguais liberdades fundamentais aos concidadãos, para que eles, como autores e destinatários do Direito, possam legitimamente, nas instituições jurisdicionais e legislativas, se reconhecerem como autores e destinatários da Constituição e da ordem jurídica.

Este reconhecimento de iguais liberdades fundamentais só é possível, quando compreendemos o Direito como uma comunidade de princípios ideal e coerente, entrecortada pela argumentação construída pelos concidadãos livres e iguais no caso concreto. Há, por tanto, uma diferença entre a legitimação do positivismo e a legitimidade do discurso jurídico racionalmente construído sob uma perspectiva dialética e dialógica na práxis jurídica na práxis jurídica.

4.1.1. Kelsen e a Norma Fundamental Como Pressuposto de Validade da Ordem Jurídica

De acordo com a perspectiva de Hans Kelsen, o que fundamenta a validade de uma norma jurídica é uma norma jurídica hierarquicamente superior⁴⁶⁰, isto é, a norma afirmada numa premissa maior, caracteriza-se como o fundamento da validade de uma norma afirmada na premissa menor. O estabelecimento de normas juridicamente válidas provém de uma autoridade competente para tanto, pois somente ela pode estatuir normas, que vinculam todos os indivíduos – a autoridade dotada de poder legislativo, inclusive⁴⁶¹.

Como o questionamento acerca do fundamento de validade de uma norma jurídica não pode se perder no interminável, Kelsen esclarece que a respectiva resposta esgota-se em uma norma pressuposta, que não pode ser posta por uma autoridade competente. No que diz respeito a essa norma pressuposta, a sua validade não deriva de uma norma hierarquicamente superior – não se coloca em questão o seu fundamento de validade. Essa norma mais elevada é conhecida como a norma fundamental⁴⁶².

As normas que podem ser reduzidas a essa norma fundamental constituem uma ordem jurídica, e sob esse viés, a norma fundamental é uma fonte comum da validade das demais normas, que formam esse ordenamento

⁴⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 215.

⁴⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 216-217.

⁴⁶² KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 217.

jurídico – isto é, a norma fundamental é o seu fundamento de validade comum⁴⁶³.

Conforme a natureza do fundamento de validade, podem-se distinguir dois tipos diversos de sistemas normativos: o tipo estático e o tipo dinâmico. Quanto ao primeiro tipo, a conduta do indivíduo, determinada por referidas normas, é considerada como devendo ser, em razão do seu conteúdo. Isso significa que há uma recondução da sua validade a uma norma, cujo conteúdo é passível de subsunção ao conteúdo das demais normas, que integram a ordem jurídica. Trata-se aqui de um raciocínio que parte do particular rumo ao geral⁴⁶⁴.

Se, de acordo com Kelsen, há uma norma fundamental pressuposta, ela fornece simultaneamente o fundamento do conteúdo de validade das normas que dela se deduzem por meio do silogismo. Esse sistema jurídico deduzido dessa norma fundamental pressuposta é um sistema normativo estático⁴⁶⁵.

Isto propõe que o conteúdo de validade de uma norma fundamental é imediatamente evidente. Afirmar que uma norma jurídica é imediatamente evidente significa que ela é dada na, e com a razão. Depreende-se aqui o conceito atinente a uma razão prática – uma razão legisladora, o que se torna insustentável, ao argumento de que a razão pode conhecer, e não, querer algo. Kelsen argumenta que o estabelecimento de normas é um ato de vontade, e em razão disso, não se pode falar em uma norma imediatamente evidente – isto é, uma norma natural per si⁴⁶⁶.

Assim, o autor afirma que o estabelecimento de normas se dá por um ato de vontade. O fundamento de validade de referidas normas é uma norma pressuposta, que determina que os indivíduos devem-se conduzir de acordo com o que determina a autoridade competente que a estabelece – o legislador, ou em conformidade com as normas que se estabelecem consuetudinariamente. Essa norma fundamental fornece tão somente o fundamento de validade, e não, o conteúdo de validade das normas, que se

⁴⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 217.

⁴⁶⁴ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 217.

⁴⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 218.

⁴⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 218-219.

fundam sobre ela. Referidas normas constituem um sistema normativo dinâmico⁴⁶⁷.

O tipo dinâmico assenta-se na premissa de que a norma fundamental pressuposta tem por conteúdo tão somente a instituição de um fato produtor de normas jurídicas – isto é, a atribuição de competência (poder) a uma autoridade legisladora. A norma fundamental nada mais é do que uma regra que estabelece como as normas jurídicas devem ser criadas. Trata-se de uma norma que delega competência à autoridade legisladora, para que em conformidade com tal regra, estabeleçam-se as demais normas jurídicas do sistema. A norma fundamental não tem sua validade atrelada ao seu conteúdo, pois ela não é passível de dedução silogística⁴⁶⁸.

Considerando-se que a norma fundamental fornece apenas o fundamento de validade de uma ordem jurídica – e não o seu conteúdo – tal só pode ser determinado por meio dos atos atinentes à autoridade competente, no que toca ao estabelecimento das normas positivas dessa ordem jurídica⁴⁶⁹. Reúnem-se, na mesma norma fundamental, os princípios estático e dinâmico, quando há uma limitação imposta pela norma fundamental – de acordo com o princípio dinâmico – no que concerne à delegação de competência (poder) a uma autoridade legisladora. A partir daí, e em escalonamento hierárquico, referida autoridade irá delegar às outras autoridades legisladoras, a competência para estabelecerem normas juridicamente válidas, deduzidas umas das outras, por meio do silogismo, vinculando a todos os indivíduos⁴⁷⁰.

O sistema normativo se caracteriza como uma ordem jurídica essencialmente dinâmica. A validade de uma norma jurídica não se relaciona ao seu conteúdo, deduzido a partir de um raciocínio lógico, tendo em vista uma norma fundamental pressuposta. A validade de uma norma jurídica se deve ao fato de que ela é criada por uma forma determinada, isto é, por uma forma fixada pela norma fundamental pressuposta. É nesse sentido que se pode afirmar que uma norma pertence a uma ordem jurídica, cujas normas são

⁴⁶⁷ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 219.

⁴⁶⁸ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 219.

⁴⁶⁹ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 220.

⁴⁷⁰ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 220.

instituídas de acordo com a norma fundamental. Assim, todo e qualquer conteúdo pode ser considerado Direito⁴⁷¹.

A norma fundamental é pressuposta tendo em vista que o costume por meio do qual surgiu a Constituição, ou quando o ato constituinte posto de modo consciente pelos indivíduos, são interpretados objetivamente como fatos que produzem normas – quando o indivíduo ou assembléia de indivíduos instituidores da Constituição, sob a qual está assentada a ordem jurídica consideram-se autoridade legislativa. A norma fundamental, sob essa perspectiva, instaura o fato fundamental da criação jurídica, e pode ser considerada a Constituição no sentido lógico jurídico, distinguindo-se da Constituição em sentido jurídico-positivo⁴⁷².

A norma fundamental é o início de um processo – o processo de criação do Direito Positivo. Nesse sentido, a norma fundamental não é posta, seja pelo costume, ou por um órgão jurídico – ela não é uma norma positiva, mas pressuposta, tendo em vista que se a instância constituinte é considerada a autoridade mais elevada, e por isso, não pode receber competência (poder) por meio de outra norma de escalão superior⁴⁷³.

Um ato pode ser considerado jurídico a partir do momento em que se executa uma pena imposta por uma sentença judicial⁴⁷⁴. Para Kelsen, a jurisdição seria uma “fonte” do Direito, na medida em que o juiz, prolator da sentença, é competente para exercer a jurisdição. Nesse sentido, o Direito Material seria instrumentalizado pelo Direito Processual, o que jogaria por terra todo o processo (procedimento) de construção legítima do Direito, devido ao argumento de autoridade que norteia a perspectiva positivista do Direito.

Se, para Kelsen, o fundamento de validade de uma norma é somente outra norma, este pressuposto deve ser uma norma, porém, não, uma norma posta por uma autoridade, mas uma norma pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos, que geram normas postas de acordo com a Constituição, é interpretado objetivamente. Isto significa que os indivíduos devem se comportar de acordo com o que é prescrito pela Constituição⁴⁷⁵. Eis aqui a consolidação

⁴⁷¹ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 221.

⁴⁷² KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 221-222.

⁴⁷³ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 222.

⁴⁷⁴ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 222.

⁴⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 224.

de um *ethos* compartilhado determinado pelo “consciente coletivo” da comunidade jurídica – o que compromete todo o sentido da democracia, na medida em que nela não se podem firmar tais ou quais “valores” determinantes da perspectiva de “vida boa” de cada indivíduo.

De acordo com Kelsen, a norma fundamental não é um produto de uma descoberta livre. A sua pressuposição não se dá de forma arbitrária, no sentido de se poder escolher outras normas fundamentais, quando da interpretação subjetiva de um ato constituinte, e dos atos que são postos em conformidade com a Constituição por ele criada – em seu sentido objetivo-isto é, como normas jurídicas válidas, em seu sentido objetivo⁴⁷⁶.

Dizer que os indivíduos devem se comportar de acordo com aquilo que é prescrito pela Constituição significa que se deve portar em harmonia com o ato subjetivo de vontade do autor da Constituição⁴⁷⁷ – que nesse caso, seria o legislador. Sob essa perspectiva, a norma fundamental teria como função fundamentar a validade de uma ordem jurídica objetivamente, ou seja, fundamentar as normas que são postas por um ato de vontade – o que caracteriza a ordem jurídica como globalmente eficaz. Isso significa dizer que se deve interpretar o sentido subjetivo dos referidos atos, como o seu sentido objetivo, por meio do silogismo⁴⁷⁸.

Na medida em que a norma fundamental não pode ser considerada um ato de vontade – isto é, uma norma posta – ela somente pode ser pressuposta por um ato de pensamento. Nesse sentido, a norma fundamental é interpretada como uma ordem jurídica coercitiva globalmente eficaz, isto é, como um sistema de normas juridicamente válidas⁴⁷⁹.

Entretanto, de acordo com Kelsen, a ciência jurídica não se arroga qualquer autoridade legislativa, isto é, a ciência jurídica não está atrelada à norma fundamental, dada a sua função precípua de conhecimento. Assim, a ciência jurídica não determina que os indivíduos devem-se portar de acordo com o que determina o autor da Constituição⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 224-225.

⁴⁷⁷ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 225.

⁴⁷⁸ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 226.

⁴⁷⁹ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 227.

⁴⁸⁰ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 228.

Tendo em vista que a norma fundamental é o fundamento de validade da ordem jurídica, e de todas as normas a ela pertencentes, referida norma fundamental é a unidade dessa pluralidade de normas⁴⁸¹. De acordo com Kelsen, uma norma não é verdadeira, nem falsa. Ela é válida ou inválida. Levando-se em consideração que o conhecimento do Direito apreende seu objeto na integralidade, para descrevê-lo em proposições que não apresentem contradição, os conflitos normativos, no âmbito material, se resolvem mediante a interpretação. Como o sistema jurídico é escalonado, o conflito entre normas se apresenta de modo diferente, conforme se trata de um conflito normativo de mesmo escalão, de um escalão inferior, e de um escalão superior⁴⁸².

O conflito normativo se resolve porque o órgão executivo tem faculdade de escolher entre observar uma ou outra decisão, isto é, observar uma ou outra norma individual⁴⁸³. Esta interpretação se opera de acordo com o que determina a norma fundamental. Isto significa que a coação é levada a efeito de acordo com os pressupostos, e pela forma que a Constituição determina, já que ela deve ser globalmente considerada eficaz, pelas normas gerais, que são postas em conformidade com esta mesma Constituição. Assim, restam também consideradas eficazes, as normas individuais que cominam a sanção. A eficácia se estabelece como um pressuposto de validade da norma fundamental. Se o conflito normativo é suscitado numa mesma decisão judicial, não se está diante de uma norma juridicamente válida⁴⁸⁴.

De acordo com Kelsen, uma ordem jurídica é válida até que a sua validade termine por meio de um modo que a própria ordem jurídica determina, ou até que uma ordem jurídica seja substituída pela validade de uma norma dessa ordem jurídica. Trata-se aqui o princípio da legitimidade⁴⁸⁵. Aqui, desde uma perspectiva discursiva que assumimos, não podemos concordar que haja legitimidade, mas legitimação da ordem jurídica, pois a perspectiva meramente sociológica de Kelsen, em relação ao Direito se pauta em um único argumento: o argumento da autoridade.

⁴⁸¹ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 228.

⁴⁸² Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 229-230.

⁴⁸³ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 231.

⁴⁸⁴ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 232.

⁴⁸⁵ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 233.

Há também a questão da recepção de uma ordem jurídica anterior à nova Constituição. Nesse caso, não se trata de uma criação inteiramente nova do Direito. Claro está que se a nova Constituição recepciona uma ordem jurídica anterior. Esta nova constituição será o fundamento de validade das normas jurídicas que foram recepcionadas⁴⁸⁶.

Com a modificação da norma fundamental, modificam-se os fatos, interpretados como atos de criação e aplicação do Direito. A norma fundamental está referida a uma Constituição que se estabelece por meio de um ato legislativo, ou pelo costume eficaz. Se as normas de uma ordem jurídica são postas em conformidade com o que determina a Constituição, pode-se afirmar, segundo Kelsen, que essa Constituição é globalmente eficaz, porque as normas por ela postas são aplicadas e observadas. A partir do momento em que uma Constituição perde a sua eficácia, e uma nova Constituição se torna eficaz, os atos de criação e aplicação do Direito em sentido subjetivo não são pensados sob a pressuposição da antiga norma fundamental, mas sob a pressuposição da nova norma fundamental. Substitui-se o “princípio da legitimidade” pelo “princípio da efetividade”, que limita aquele⁴⁸⁷.

Claro está que Kelsen, se socorre do monopólio do uso da força para tornar legitimada – e não legítima – a sua pretensa norma fundamental, e por conseguinte, o autor torna legitimada a pretensa validade do Direito, posto por tal norma fundamental mediante acordos tácitos “assinados” pelos membros da comunidade.

Kelsen, a partir de um raciocínio silogístico, reduz a faticidade do Direito à validade. Como, o autor não consegue encontrar um fundamento de validade para a sua norma fundamental, porque ela está no ápice da sua pirâmide normativa, ele cria o artifício da pressuposição de tal norma fundamental, quando enfatiza que uma ordem jurídica é globalmente eficaz na medida em que a norma fundamental, que a fundamenta, estabelece que os membros do *ethos* devem se portar de acordo com o que fora estabelecido pelo legislador constituinte competente para tanto⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 233-234.

⁴⁸⁷ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 234-235.

⁴⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 236.

Como a norma fundamental é pressupostamente válida, validando também, a ordem jurídica, que sob ela se assenta, quando uma ordem jurídica determinada pela Constituição deixa de ser eficaz, ela perde, também, a sua vigência, isto é, a sua validade. O mesmo ocorre em relação a uma norma que não é observada ou aplicada. Neste sentido, referida norma perde a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inobservada ou inaplicada por meio da *desuetudo* – um costume negativo, que anula a validade de uma norma, que pertence à ordem jurídica. Isto, porque o positivismo reconhece que o costume é uma “fonte do Direito”, o que implica concluir que o Direito legislado pode ser derogado pelo costume⁴⁸⁹.

Como Kelsen considera a eficácia, uma condição de validade da ordem jurídica, a legislação não pode excluir a função “criadora” do Direito pelo costume, pelo menos, no que toca à função negativa da *desuetudo*⁴⁹⁰.

Ora, desde que assumimos o Direito em uma perspectiva discursiva, não podemos concordar que os costumes sejam “fontes do Direito”. Eles quando muito não passam de constatações sociológicas. Podem ser reinterpretados como conformes ou contrários ao sistema jurídico, mas não é o fato dos indivíduos se portarem de tal forma aquilo que justifica a criação de normas jurídicas ou a inexistência delas. Estas são questões que se atrelam ao projeto moderno do Direito, e que devem ser problematizadas, reflexivamente, pelos concidadãos livres e iguais. Os costumes são apenas intuições normativas, que são passíveis de problematização argumentativa, tendo em linha de consideração o caso concreto, e o Direito compreendido como uma comunidade ideal e coerente de princípios⁴⁹¹.

No mesmo sentido, os costumes *contra legem* são intuições normativas criticáveis, que são principiologicamente interpretáveis, diante de um caso concreto. O fato de um costume ser interpretado como, em princípio contrário a lei, não quer dizer que tal costume esteja em desconformidade com o Direito⁴⁹².

⁴⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 237.

⁴⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 238.

⁴⁹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes no direito moderno*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 143-144.

⁴⁹² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 144.

Kelsen afirma que o conteúdo de uma ordem jurídica é independente da norma fundamental que a valida⁴⁹³. O conteúdo da ordem jurídica é deslocado para a jurisdição, que ao examinar o caso concreto, decidirá se uma norma jurídica é justa ou injusta. Desde então podemos constatar um sério problema na teoria kelseniana – a corrupção do Direito pela Moral.

Se Kelsen pretendia “purificar” o Direito de todas as premissas derivadas do Direito natural, sua estratégia não deu certo, porque, quando a análise meritória de uma norma jurídica é deslocada para a jurisdição competente, ocorre uma naturalização do Direito, na medida em que é o juiz, quem fundamentará a sentença, de acordo como aquilo que ele considerar mais adequado, a partir da sua perspectiva de “vida boa”. Uma postura interpretativa assim assumida, compromete a legitimidade do Direito, e instrumentaliza os sujeitos de direito, que não têm reconhecidas iguais liberdades fundamentais – contrariando o projeto reconstrutivo do Direito Moderno.

Quando o órgão jurídico aplica o Direito, referido órgão necessita atribuir sentido às normas que irá aplicar, isto é, o órgão jurídico deve interpretar as normas da ordem jurídica. Essa interpretação obedece a uma operação mental que segue do escalão superior para o escalão inferior⁴⁹⁴.

Há, nesse sentido, duas espécies de interpretação: a interpretação da norma, que é realizada pelo órgão aplicador do Direito – denominada interpretação autêntica – e a interpretação realizada por uma pessoa privada ou pela ciência jurídica – denominada interpretação não autêntica⁴⁹⁵.

A relação estabelecida entre as normas de escalão superior e inferior é uma relação vinculante, pois a norma do escalão superior regula o ato por meio do qual uma norma jurídica de escalão inferior é produzida. A norma de escalão superior também pode determinar o conteúdo da norma inferior a ser estabelecida, o seu conteúdo, ou ainda, o ato de execução a se realizar. Essa determinação, entretanto, nunca é absoluta, pois a norma de escalão superior não pode vincular, em todas as direções, o seu ato de aplicação. Deve haver uma margem ora maior, ora menor de uma “livre apreciação” pelo órgão aplicador do Direito, de modo que a norma do escalão superior tenha, em

⁴⁹³ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 242.

⁴⁹⁴ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 387.

⁴⁹⁵ Kelsen, Hans. *Teoria...*, cit., p. 388.

relação ao ato executivo de produção normativa, uma “moldura” ou “quadro” a ser preenchido por referido ato⁴⁹⁶.

O Direito a ser aplicado pelo órgão jurídico competente, devido à sua indeterminação, constitui uma moldura, dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação conformes ao Direito, em quaisquer sentidos possíveis⁴⁹⁷. Estas várias respostas possíveis para o caso concreto são conhecidas como decisionismo.

Não existe, segundo Kelsen, uma única resposta correta para cada caso concreto, mas várias soluções possíveis, que se alocam nessa moldura normativa, apresentando igual valor. Nesse sentido, uma sentença prolatada com fundamento em uma das “possibilidades jurídicas” arroladas na “moldura normativa” é uma das normas individuais, que podem ser produzidas a partir da “moldura” da norma geral⁴⁹⁸.

Não há, assim, um método de interpretação que seja classificado como de Direito Positivo – que possa estabelecer, para cada caso, uma única resposta correta, pois existem, sob a perspectiva kelseniana, respostas possíveis⁴⁹⁹. Os métodos interpretativos conduzem a um resultado possível, não a um resultado que seja o unicamente correto. Em caso de antinomia no mesmo escalão, sob a perspectiva do Direito Positivo, torna-se um esforço “inútil” fundamentar-se “juridicamente” uma com a exclusão da outra⁵⁰⁰.

Segundo Kelsen, quando o órgão jurídico aplica o Direito, ocorre uma combinação entre o ato de vontade – personificado pelo juiz no exercício da jurisdição, e a interpretação subsumida no caso concreto – na medida em que se escolhe qual das respostas possíveis o regerá. A partir do ato de vontade emitido pelo órgão aplicador do Direito, produz-se uma norma de escalão inferior, ou se determina um ato de execução coercitivo estatuído pela norma a ser aplicada. Trata-se aqui da sanção. É através deste ato de vontade, que se distinguem a interpretação autêntica, realizada pela jurisdição competente, daquela levada a efeito por uma pessoa privada, ou pela ciência jurídica⁵⁰¹.

⁴⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 388.

⁴⁹⁷ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 390.

⁴⁹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 390-391.

⁴⁹⁹ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 391.

⁵⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 392.

⁵⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 394.

Nesse sentido, o autor chega a afirmar que o “Direito Novo” é criado pelos tribunais superiores. Como as demais interpretações não “criam” o Direito, não são consideradas autênticas, pois não são vinculantes, e correm o risco de serem consideradas errôneas pelo órgão aplicador do Direito, que pode considerá-la como delito, portanto, passível de sanção⁵⁰².

Do mesmo modo, a “Teoria Pura do Direito” não reconhece autenticidade à interpretação científica – característica da Jurisprudência dos Conceitos. A interpretação científica do Direito estabelece tão só as possíveis significações de uma norma jurídica. Essa interpretação não toma qualquer decisão acerca das possibilidades que revela. Tal decisão é deixada ao órgão jurídico competente para aplicar o Direito. A interpretação jurídico científica deve evitar, ao máximo, a ficção de que só há uma resposta possível para cada caso concreto. Ainda, segundo Kelsen, a jurisprudência tradicional se vale dessa premissa, para justificar e garantir a “segurança jurídica” das decisões. Como as normas jurídicas têm inúmeros significados, o ideal de uma única resposta correta é realizável em aproximação⁵⁰³.

A interpretação científica apenas orienta o legislador, no sentido de apontar-lhe o quão imperfeita está a sua obra, tendo em vista o rigor com que a técnica jurídica deve-se desenvolver visando a formulação de normas jurídicas, o mais possível inequívocas. Isso implica, segundo Kelsen, que a pluralidade de significações de uma norma jurídica deve ser reduzida, para que assim, se obtenha o “maior grau possível” de “segurança jurídica”⁵⁰⁴.

Kelsen, nada mais faz, do que criar um artifício – a norma fundamental – para justificar a validade de uma ordem jurídica, que estaria assentada nesse *ethos* compartilhado, conferindo às autoridades legislativas e jurisdicionais, um poder irrestrito, descomprometido com qualquer sentido de legitimidade na construção do Direito, na medida em que ele estaria previamente, e convencionalmente acordado.

Não há que se falar em perspectiva dinâmica do sistema de normas jurídicas, mas sim em uma perspectiva estática em absoluto. Como Kelsen tinha que cerrar sua pirâmide normativa, e não conseguiu uma justificativa

⁵⁰² KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 395.

⁵⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 396.

⁵⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 396-397.

racional para tanto, naturalizou todo o Direito, quando da “instituição aparente” de sua norma fundamental, que nada mais significa, senão a assunção de um *ethos* compartilhado, de uma sociedade centrada, como o foi a sociedade medieval – em uma perspectiva de “vida boa” a reger todos os projetos de vida dos indivíduos desse *ethos*. Em síntese, Kelsen contradiz o título de sua “Teoria Pura do Direito”, na medida em que não conseguiu purificá-lo das premissas, outrora lançadas pelo Direito Natural.

Como, para Kelsen, a interpretação do órgão jurisdicional é autêntica, ela “cria” o Direito. A interpretação autêntica pode, além de realizar uma das “possibilidades jurídicas” arroladas na moldura normativa, produzir uma norma que esteja além dela⁵⁰⁵, o que configura a discricionariedade jurisdicional. Ora, como fundamentar juridicamente uma decisão, se ela além de decisionista, pode ser também, metajurídica? Kelsen, em uma perspectiva meramente funcional, corrompe o Direito, permitindo que nele, se infiltrem argumentos políticos, éticos, pragmáticos, e axiológicos. Aliás, a sua teoria, pode ser considerada tudo – menos pura.

Aqui, já podemos apontar, alguns problemas do Positivismo e da teoria kelseniana: se a sua pirâmide normativa fundamenta a ordem jurídica, e se a norma fundamental é pressuposta por um ato de pensamento, podemos constatar que a norma fundamental é uma artifício metajurídico, e porque é metajurídico, é ilegítimo, pois é fundamentado pelo monopólio do uso da força e pelo argumento de autoridade. Podemos assim definir o positivismo em uma única palavra: incoerência.

Disso podemos concluir que, de acordo com a perspectiva lançada por Kelsen, a jurisdição é considerada uma “fonte” do Direito – premissa, que afastamos desde já, porque incoerente com a perspectiva discursiva por nós defendida. Tampouco, há que se admitirem “lacunas” a partir do momento em que assumimos o Direito como um sistema idealmente coerente de princípios. Aliás, a própria admissão das “lacunas” pelo positivismo demonstra que a ordem jurídica não se esgota em convenções tacitamente aceitas pela comunidade. Resta claro que um Código não pode abarcar em si toda sorte de situações fáticas reduzidas à validade jurídica.

⁵⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 394.

Não há qualquer “segurança jurídica” a ser alcançada no positivismo, mas sim, um convite ao seu oposto. Enfim, com o positivismo, somos bem-vindos a viver na (in)segurança. A questão deve ser deslocada para as condições procedimentais, discursivamente e institucionalmente sustentáveis, que convergem para a legitimidade da jurisdição, das suas decisões, e do projeto que o Direito Moderno está a nos cobrar: o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais dos concidadãos.

4.2. O Pós Positivismo: a argumentação jurídica adequada à solução dos casos difíceis

É no Pós-Positivismo, especificamente, mediante uma explicitação das Teorias da Argumentação Jurídica, que a perspectiva do Direito como um sistema de regras não mais pode ser sustentada.

A partir das Teorias da Argumentação Jurídica, consolida-se uma Jurisprudência dos Princípios racionalmente assentada na própria práxis jurídica. Os casos difíceis, para os quais, o Positivismo não oferecia uma resposta apriorística são decididos sob o viés de uma interpretação construtivista do Direito, entrecortada pela ação comunicativa, e pela compreensão de autonomias pública e privada co-dependentes, que implicam o reconhecimento mútuo dos concidadãos como titulares de iguais liberdades fundamentais.

Dessa maneira, preserva-se o sentido da coerência normativa que a Modernidade do Direito Moderno está a nos cobrar, não se confundindo princípios e valores, no contexto de uma sociedade pluralista.

4.2.1. A Teoria de Ronald Dworkin: A comunidade de princípios

Ronald Dworkin inicia seu discurso apresentando as diretrizes fundamentais que caracterizam o positivismo jurídico travando, assim, um diálogo com Austin e Hart, típicos realistas. Dworkin centra sua crítica na comunidade fechada de regras aprioristicamente estabelecidas, que caracteriza o positivismo jurídico, isto é, o direito posto, e pressuposto pela

regra de reconhecimento de Hart. Para Dworkin, uma comunidade fechada de regras não é capaz de solucionar os casos difíceis (aqueles que devem ser problematizados concretamente de modo não apriorístico) porque as regras jurídicas positivistas são aplicáveis ao caso concreto à base do tudo ou nada, e pressupõem a aceitação da sua eficácia pelos indivíduos afetados por uma decisão judicial⁵⁰⁶.

Ao discorrer sobre os princípios, Dworkin afirma que a sua eficácia não pressupõe condições para sua validade, pois os princípios possibilitam a construção argumentativa da decisão do caso concreto pelos afetados, dada pela sentença judicial – considerada a norma jurídica particular, que regerá as expectativas de comportamento dos indivíduos afetados por uma decisão (aquela pertinente ao caso concreto)⁵⁰⁷.

Assim, os princípios promovem a construção da decisão judicial a partir dos elementos fornecidos pelo próprio caso, e por essa razão, diz-se que os princípios particularizam a decisão judicial em relação aos sujeitos por ela afetados, já que princípios são passíveis de balanceamento diante do caso concreto – o que não ocorre com uma regra, quando aplicada ao caso, mediante a subsunção. Como as regras não são passíveis de balanceamento, porque são válidas ou não para o caso concreto, uma suplanta à outra, quando em conflito – ocasião em que, uma delas, perde sua validade para solucionar o caso concreto. Dessa forma, o juiz decide o caso concreto sem levar os direitos a sério, isto é, sem considerar a argumentação dos sujeitos de direito, porque um juiz positivista vai, deliberadamente, escolher qual regra será aplicável ao caso concreto, socorrendo-se de esquemas hermenêuticos pré estabelecidos⁵⁰⁸.

Neste sentido, os princípios viabilizam a solução dos casos difíceis, porque é através deles que se exterioriza a construção argumentativa do caso concreto. Os princípios enunciam a regra particular que soluciona o caso concreto (a sentença), a medida que os argumentos apresentados ao juiz pelos sujeitos de direito são válidos para uma caso concreto específico, não

⁵⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

⁵⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 41.

⁵⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 42-43.

generalizado. É dizer que, com base em argumentos de princípio o tribunal enuncia uma nova regra jurídica, que particulariza o caso concreto⁵⁰⁹.

Como o positivismo está assentado na compreensão do Direito como uma comunidade fechada de regras, aprioristicamente estabelecidas, diante de um caso concreto que não ofereça uma solução acabada, isto é, uma regra que o solucione, o juiz decide discricionariamente, porque não pode deixar de decidi-lo⁵¹⁰.

O positivismo não reconhece a normatividade dos princípios, porque não está assentado sobre uma Teoria da Integridade⁵¹¹, mas reducionista, e convencionalista do Direito⁵¹². Diferentemente das regras, os princípios não são enunciados prescritivos de condutas, e, por essa razão, não perdem sua validade, quando não prevalecem, como norma jurídica orientadora da decisão judicial de um caso concreto. Os princípios são a força motriz para a construção da decisão judicial juridicamente válida⁵¹³. Eles são historicamente construídos e resgatados, representam a moral objetiva do *ethos*, por isso, são reputados como normas jurídicas válidas⁵¹⁴.

Assim, insta salientar a relevância da correção normativa, que se caracteriza como a possibilidade de reinterpretação de uma regra jurídica diante de um caso concreto, para favorecer a aplicação de um princípio orientador à decisão judicial, que produzirá a regra jurídica particular para o caso. Isto implica afirmar que uma regra jurídica só existe após a decisão judicial⁵¹⁵.

O problema que o poder discricionário, em seu *sentido forte* provoca, é que diante da ausência de previsão normativa – regra aprioristicamente definida – o juiz positivista fundamenta sua decisão metajuridicamente, pois não reconhece o caráter normativo dos princípios inseridos no discurso de aplicação do Direito⁵¹⁶, subvertendo-os⁵¹⁷.

⁵⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 46.

⁵¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 50-51.

⁵¹¹ A Teoria da Integridade é desenvolvida por Ronald Dworkin na obra “O Império do Direito”.

⁵¹² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 56.

⁵¹³ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 57.

⁵¹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 58.

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 59.

⁵¹⁶ A distinção dos discursos jurídicos de fundamentação e aplicação do Direito é resgatada por Jürgen Habermas, na obra “Facticidad y Validez”, a partir das lições de Klaus Günter.

⁵¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 63.

Ao discorrer sobre a *regra de reconhecimento* de H. L. A. Hart⁵¹⁸, Dworkin afirma que sua gênese está assentada em argumentos de autoridade, decorrentes do exercício da competência estruturante do poder estatal institucionalizado. Por isso afirma, em uma perspectiva crítica ao positivismo, que os princípios interagem, entre si, e se apóiam uns aos outros, não se aglutinando, pois, em uma única regra⁵¹⁹.

Dworkin também critica os costumes, não os considerando como “fontes do Direito”, e esclarece que a compreensão positivista, que os assume como “fontes” do Direito é devedora da aceitação da regra de reconhecimento formulada por Hart, na medida em que os costumes somente se validariam “juridicamente”, quando confirmados pela autoridade competente⁵²⁰. E nesse sentido, o autor argumenta que não se pode, ao compreender o Direito como uma comunidade de princípios, reconhecer a supremacia da regra de reconhecimento, em razão da sua mera aceitação, e que todas as demais regras estão a ela subordinadas⁵²¹.

Enfim, a compreensão do Direito como uma comunidade de princípios cobra a rejeição da regra de reconhecimento meramente aceita pela comunidade, o poder discricionário criativo do juiz, quando não há aprioristicamente uma regra que regule o caso concreto, oferecendo-lhe prontamente e de modo irreflexivo, a sua resposta, e por conseguinte, toda a teoria que versa acerca da existência de uma obrigação jurídica, quando estabelecida por uma regra do Direito⁵²². Assim, uma obrigação jurídica passaria a ser admitida somente quando sustentada por argumentos jurídicos, isto é, argumentos de princípio – o que permite alcançar a solução adequada em um caso difícil⁵²³.

Todavia, o autor critica a postura assumida pelo positivismo jurídico na medida em que, ao não considerar o Direito como uma comunidade

⁵¹⁸ A regra de reconhecimento de H. L. A. Hart criticada por Ronald Dworkin é na verdade, a norma fundamental de Hans Kelsen, também pressuposta de acordo com a moral individual do legislador constituinte. Para maiores esclarecimentos acerca da regra de reconhecimento de Hart consultar CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...* cit., p. 46 et seq.

⁵¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 64 et seq. .

⁵²⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 66 et seq.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald, *Levando...*, cit., p. 69.

⁵²² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 70-71.

⁵²³ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 71.

principiologicamente estruturada, o positivismo oferece aos casos difíceis⁵²⁴, a possibilidade de se decidi-los discricionariamente. Dworkin pontua. Ainda, que, somente na medida em que houver um desapego ao modelo de regras, a prática jurídica poderá ser fielmente construída⁵²⁵.

Retomando a premissa lançada por Hart, de que uma obrigação jurídica existe, quando previamente determinada pelo Direito, Dworkin tece críticas ao convencionalismo positivista, que reduz a faticidade do Direito à sua validade⁵²⁶.

O convencionalismo positivista impinge aos juizes o dever de aplicar a lei, cuja validade está fundamentada na regra de reconhecimento aceita, e reconhecida como válida pela comunidade, isto é, o Direito seria uma mera constatação sociológica. O juiz, diante de um caso concreto, deve tão só aplicar o Direito convencionado a partir de regras, que determinam o comportamento dos membros da comunidade. Além do mais, quando uma regra social estabelece que os membros do *ethos* devem se portar de acordo com o que está convencionado (aceito), ela abre campo para que outrem (o juiz) estabeleça um juízo valorativo acerca do comportamento de alguém, que integrando a comunidade, não observa o que está convencionalmente determinado pelo Direito⁵²⁷.

Ao compreender o Direito como um sistema de regras, o positivismo estabelece as hipóteses fáticas válidas, isto é, as regras aceitas pelo *ethos*, e, por conseguinte, o rol de exceções a partir das quais o comportamento de alguém não seria passível de um juízo crítico de valoração pelo juiz, quando da apreciação do caso concreto⁵²⁸. Nesse sentido, Dworkin esclarece que “É possível que o dever judicial seja um caso de moralidade convencional, disso não segue que alguma regra social estabeleça o limite, ou mesmo, o limiar do dever judicial”⁵²⁹. Isto significa dizer que o Direito e a atividade jurisdicional não se esgotam em um catálogo de regras aprioristicamente estabelecidas, ao gosto do positivismo.

⁵²⁴ De acordo com Dworkin, os casos difíceis são aqueles para os quais o Direito não estabelece aprioristicamente, uma solução.

⁵²⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 71-72.

⁵²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 79-80.

⁵²⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 81 *et seq.*

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 86 *et seq.*

⁵²⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 92.

Dworkin tece críticas à “força” assumida pelos precedentes judiciais, sob a perspectiva do convencionalismo positivista. Esclarece ainda o autor que nenhuma teoria que compreenda o Direito como uma comunidade de princípios reconhece o “apoio” das instituições jurídico políticas como uma regra de reconhecimento, como o faz o positivismo⁵³⁰. Por conseguinte, não há que se falar, sob a perspectiva dworkiana, em um reconhecimento da discricionariedade judicial diante dos casos difíceis⁵³¹.

Os princípios, quando entram em “conflito” diante de um caso concreto, interagem entre si e orientam a razão (os argumentos) para que ao final, um deles seja invocado como aquele que orientou a solução do caso particular. O que resta sedimentado pelo discurso de Dworkin, é que a questão que norteia a prática jurídica é uma questão de princípios, e não de regras. Isto quer dizer que, o fato de uma regra não ser invocada para solucionar determinado caso concreto, não significa que ela resta suplantada em absoluto, mas que em determinado caso concreto, referida regra não será, em princípio, aplicável. A questão é que diante de um caso concreto, todo o Direito deve ser considerado⁵³², e esta premissa abarca, tanto as regras, quanto os princípios.

A prática jurídica é considerada um exercício de interpretação. O Direito é político, isto é, uma instituição. E, buscando o resgate de referida instituição, Dworkin propõe comprar literatura e Direito, tecendo suas críticas à postura meramente descritiva das proposições jurídicas, tomando como pano de fundo, o positivismo. Isto, porque a questão enfocada pelo autor diz respeito a como atribuir sentido às proposições jurídicas⁵³³.

As críticas de Dworkin ao positivismo estão assentadas na premissa de que, embora as proposições jurídicas sejam trechos da história, é muito difícil dizer o que elas descrevem, afinal, tais proposições limitam-se a descrever aquilo que o Direito é, e não, o que ele deveria ser⁵³⁴. Os positivistas costumam afirmar que o Direito é uma questão de interpretação, e quando se deparam com um texto legislativo “obscuro”, empregam as conhecidas “técnicas de interpretação da lei”. Aos positivistas falta uma compreensão adequada daquilo

⁵³⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 105 et seq.

⁵³¹ DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 108. et seq.

⁵³² DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., p. 113 et seq.

⁵³³ DWORKIN, Ronald. *Como o direito se assemelha à literatura*. Uma questão de princípio. 2 ed. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

⁵³⁴ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 218.

que significa interpretação. Neste sentido, a tradição literária defende uma pretensa idéia de que a atividade interpretativa de um documento consiste em alcançar, ou melhor, descobrir a “intenção” dos legisladores ou constituintes, quando da elaboração de um texto legislativo⁵³⁵.

A interpretação não deve ser tratada pelos juristas como uma atividade *sui generis*, pois ela é um modo de conhecimento, que atua em outros contextos. A literatura, então, possibilita uma melhor compreensão do Direito, porque se defenderam nela, muito mais teorias acerca da interpretação do que o fizeram no Direito, principalmente, porque as teorias da interpretação na literatura contestaram, com mais ênfase, a distinção entre a descrição e a valoração, que no âmbito do Direito, representou uma debilitação da teoria jurídica⁵³⁶.

Dworkin chama-nos a atenção para o fato de que assim como na literatura, uma obra literária deve ser interpretada em sua totalidade, o Direito, como a obra que é, deve ser interpretado como um todo⁵³⁷. A sua interpretação mostrará de que maneira os textos legislativos podem ser melhor compreendidos, tornando o Direito uma melhor obra⁵³⁸.

Ao lançar mão das críticas a uma “estética literária” Dworkin está fazendo referência ao modo como o Direito se apresenta esteticamente, de acordo com os positivistas. Para eles, o Direito esteticamente se apresenta como um conjunto de proposições “jurídicas” previamente acordadas pelos concidadãos. Dworkin também destaca a consequência de se compreender o Direito como um modelo de regras convencionadas – o apego a literalidade dos textos legais, e, também, ao argumento de autoridade, que faz deles, verdadeiros dogmas⁵³⁹.

Se em “Levando os Direitos a Sério” Dworkin demonstrou que o Direito é uma comunidade de princípios e regras em princípio aplicáveis, em “Como o Direito se Assemelha à Literatura”, o autor vai mais além, pois a atividade interpretativa dessa comunidade de princípios, visa uma coerência – e não uma “estética normativa” – diante de um caso concreto. Trata-se aqui do

⁵³⁵ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 219.

⁵³⁶ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 219-220.

⁵³⁷ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 221.

⁵³⁸ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 222.

⁵³⁹ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 223.

reconhecimento institucional do Direito como uma comunidade de princípios⁵⁴⁰. Assim, como na literatura não existe uma interpretação aprioristicamente dada da obra, também, no Direito não há que se falar em um sentido previamente dado pelo legislador aos textos legais. Isto porque a interpretação é considerada um empreendimento, uma instituição pública. Logo, qualquer sentido apriorístico que seja dado aos textos legislativos não é passível de validação⁵⁴¹, isto é, de que referidos textos sejam coerentemente interpretados.

Assim como na literatura uma interpretação orientada à busca da “intenção do autor” da obra literária implica uma atribuição de sentido restrita e estrita em relação a ela, no Direito, compreendido como uma comunidade de princípios. Uma interpretação dos textos legais com vistas a buscar-se a “vontade da lei” ou a “vontade do legislador” implica que o intérprete do Direito tem acerca dele, uma compreensão demasiado estrita, e restrita, e, portanto, uma compreensão que não faz sentido⁵⁴².

Interpretar o Direito não significa “descobrir” qual é a “intenção do legislador”, quando da elaboração do texto legal⁵⁴³, mas para um positivista esta é uma questão relevante, porque o positivismo parte da premissa de que o Direito não pode ser antagonicamente interpretado em relação ao legislador⁵⁴⁴. Para os positivistas, o legislador é o autor do Direito.

Por outro lado, como o Direito, é em outra perspectiva, uma comunidade de princípios, ele mesmo permite que seus textos sejam re-interpretados diante de um caso concreto. Isto significa dizer que o Direito se reconstrói, se reinterpreta a partir de si mesmo⁵⁴⁵. Quando se compreende que o Direito é uma comunidade de princípios, qualquer teoria “intencionalista” acerca da sua interpretação não se sustenta⁵⁴⁶.

A interpretação do Direito é também uma atividade de criação, mas não no sentido de se elaborar uma “nova obra”, mas sim, no sentido de que o juiz, assim como o crítico literário o faz na literatura, deve de maneira responsável, decidir qual é a maneira de se compreender o Direito como uma melhor obra.

⁵⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 223.

⁵⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 228.

⁵⁴² DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 229.

⁵⁴³ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 230.

⁵⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 231.

⁵⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 233.

⁵⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 235.

Dworkin ressalta, neste sentido, a busca do intérprete pela coerência e a integridade do Direito, assim como o crítico literário procede em relação a uma obra literária⁵⁴⁷.

Sob a perspectiva dworkiana, os juízes são assemelhados aos romancistas literários, que são convidados a escrever cada um, um capítulo de um romance único. No caso do Direito, cada juiz, ao decidir um caso concreto, deve revisitar tudo aquilo que foi produzido na prática jurídica por outros juízes que o antecederam, não apenas para descobrir o que eles disseram, mas para que de maneira responsável, o juiz Hercules possa prosseguir com essa história institucional do Direito no futuro⁵⁴⁸.

Ao decidir um novo caso concreto, o juiz deve com responsabilidade e considerando a história institucional do Direito, examinar qual princípio ou política fundamentou as decisões anteriores, mas não se esquecendo de que é sua incumbência levar adiante a construção dessa história institucional do Direito⁵⁴⁹.

Uma interpretação plausível da prática jurídica deve demonstrar, no caso concreto, o melhor princípio ou política que o fundamenta⁵⁵⁰. O juiz deve interpretar a prática jurídica como ela se encontra, e não inventar para o Direito, uma história institucional melhor. Diante desta comunidade de princípios que o Direito é, o juiz escolhe, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto, qual interpretação é a mais coerente para referido caso. A decisão do juiz no caso concreto não é remetida à “intenção” de outrem – leia-se, do legislador⁵⁵¹. A interpretação do juiz no caso concreto reconhece o Direito como integridade. Isto implica a busca por uma coerência normativa, comprometida com a história institucional do Direito⁵⁵².

A melhor interpretação do Direito realizada pelo juiz, diante de um caso concreto, não precisa, necessariamente, ser compartilhada pelos juizes do passado⁵⁵³. Cada caso concreto exige um esforço hermenêutico do juiz no sentido de se desenvolver uma nova interpretação do Direito. O Juiz não pode,

⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 235.

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 238.

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 238.

⁵⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 239.

⁵⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 240.

⁵⁵² DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 241.

⁵⁵³ DWORKIN, Ronald. *Como...*, cit., p. 242.

diante de um caso concreto, escolher quais decisões produzidas pela prática jurídica no passado ele irá enfrentar, pois isso implicaria colocá-lo na condição de legislador⁵⁵⁴, o que por certo, compromete o reconhecimento coerente da história institucional do Direito, que se volta ao passado, mas abre-se em perspectiva, ao futuro.

O Direito não é uma questão de bom senso ou de justiça. A integridade é um ideal de coerência normativa assentado na compreensão de que o Direito é uma comunidade de princípios. Isto significa dizer que a interpretação do Direito é uma questão de princípio⁵⁵⁵. Neste sentido, o que o Direito como integridade rejeita, é a falta de coerência normativa entre os atos do Estado personificado⁵⁵⁶, isto é, a falta de coerência da prática jurídica.

A integridade rejeita que o Direito esteja assentado em convenções previamente firmadas. Isto porque o sentido da igualdade no convencionalismo é apenas formal⁵⁵⁷. Por outro lado, quando se compreende esse ideal de integridade, isto é, de coerência principiológica, resgata-se o sentido de autolegislação verificado nas lições de Kant e Rousseau. A integridade resgata os ideais de igualdade e liberdade, atribuindo-lhes uma coerência normativa, isto é, a integridade reconhece esses ideais como princípios⁵⁵⁸. A integridade permite que os concidadãos se considerem mutuamente como livres e iguais, na medida em que ela põe em destaque a atuação que os concidadãos desempenham, individualmente, no sentido de desenvolverem as normas da comunidade⁵⁵⁹.

A integridade rejeita a compreensão do Direito como um monopólio do uso da força⁵⁶⁰ exteriorizada num acordo tácito – o contrato social⁵⁶¹, como outrora se verificou no positivismo. A partir do momento em que se reconhece

⁵⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Como...* cit., p. 245-246.

⁵⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 215. Cumpre esclarecer que a distinção entre regras e princípios elaborada por Dworkin em “Levando os Direitos a Sério” é abandonada pelo autor em “O Império do Direito”, pois a compreensão do Direito como uma comunidade de princípios dispensa a distinção normativa outrora realizada. O autor procederá, nesse sentido, a uma distinção entre princípios e políticas. Isto não implica uma contradição, mas sim, um aprimoramento da teoria do autor em relação ao que, anteriormente, se defendeu na obra de 1978.

⁵⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 223.

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 225 *et seq.*

⁵⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 229.

⁵⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 230.

⁵⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 231-232.

⁵⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 233-234.

o Direito como uma comunidade de princípios, e que a integridade resgata o ideal de liberdade e igualdade dos concidadãos, o convencionalismo não mais se sustenta. Não há que se falar, assim, em uma “comunidade de regras”⁵⁶², reconhecida pela concepção convencionalista do Direito. O Direito, sob a perspectiva da integridade, não é passível de se consolidar a partir de acordos ou negociações, somente alteráveis mediante a celebração de um novo acordo, estipulando-se assim, novas regras⁵⁶³.

Quando se assume o Direito como integridade, tem-se que a comunidade deve respeitar essa comunidade ideal e coerente de princípios que o Direito é como um todo⁵⁶⁴. Por isso se fala na comunidade de princípios, na medida em que a comunidade reconhece que é governada por princípios comuns, e não, por acordos políticos, como o seria em uma comunidade de regras⁵⁶⁵.

O Direito como integridade não se esgota nas decisões institucionais tomadas no passado, mas ele depende desse sistema de princípios que as fundamentaram. Os direitos e deveres dos concidadãos livres e iguais decorrem dessa comunidade de princípios, ainda que tais princípios não tenham sido, sob o viés formal, identificados ou declarados. Estes direitos e deveres dos concidadãos livres e iguais decorrem do resgate, ou melhor, da reconstrução da própria história institucional do Direito⁵⁶⁶.

Somente quando se reconhece o Direito como uma comunidade de princípios ideal e coerente, podemos levar o Direito a sério, no sentido de que os concidadãos livres e iguais se reconhecem, sob essa perspectiva, como responsáveis pela constante reconstrução da história institucional do Direito, tanto no âmbito legislativo, quanto no jurisdicional – este, o âmbito institucional em que se leva a feito a sua aplicação. Na medida em que se reconhecem a igualdade e a liberdade como princípios resgatados pelo ideal de integridade do Direito, os concidadãos consideram-se igualmente dignos. Assim, a dignidade assume um sentido coerente com essa comunidade de princípios⁵⁶⁷.

⁵⁶² DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 253.

⁵⁶³ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 254.

⁵⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 254.

⁵⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 254.

⁵⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 255.

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 257.

A comunidade de princípios reconhece a integridade e condena o convencionalismo positivista. Uma comunidade de princípios resgata a legitimidade do Direito, outrora negligenciada pelo “Direito do Meio Termo”, típico do modelo de regras positivista⁵⁶⁸. Neste sentido, “A integridade como um ideal político se adapta e explica características de nossa estrutura e prática constitucional, que, de outro modo, mostram-se enigmáticas”⁵⁶⁹. Trata-se, enfim, de se desvelar o Direito à sua melhor luz⁵⁷⁰. Nesse sentido, o juiz que aceita a integridade:

“[...] pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm à uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz”⁵⁷¹.

Disso, podemos extrair que, sob a perspectiva dworkiana, a solução para o caso concreto é fornecida pelas suas próprias circunstâncias, e que o juiz, ao interpretar a comunidade de princípios, enfrentando todas as circunstâncias do caso, definirá o princípio que fundamentará a sua decisão para o caso concreto específico. Isso pressupõe que: como “romancista” que é, o juiz deve “reler” toda a “obra” até o estágio em que ela se encontra, para, a partir daí, escrever um “novo capítulo” da história institucional do Direito.

Cumpramos ressaltar que coerência não significa que casos semelhantes devem ser repetidamente solucionados da mesma maneira. Isso porque a integridade compreende o Direito como um todo, sendo, pois, uma comunidade de princípios⁵⁷². Dessa afirmação, concluímos que uma comunidade de princípios rejeita a analogia como “fonte” do Direito.

O juiz que reconhece o Direito como integridade, exerce um constante exercício imaginativo, no sentido de buscar a coerência com referido princípio, isto é, a integridade, e por isso, um juiz que assume o Direito como uma

⁵⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 258.

⁵⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 259.

⁵⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 259-260.

⁵⁷¹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 263.

⁵⁷² DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 263-264.

comunidade ideal e coerente de princípios, é sem dúvida, mais cuidadoso, do que um juiz pragmático⁵⁷³.

A integridade reconhece como autor do Direito a comunidade personificada, no sentido de sempre se buscar, quando da interpretação do Direito, uma coerência normativa⁵⁷⁴. O Direito como integridade reconhece como legítimas as proposições jurídicas fundamentadas por princípios,, que ofereçam a melhor interpretação construtiva da prática jurídica. Por outro lado, o convencionalismo determina que os juízes “descubram” o Direito examinando as decisões institucionais tomadas no passado, o que a proposta do Direito dworkiana rejeita, porque um juiz pragmático jamais conseguirá reconstruir a prática jurídica, na medida em que ele não a interpretará na sua totalidade⁵⁷⁵.

A compreensão do Direito como integridade permite-nos afirmar que além de se reconstruir a prática jurídica, a integridade coaduna-se com a premissa de que o Direito é a sua própria fonte, pois diuturnamente, o juiz procede a uma reinterpretação dessa comunidade ideal e coerente de princípios a cada caso concreto⁵⁷⁶.

A reinterpretação da comunidade de princípios toma em consideração a construção histórica das decisões institucionais tomadas no passado, porém, com vistas a oferecer uma leitura coerente desses mesmos princípios diante de um caso concreto, que se abra também ao futuro, pois toda a história institucional do Direito está fundamentada na comunidade de princípios que a justificam⁵⁷⁷. O Direito como integridade inicia-se no presente, e só volta-se ao passado, se o seu enfoque contemporâneo – leia-se o caso concreto – o determinar. A prática jurídica atual é justificada por princípios atraentes, no sentido de que, ao ser interpretada, ela resgata a sua história institucional, que se abre, em perspectiva, ao futuro. De acordo com a integridade, não há porque se falar que o Direito se esgota na lei⁵⁷⁸.

De acordo com a perspectiva do Direito como integridade apresentada por Dworkin, o juiz que decide um caso difícil é comparado a um crítico literário,

⁵⁷³ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 265.

⁵⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 271-272.

⁵⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 272-273.

⁵⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 273.

⁵⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 273-274.

⁵⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 2774.

que interpreta um poema complexo. Neste sentido, os juízes são, simultaneamente, autores e críticos⁵⁷⁹.

Dworkin explicita a reconstrução da prática jurídica por meio de uma metáfora denominada “Romance em Cadeia”⁵⁸⁰. Esta metáfora significa que cada juiz deve, ao decidir um caso concreto – isto é – que cada juiz, ao escrever um capítulo do “romance”, deve reinterpretar toda “obra” – o Direito, ou melhor a comunidade de princípios – no sentido de oferecer ao caso concreto a melhor interpretação possível, que ele possa ter, de acordo com suas circunstâncias.

Cada juiz, ao decidir um caso concreto, deve, ao reinterpretar o Direito, manter a coerência da sua história institucional, isto é, manter a coerência do “romance”. Quando o juiz escreve um novo capítulo dessa história institucional do Direito ele reproduz toda a complexidade de decidir um caso difícil a partir da interpretação dessa comunidade ideal e coerente de princípios que é o Direito, como integridade representa⁵⁸¹.

Cada juiz deve reinterpretar a prática jurídica – o “romance” – como a encontra, acrescentando à prática jurídica, quando da decisão de um caso concreto, a sua contribuição para o prosseguimento do processo de construção e reconstrução da história institucional do Direito pelos juízes que o sucederem nessa tarefa de reconstruir com responsabilidade a prática jurídica⁵⁸², isto é, de “levar o Direito a sério”.

O juiz deve, ao decidir o caso concreto, interpretar todas as suas circunstâncias, para que possa, ao decidi-lo, permitir a continuidade da construção histórico-institucional do Direito⁵⁸³. Por isso, o “juiz Hércules”⁵⁸⁴, dotado de capacidade e paciência sobre-humanas deve, ao decidir o caso concreto, revisitar a história institucional do Direito até então construída, para que, diante do caso concreto, reflita acerca de todas as suas circunstâncias. A partir desse esforço hermenêutico empreendido pelo “juiz Hércules” ele fundamentará a sua decisão, por um único princípio, dentre os demais que integram a comunidade principiológica ideal e coerente do Direito, no sentido

⁵⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 275.

⁵⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 275.

⁵⁸¹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 276.

⁵⁸² DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 276.

⁵⁸³ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 277.

⁵⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 287.

de oferecer ao caso concreto uma única resposta correta – aquela que assumindo o Direito como integridade, desvela o Direito à sua melhor luz, isto é, a decisão do caso concreto é fundamentada com argumentos jurídicos – argumentos de princípio. Não há que se falar, quando se assume o Direito como integridade, em decisões fundamentadas por políticas – tal como um juiz pragmático convencionalista o faria. Isto, porque a integridade do Direito rejeita o convencionalismo⁵⁸⁵.

Ao decidir o caso concreto, as opiniões de Hércules acerca da resposta adequada tomam como ponto de partida o próprio caso concreto. Isto significa dizer que o raciocínio hermenêutico empreendido por Hércules é circular⁵⁸⁶. A integridade rejeita a compartimentalização do Direito, embora ela seja reconhecida pela prática jurídica⁵⁸⁷.

Hércules, como muitos autores sustentam em uma leitura equivocada da obra de Dworkin⁵⁸⁸, seria um juiz mitológico e arrogante. Ora, o que Dworkin deixa claro com a figura de Hércules, é que o juiz, ao decidir um caso concreto, deve, humildemente, assumir uma postura reflexiva acerca da melhor interpretação possível da comunidade de princípios em determinado caso concreto, isto é, a partir de um esforço hermenêutico, o juiz deve construir para aquele caso concreto a única resposta correta preservando a coerência normativa do Direito⁵⁸⁹.

E isto só é possível, quando se reconhece o Direito como integridade, isto é, quando se respeita a sua construção histórico-institucional a partir do exame das decisões do passado em uma perspectiva que se abre ao futuro.

A postura hermenêutica circular assumida a partir da compreensão da integridade do Direito rompe com o paradigma positivista. Isto porque a construção da norma toma como ponto de partida o caso concreto, enquanto a perspectiva convencionalista subsume o fato à “norma” aprioristicamente estabelecida pelo legislador.

Esta é uma premissa que, como se pode constatar, não se coaduna com a integridade, pois há, sob essa perspectiva tipicamente convencionalista, uma

⁵⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 288 et seq.

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 300. Trata-se aqui do que Dworkin denomina como prioridade local.

⁵⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 300 et seq.

⁵⁸⁸ Referimo-nos aqui a Robert Alexy.

⁵⁸⁹ DWORKIN, Ronald. *O império...*, cit., p. 316.

estreiteza do raciocínio hermenêutico, que esgota o Direito em um modelo de regras. E desde já adiantamos, fundamentando-nos em Habermas, que referida estreiteza interpretativa compromete a legitimidade do Direito, quando analisada em termos discursivos.

4.2.2. A Teoria de Robert Alexy: Os princípios como mandados de otimização

Ao discorrer sobre o argumento dos princípios, Alexy, citando Hart, afirma que o Direito Positivo, compreendido como um sistema de regras, apresenta uma textura aberta. Tal textura aberta é devedora do caráter vago da linguagem, afeita ao Direito, tendo em vista que podem haver contradições entre as normas, ou ainda, a falta de uma norma sob a qual uma decisão judicial possa se apoiar. Pode ocorrer também, que, em razão desse caráter vago e impreciso da linguagem do Direito, o juiz decida contrariamente ao que dispõe uma norma jurídica em casos especiais⁵⁹⁰.

Levando-se em conta que somente o Direito Positivo se considera Direito, o juiz deve decidir dentro desse campo de abertura, isto é, em todos aqueles casos que se revelam duvidosos, levando em consideração quando de sua decisão, critérios extra-jurídicos. Assim, o Direito Positivo autoriza o juiz a criar um Direito novo da mesma forma que o faz o legislador, baseando-se em critérios metajurídicos⁵⁹¹.

Em contraposição aos argumentos anteriores, típicos de uma compreensão do Direito Positivo como um sistema de regras, o argumento dos princípios afirma que o juiz vincula-se legalmente no âmbito dessa textura aberta do Direito Positivo, ou seja, do Direito estabelecido e eficaz. Estabelece-se, dessa feita, uma vinculação entre o Direito e a Moral⁵⁹².

O que embasa o argumento dos princípios é a sua distinção em relação às regras⁵⁹³. Os princípios são considerados normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas que norteiam o caso concreto. Os princípios são, nesse sentido,

⁵⁹⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 83-84.

⁵⁹¹ ALEXY, Robert. *Conceito...*, cit., p. 84.

⁵⁹² ALEXY, Robert. *Conceito...*, cit., p. 84.

⁵⁹³ ALEXY, Robert. *Conceito...*, cit., p. 85.

mandados de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados, por isto, a medida de satisfação dos princípios não depende somente das possibilidades fáticas, mas, de igual maneira, das possibilidades jurídicas. Tais possibilidades jurídicas são determinadas a partir da colisão entre regras e princípios⁵⁹⁴. Isto implica afirmar que os princípios carecem de ponderação, sendo essa a forma que caracteriza a sua aplicação⁵⁹⁵.

As regras, por sua vez, são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, deve-se fazer aquilo que por ela é exigido, nem mais, nem menos. As regras contêm determinações daquilo que é considerado fática e juridicamente possível. Isto implica afirmar que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau, tendo em vista que toda norma é uma regra ou um princípio⁵⁹⁶.

As regras prescrevem, portanto, uma consequência jurídica definitiva, isto é, permitem ou proíbem que se faça algo de forma definitiva, e neste sentido, podem ser designadas como mandamentos definitivos, já que são aplicadas por meio da subsunção⁵⁹⁷.

Em que pese à referida distinção normativa procedida pelo autor, entre regras e princípios, insta ressaltar que se os princípios são considerados como mandados de otimização, que se realizam na maior medida possível, e em graus variados, Alexy resta preso ainda, a uma compreensão positivista do Direito. Explicar-se-á o porquê.

Embora não seja positivista, Alexy parte do pressuposto de Kelsen de que existe uma norma fundamental, que se faz necessária para a explicação atinente à passagem do plano do *ser* para o do *dever ser*, o que implica uma incompreensão da tensão estabelecida entre ideal e real⁵⁹⁸.

Alexy, pretendendo superar a perspectiva funcional do Direito, lançada por Kelsen, parte de uma postura pretensamente normativa, ainda que esteja atrelada a uma fundamentação moral. Neste sentido, a norma fundamental não poderia ser neutra, pois isto, implicaria *déficits* concernentes à legitimidade,

⁵⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.

⁵⁹⁵ ALEXY, Robert. *Conceito...*, cit., p. 85.

⁵⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., p. 91.

⁵⁹⁷ ALEXY, Robert. *Conceito...* cit., p. 85.

⁵⁹⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional do direito penal: Contribuições da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 55.

porque para Alexy, o juridicamente válido abarcaria para além do socialmente eficaz, o justo⁵⁹⁹.

Na noção de norma fundamental, Alexy introduz um elemento gradativo atinente à justiça das normas da ordem jurídica. A norma fundamental alexiana teria a finalidade de: a) transformar o *ser* em *dever-ser*, isto é, o socialmente eficaz em juridicamente válido; b) determinar os critérios por meio dos quais se possa definir o que é o Direito; c) criar uma idéia de unidade sistemática, tendo em vista que todas as normas da ordem jurídica teriam como pressuposto de validade a norma fundamental. Esta norma fundamental seria um pressuposto necessário, não sendo uma norma posta, mas pressuposta⁶⁰⁰.

Alexy compreende que normas morais, por exemplo, podem servir como fundamento dessa norma fundamental sem retirar dela, o seu caráter fundante da ordem jurídica. É neste sentido que Alexy vai compreender o Direito como um caso especial da Moral⁶⁰¹.

Isto porque a norma fundamental “nada mais seria que uma densificação de certa noção de critérios de atribuição de legitimidade. Seria um acoplamento entre o mundo do ser e o Direito”⁶⁰². A norma fundamental alexiana refere-se a uma legitimidade moral, tanto no que concerne aos seus elementos, quanto no que toca a uma dimensão axiológica, em termos da aplicação do Direito⁶⁰³.

O sistema jurídico, para Alexy, é composto de regras e princípios, incluindo-se também os procedimentos, pois as normas jurídicas não são autoaplicáveis. O procedimento, a partir de uma razão prática, permitiria o alcance da racionalidade do Direito, pois, tendo em vista a razão prática, não se podem renunciar na ordem jurídica, aos princípios e aos valores⁶⁰⁴.

A partir dos argumentos de Dworkin, é que Alexy procede à distinção entre regras e princípios explicitada anteriormente.

Ao criticar Dworkin, Alexy afirma que não se pode pretender uma única resposta correta para cada caso concreto. Isto porque esta única resposta só poderia ser alcançada se fossem cumpridas altas exigências que permitissem um consenso, tais como tempo, informações, clareza linguística e conceitual,

⁵⁹⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 56.

⁶⁰⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 56.

⁶⁰¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 56.

⁶⁰² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 56.

⁶⁰³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 57.

⁶⁰⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 57.

capacidade e disposição para mudança de pontos de vista na argumentação, e ausência de preconceitos ilimitados. Assim, nenhum procedimento seria capaz de com *segurança* intersubjetiva, chegar a essa única resposta correta para o caso, tendo em vista que, em razão das *condições reais*, é que as exigências elencadas anteriormente podem ser cumpridas de maneira aproximada, transmitindo-se, também, por aproximação dessa resposta ideal para o caso, uma resposta aproximada à qual se pode alcançar⁶⁰⁵.

Neste sentido, Alexy procede a uma leitura superficial da doutrina de Dworkin, tendo em vista que, quando este autor afirma haver uma *dimensão de peso* entre os princípios, que o princípio norteador do caso concreto deve ser *descoberto* pelo aplicador, ou ainda, que a aplicação das regras se opera à base do *tudo ou nada*, fá-lo a partir de uma perspectiva deontológica, ainda que abra margem para interpretações terminológicas equivocadas como a de Alexy, visto que este autor interpreta o termo *balanceamento* de Dworkin a partir de um viés axiológico, que toma em conta, a ponderação⁶⁰⁶.

Ora, é por meio de uma interpretação reconstrutiva – que apresenta a idealidade subjacente na práxis comunicativa – e que se orienta ao entendimento, é que se pode garantir uma adequada interpretação normativa do Direito, compreendido como um sistema ideal e coerente de princípios. Quando Alexy opõe idealidade e realidade, não é capaz de compreender o caráter reconstrutivo desta por meio da comunicação, e daquela, a partir de pressupostos pragmáticos universais, que se constroem e se reconstroem comunicativamente⁶⁰⁷.

Após o giro hermenêutico pragmático, essa tensão entre ideal e real não é levada a efeito em termos aproximativos, mas reconstrutivos. Isto porque o consenso não é compreendido como o aceite de todos aqueles indivíduos afetados, mas como um resultado que se constrói tendo em vista o respeito às liberdades comunicativas, implicando uma aceitabilidade racional, quando se procede a um juízo de correção normativa, que respeita, por conseguinte, os pressupostos pragmático-universais⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., 72.

⁶⁰⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 58.

⁶⁰⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 72-73.

⁶⁰⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 73.

Ao não compreender o giro hermenêutico, Alexy pretende superar pretensamente um sistema de regras propondo que os princípios teriam uma estrutura e um caráter argumentativo diversos das regras, afirmando que os princípios seriam mandados de otimização realizáveis no melhor grau possível das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras seriam determinações que não se realizariam em graus distintos⁶⁰⁹. É neste sentido que Alexy prende-se a uma compreensão típica do positivismo, como ressalta Lúcio Antônio Chamon Junior:

“A questão é que o autor acaba, bem ao gosto de uma compreensão materializante, pretendendo estabelecer uma relação de prioridade entre os princípios aos moldes de uma ordem concreta de valores a estabelecer uma hierarquia entre os mesmos, já que os compreende como problemas correspondentes”⁶¹⁰.

Alexy compreende o balanceamento dos princípios a partir de três sub princípios que visam a otimização, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito⁶¹¹.

O princípio da adequação é interpretado a partir de uma lógica instrumental, tendo em vista que a adoção de um meio não se opera sem que haja um fim a ser alcançado, em razão do qual ou para o qual referido meio teria sido escolhido. Neste sentido, o meio adotado deve alcançar uma finalidade determinada⁶¹².

O princípio da necessidade estabelece que, em face das circunstâncias fáticas, se duas estratégias servem como meio para a satisfação de P1, isto, é, são igualmente adequadas, deve-se optar por aquela estratégia menos gravosa em relação a outrem. Bastaria, neste caso, a aplicação ótima de P1 e P2⁶¹³.

Entretanto, se uma terceira finalidade é afetada negativamente pela estratégia, que interferiria de modo menos gravoso em P2, faz-se necessário o balanceamento, por meio do princípio da proporcionalidade, no que concerne às possibilidades jurídicas do caso concreto. O princípio da proporcionalidade é

⁶⁰⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 73.

⁶¹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 74.

⁶¹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 74.

⁶¹² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 74.

⁶¹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 74.

o que estabeleceria uma relação de prioridade entre os princípios, tendo em vista que quanto maior o grau de não satisfação de um princípio, mais importante seria a satisfação de outro⁶¹⁴. Se dois princípios estão em colisão, procede-se, no caso concreto, a uma escolha dentre eles, tendo em vista a coincidência estrutural entre esses e os valores⁶¹⁵.

Visando ao esclarecimento de que princípios e valores não se confundem, Lúcio Antônio Chamon Junior afirma que:

“Todavia, o que diferencia um princípio de um valor é que aquele teria um caráter de *dever ser*, enquanto este se envolve com o que diz respeito ao que é *melhor*. Em suma, o princípio teria uma roupagem deontológica frente à roupagem axiológica dos valores. O autor, em vez de entender que a teoria dos princípios como ‘normas deontologicamente compreendidas é a correta (Dworkin) para uma análise dentro do ordenamento jurídico, conclui ser preferível’⁶¹⁶.

Assim, Alexy permite o desenvolvimento de uma argumentação materializante e eticizante, na medida em que faz coincidir este problema com aquele atinente à hierarquização de valores. Ao não compreender o giro hermenêutico-pragmático, Alexy não assume uma perspectiva procedimental do Direito, que vai de encontro à concepção de um *ethos* compartilhado, e que garanta as iguais condições construtivas do consenso⁶¹⁷.

Alexy funde, em sua compreensão, os discursos de justificação e aplicação do Direito, e não compreende a proposta simultânea de cisão e de complementaridade entre ambos, desenvolvida por Günther. Isso porque de acordo com Alexy, o discurso jurídico seria um caso especial da argumentação moral, razão pela qual, entende Alexy, que todo discurso de aplicação, necessariamente, incluiria um discurso de justificação do Direito. Desta forma, Alexy não compreende que a cisão complementar entre os discursos de justificação e aplicação do Direito implica uma diferença relevante em relação à postura argumentativa a ser assumida em um e em outro⁶¹⁸.

Para se demonstrar o fundamento das críticas aqui tecidas, traz-se à baila o conceito de Direito formulado por Alexy nos seguintes termos:

⁶¹⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 74.

⁶¹⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 59.

⁶¹⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 59.

⁶¹⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 74.

⁶¹⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 75.

“O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção”⁶¹⁹.

A compreensão de Alexy, no sentido de ser o Direito um caso especial da argumentação moral, é devedora da oposição procedida pelo autor entre ideal e real, bem como da assunção de um princípio da proporcionalidade⁶²⁰. Para Alexy, as repostas obtidas nos procedimentos argumentativos seriam apenas relativamente corretas, haja vista a pretensão à correção normativa referida em sua norma fundamental⁶²¹.

Quando Alexy compreende os princípios como mandados de otimização, tendo em vista um *ethos* compartilhado, apresenta uma perspectiva utilitarista em relação ao Direito, na medida em que assume os princípios como meios para o alcance de determinados fins definidos aprioristicamente. A solução do autor em questão desconsidera o sentido reconstrutivo da *práxis* jurídica, e não permite que o Direito se desdobre e se atualize, no sentido de se buscarem iguais liberdades fundamentais entre os concidadãos num mundo da vida que se apresenta sob uma perspectiva pluralista⁶²².

Alexy, a partir de um reducionismo sociológico, estabelece uma ordem de valores, bem como suas relações de prioridade e hierarquia, interpretando o Direito a partir de uma subsunção, isto é, em termos de regra/exceção como no positivismo. Assim, o autor não permite, por conseguinte, a adequada reconstrução do Direito, tendo em vista o seu projeto, que se desenvolve no contexto da Modernidade⁶²³.

Embora Alexy proceda a uma distinção entre regras e princípios, seus argumentos não se coadunam com o projeto do Direito na Modernidade. Isto porque, embora não seja positivista, parte de pressupostos outrora trazidos à

⁶¹⁹ ALEXY, Robert. *Conceito...*, cit., p. 151.

⁶²⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 75.

⁶²¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 60.

⁶²² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 75.

⁶²³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral...*, cit., p. 75.

baila por Hans Kelsen, como a norma fundamental pressuposta, que justificaria, assim, a validade de toda ordem jurídica globalmente eficaz.

Quando Alexy define os princípios como mandados de otimização, a ele não se faz claro que não há que se falar em uma oposição entre ideal e real, visto que após o giro hermenêutico-pragmático a razão prática foi substituída pelos pressupostos da pragmática universal, isto é, a racionalidade do Direito se opera comunicativamente, e não por aproximação.

A assunção de um princípio da proporcionalidade e por conseguinte, dos seus três “sub-princípios”, quais sejam: o da adequabilidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito guardam estreita relação com a razão prática, que funcionaliza o Direito e o reduz a uma perspectiva meramente sociológica, revelando um viés utilitarista, que liga meios a fins.

Ao compreender os princípios como mandados de otimização, Alexy confunde princípios com valores, o que não procede, pois os primeiros assentam-se em premissas deontológicas, portanto jurídicas, e os valores assumem um viés axiológico, que se relaciona àquilo que é melhor, ou preferível. Tal equívoco de Alexy decorre de sua superficial compreensão acerca da doutrina dworkiana, pois a dimensão de peso dos princípios à qual alude Dworkin não assume em sua obra, o sentido de ponderação, e sim de balanceamento. Logo, a aplicação de um princípio ao caso concreto não se opera pelo viés da axiologia, mas sim sob a perspectiva deontológica do *dever ser*.

Ao compreender o Direito como um caso especial da argumentação moral, Alexy adota uma postura materializante e eticizante no sentido de definir aprioristicamente quais são os princípios (ou valores) integrantes da ordem jurídica. Isso se deve ao fato do autor em tela não ter compreendido a cisão discursiva estabelecida entre a justificação e a aplicação do Direito, que também é simultânea, e, neste sentido, complementar.

Não há que se falar apenas em uma pretensão à correção normativa, pois não existem repostas parcialmente corretas para o caso concreto, mas sim uma única resposta para cada caso, tendo em vista que após o giro hermenêutico, não se opõem, na práxis jurídica, o ideal e o real. Isto porque, sob o pano de fundo da Modernidade, o Direito está a cobrar o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais de todos os concidadãos, a partir do

consenso, que implica uma aceitabilidade racional, no que concerne ao desenvolvimento dos procedimentos argumentativos, independentes, mas complementares, de justificação e de aplicação do Direito.

É a partir dessa postura interpretativa que se diferencia e se complementa nos dois discursos jurídicos (de justificação e aplicação, respectivamente), que se pode compreender o Direito como um sistema normativo ideal e coerente de princípios, que resgata, pois, a sua legitimidade, na medida em que referido sistema se constrói e reconstrói racionalmente, porque é permeado pelo pluralismo.

4.2.3. A Teoria Discursiva de Jürgen Habermas

Jürgen Habermas, a partir de uma perspectiva discursiva do Direito, esclarece que uma teoria crítica da sociedade não pode se limitar a uma descrição da relação estabelecida entre norma e realidade, realizada desde uma perspectiva tão somente sociológica, característica de um observador. Habermas tem em linha de consideração os direitos que os cidadãos hão de reconhecer entre si, tendo em vista a regulação legítima de sua convivência, de acordo com o Direito Positivo. Isto mostra que o sistema dos direitos é permeado por uma tensão interna entre a faticidade e a validade, que caracteriza o modo de validade ambivalente, que é a validade jurídica. Para se compreender modernamente o Direito, o conceito de direito subjetivo desempenha um papel central. Tem-se aqui, uma correspondência do direito subjetivo com o conceito de liberdade subjetiva de ação. Isto significa que os direitos subjetivos – ou esferas de liberdade – estabelecem os limites dentro dos quais o sujeito está legitimado a expressar, livremente, a sua manifestação de vontade. Referidos direitos subjetivos definem iguais liberdades de ação para todos os indivíduos, entendidos, sob esta perspectiva, como titulares desses direitos – referenciais de imputação. Neste sentido, pode-se afirmar que tais indivíduos são pessoas jurídicas⁶²⁴.

A dogmática alemã, especificamente no que concerne ao Direito Civil, tornou-se decisiva para a compreensão do Direito na Alemanha. A dogmática

⁶²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 147.

em comento aliava-se uma doutrina idealista acerca os direitos subjetivos, que teve como um dos expoentes, Savigny. Entretanto, já no final do século XIX, cobrava-se em relação ao Direito e aos direitos subjetivos, cada vez mais consciência de que o Direito poderia legitimar-se a partir de si mesmo, na medida em que a autonomia privada do sujeito de direito se encontrava fundamentada em uma autonomia moral da pessoa. Quando o Direito perdeu sua fundamentação idealista, e particularmente, o respaldo que lhe dava a Teoria Moral de Kant”, o envoltório que representava essa “capacidade decisória do indivíduo”, restou privado de um conteúdo normativo, no que se refere à liberdade volitiva da pessoa. O laço estabelecido por Kant entre a liberdade de arbítrio e a autonomia pessoal restou solapado. Com o rompimento desse laço, o Direito, compreendido sob o viés positivista, só podia consolidar-se como forma que dota determinadas decisões e competências, de uma força de obrigatoriedade fática⁶²⁵. Isto significa que o âmbito de autonomia da pessoa era delimitado aprioristicamente pela ordem jurídica.

A partir do momento que se assume com Habermas, uma perspectiva discursiva do Direito, os direitos de participação política dos cidadãos são publicizados institucionalmente, culminando no processo de produção legislativa. Referidos direitos se efetivam em uma dimensão comunicativa, orientada pelo princípio do discurso em um duplo aspecto. O princípio do discurso tem, em primeiro lugar, um sentido cognitivo, a partir do qual se filtra toda sorte de argumentos, que tenham a seu favor, a presunção de uma aceitabilidade racional⁶²⁶.

Isto significa, que o procedimento democrático, assentado no princípio do discurso, fundamenta o Direito legitimamente. Por outro lado, o caráter discursivo de formação da autonomia privada publicizada institucionalmente, tem um sentido prático, orientado a estabelecer relações de entendimento despidas de violência, desencadeando a força da liberdade comunicativa produzida intersubjetivamente. Estão assim, entrelaçadas, a produção discursiva do Direito e o poder comunicativo, pois na ação comunicativa, as

⁶²⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 150.

⁶²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 218.

razões problematizadas publicamente pelos cidadãos acerca das suas compreensões do mundo da vida, constituem-se também motivos⁶²⁷.

Neste sentido, um paradigma jurídico explica de que modo se operacionalizam os princípios do Estado de Direito e os direitos fundamentais, com vistas a que o Direito, como sistema funcionalmente diferenciado, estabilize as expectativas de comportamento dos sujeitos. Tomam-se aqui dois paradigmas de democracia: o Estado de Direito Formal Burguês, e o Estado Social, assentados, respectivamente, nas tradições liberais e republicanas. Habermas, ao aludir a essas duas concepções de democracia, esclarece que existe outro paradigma, que resgata os outros dois. Trata-se aqui, do paradigma procedimental do Direito⁶²⁸.

É, a partir da definição de Luhmann, que Habermas esclarece que o Direito é um subsistema social funcionalmente diferenciado, que visa à estabilização das expectativas de comportamento. Como a operação específica do sistema do Direito é a comunicação linguisticamente mediada⁶²⁹, ele se compõe de todas as comunicações sociais, cuja formulação se referencie ao Direito. Trata-se aqui, de uma compreensão sistemática do Direito, em um sentido lato. Todavia, há, de acordo com Habermas, uma compreensão estrita. Rederida compreensão parte da premissa de que é a partir das operações comunicativas, próprias do Direito, que ele como sistema pode se auto – reproduzir, tendo em linha de consideração, a delegação de competências específicas orientadas aos poderes estatais, quais sejam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário⁶³⁰.

No contexto do Estado Democrático de Direito, a legislação é considerada a função central. Nela, além dos partidos políticos e dos eleitores está implicada, também, a práxis jurídica, especificamente, no que se refere à atividade jurisdicional, na medida em que a aplicação do Direito é levada a efeito indiretamente pelos tribunais⁶³¹.

⁶²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 218.

⁶²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...* cit. p. 263-264.

⁶²⁹ Para maiores esclarecimentos acerca da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann conferir CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia do direito na alta modernidade: Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. 3 ed. rev. e com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 20010. p. 89 *et seq.*

⁶³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 264.

⁶³¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 265.

Ao contrário das teorias que versam acerca da filosofia da justiça, a Teoria do Direito enfoca as ordens jurídicas em concreto. Os dados são tomados a partir do Direito vigente, das leis e dos precedentes, da dogmática jurídica e da atividade legislativa. Todos esses dados são enfocados a partir de uma perspectiva histórica, que resgata, racionalmente, a práxis jurídica⁶³².

A Teoria do Direito abarca o legislador e a jurisprudência, enfim, todos os subsistemas sociais, que se ocupam, reflexivamente, de produzir o Direito. Esta perspectiva também enfoca a compreensão do Direito como sistema em sentido lato. A tensão entre a faticidade e a validade do Direito se manifesta, na jurisprudência, como uma tensão estabelecida entre um “princípio de segurança jurídica” e a correção normativa⁶³³. Desde já, esclarecemos que Habermas não acolhe o “princípio” da “Segurança Jurídica”, porque se trata de um artifício típico do paradigma de Estado Social, que compreende a Constituição como uma ordem concreta de valores, pressupondo-se sob tal perspectiva, o compartilhamento dos mesmos pelos membros do *ethos*.

Habermas dedica uma explicitação acerca da teoria de Dworkin, pontuando, especificamente, como a prática jurídica pode ser racionalmente reconstruída, a partir do ideal de integridade do Direito. Habermas, posteriormente, tece críticas a Dworkin, no sentido de que, faltou a este autor, a compreensão de que os discursos jurídicos são produzidos intersubjetivamente. Habermas, também tece críticas a Alexy, no sentido de que não se pode compreender o Direito em termos discursivos, como um caso especial do discurso de aplicação moral, em razão da complexidade da relação estabelecida entre a atividade jurisdicional, e a produção legislativa⁶³⁴.

Habermas esclarece que uma teoria discursiva (filosófica) do Direito permite compreender e justificar, principiologicamente, uma sociedade bem ordenada, em que ideal e real são subjacentes⁶³⁵.

As decisões emitidas pelos tribunais devem ser consistentes e devem representar decisões racionalmente aceitáveis⁶³⁶. Isto significa que os provimentos jurisdicionais decorrem da tensão argumentativa, produzida pelos

⁶³² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 265.

⁶³³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 266.

⁶³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 266-267.

⁶³⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit... cit., p. 267.

⁶³⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 267.

sujeitos por eles afetados. Tais provimentos jurisdicionais são, por assim dizer, produzidos a partir do consenso.

As decisões consistentes são o produto de toda a práxis jurídica passada. Esta história institucional do Direito é o pano de fundo de uma decisão tomada no presente. Neste sentido, cumpre esclarecer, que a positividade do Direito é um reflexo do seu caráter contingente, isto é, da sua imprevisibilidade. Por outro lado, a pretensão de legitimidade exige um constante resgate do passado institucional do Direito, a fim que, os membros da comunidade jurídica possam reconhecer, nas decisões, a racionalidade, do Direito, em uma perspectiva que regressa ao passado para, no presente, poder abrir-se ao futuro, a partir do resgate dos princípios que norteiam a práxis jurídica. O problema relacionado à racionalidade das decisões se refere a como aplicar um Direito contingente de maneira consistente, e simultaneamente, assegurar a correção normativa e a “segurança jurídica”⁶³⁷. Com isto, Habermas nos chama a atenção para o fato de que não há que se falar em “segurança jurídica” das decisões, porque contingência e segurança são em si, um paradoxo.

Habermas explicita que três perspectivas distintas enfocaram o “aparente” problema da “segurança jurídica” das decisões, a saber: a hermenêutica, o realismo jurídico e o positivismo jurídico. A hermenêutica tem o seu mérito, na medida em que colocou em xeque a subsunção dos fatos aos acordos aprioristicamente pactuados pelos membros de uma comunidade jurídica. Há, segundo Habermas, um deslocamento da questão, na medida em que o sentido de uma norma jurídica não é dado aprioristicamente. O sentido normativo é carente de interpretação. Tal interpretação, se desenvolve a partir de um raciocínio circular⁶³⁸, isto é, a construção da norma jurídica tem como ponto de partida, o próprio caso concreto.

O que a hermenêutica propõe é um processo de interpretação, a partir das pré-compreensões acerca do mundo da vida. Tais pré-compreensões se abrem em um horizonte de sentido, com vistas a estabelecer relações ulteriores. As pré-compreensões, antes difusas, podem-se determinar, a partir do momento em que estão orientadas a um entendimento. Isto tem como

⁶³⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit. p. 268.

⁶³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 268-269.

pressuposto, a problematização de tais pré-compreensões acerca do mundo da vida. A partir daí, as pré-compreensões problematizadas, e a norma, são reciprocamente constituídas. A hermenêutica cobra uma postura contextualizada da práxis jurídica. A contextualização do Direito, proposta pela hermenêutica, resgata, principiologicamente, a história institucional da práxis jurídica⁶³⁹. Sob tal perspectiva, nada no Direito é previamente definido.

Neste sentido, a hermenêutica leva a sério o problema atinente à pretensão de legitimidade das decisões judiciais. A indeterminação do Direito reduz-se gradualmente a partir do resgate dos princípios que o norteiam. É claro que o resgate principiológico do Direito só é possível, tendo em consideração a sua situação de contingência, à qual o juiz também se atrela⁶⁴⁰.

A pressuposição de um *ethos compartilhado* não oferece, em uma sociedade pluralista, em que se encontram vários projetos de vida, nenhum fundamento convincente, no que se refere à validade – leia-se legitimidade – das decisões judiciais⁶⁴¹.

Por outro lado, os realistas têm outra perspectiva visando reagir à pressuposição desse *ethos compartilhado*. Esta escola, permite que, na sentença, sejam introjetados elementos metajurídicos, que só podem ser analisados empiricamente. Assim, a indeterminação do Direito, seria resolvida segundo os realistas, a partir do momento em que o juiz preenchesse tal indeterminação discricionariamente. As decisões judiciais seriam tomadas sob um viés psicológico, sociológico ou histórico⁶⁴².

A decisão judicial metajurídica não obedece aos procedimentos, e aos fundamentos principiológicos do Direito. O problema que se verifica na perspectiva da escola realista, é a ignorância de todo o esforço hermenêutico, que se deve fazer em relação ao Direito, diante de um caso concreto. Isto porque, segundo os realistas, o Direito a ser aplicado, é aquele descrito em proposições “jurídicas”⁶⁴³.

Tanto os realistas quanto os que pertenciam à escola do Direito Livre, ignoraram o caráter histórico-institucional da práxis jurídica. Isto porque, há

⁶³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 269.

⁶⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 269.

⁶⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 269.

⁶⁴² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 270.

⁶⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 270.

uma corrupção do sistema do Direito pela Política, na medida em que as decisões judiciais, por não reconhecerem a normatividade dos princípios, acabam seguindo um caminho discricionário, que contrasta com aquilo que ambas escolas propugnavam: a “segurança jurídica” das decisões. Ora, se é assim, o juiz poderia decidir com base em um código binário diverso do Direito, já que se converteria em um político decidindo os casos concretos de acordo com aquilo que lhe parecesse mais conveniente, e por conseguinte, “racional”. Assim, o Direito se fundamentaria de acordo com a perspectiva utilitarista típica do Estado Social⁶⁴⁴. A perspectiva da escola realista era aquela que se coadunava com a mesma de um observador, que só reportava o Direito aos seus destinatários. Segundo os realistas, a renúncia à “segurança jurídica” significava a renúncia do cumprimento funcional do Direito, atinente à estabilização das expectativas de comportamento⁶⁴⁵.

O Positivismo, ao seu turno, tem em conta o aspecto funcional de estabilização das expectativas de comportamento, sem a necessidade de apoiar a legitimidade da decisão judicial no argumento de autoridade das tradições éticas. Positivistas como Hart e Kelsen, sustentam a normatividade das proposições jurídicas a partir da compreensão do Direito como um sistema convencionado de regras, distinguindo-se assim, Direito e Política. Em contraposição aos hermenêuticos, os positivistas sustentam a completude e a perspectiva da ordem jurídica, como um sistema fechado, impermeável aos princípios, que segundo os positivistas, seriam metajurídicos. Para os positivistas, o Direito estava “purificado” de todo fundamento que se estendesse para além dele, já que a validade da ordem jurídica estava subordinada à eficácia de uma norma fundamental (Kelsen) ou à uma regra de reconhecimento (Hart)⁶⁴⁶.

Se há a pressuposição de um sistema jurídico autônomo, que diferencia regras primárias – que determinam o comportamento – e regras secundárias – que são regras que se auto referenciam, na medida em que produzem normas, a validade das proposições jurídicas só se opera em termos de mera observação dos procedimentos acerca da produção normativa. A legitimação

⁶⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 270.

⁶⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 271.

⁶⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 271.

do Direito por meio do devido processo legal, e a fundação da ordem jurídica em uma norma fundamental ou regra de reconhecimento, não conseguem justificar, racionalmente, a ordem jurídica, porque ela é meramente aceita como costume⁶⁴⁷, que se tornaria jurídico, apenas, quando confirmado por uma autoridade competente.

Como o Positivismo permite que o Direito seja impregnado por argumentos metajurídicos, no que se refere à sua aplicação, a “segurança jurídica”, fundamentada por argumentos de autoridade, solapa a correção normativa. A primazia da “segurança jurídica” demonstra que, diante dos casos difíceis, o Positivismo também afirma que o Direito é permeado por indeterminações linguísticas. Hart afirma que há uma “textura aberta” no Direito – que culmina na conclusão de que, diante dos casos difíceis, há respostas possíveis – o que se conhece como decisionismo. Assim, o juiz decide os casos difíceis com base nos seus próprios critérios⁶⁴⁸.

Quando o juiz decide discricionariamente, isto é, para além do que determinam as possibilidades da proposição jurídica, ele o faz por meio de suas preferências, que juridicamente, não se sustentam, e recobre suas decisões com critérios morais, que não são abarcados pela autoridade (legitimidade) do Direito⁶⁴⁹.

A teoria de Dworkin é uma tentativa de se evitar as deficiências atinentes à proposta realista, ao positivismo e à hermenêutica. Para tanto, se enfoca uma perspectiva deontológica do Direito, e por meio dela, se explica como a práxis jurídica pode, simultaneamente, satisfazer a aceitabilidade racional⁶⁵⁰. Contra o Positivismo, Habermas esclarece que Dworkin destaca a necessidade da correção normativa em relação às decisões. Esta correção normativa é alcançada a partir do momento em que se assume a normatividade dos princípios, tendo em vista, no caso concreto, o seu conteúdo, não somente no que se refere à sua forma por via procedimental. A referência a uma pré compreensão determinada por princípios, não deixa o juiz à mercê dos fatos, ou das tradições normativamente disciplinadas e dotadas de um argumento de

⁶⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 271-272.

⁶⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit. p. 272.

⁶⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 272.

⁶⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 272.

autoridade. Isto obriga a que o juiz revolva a história institucional do Direito, na qual a razão prática assenta suas premissas⁶⁵¹.

Habermas afirma que Dworkin resgata, a partir de Kant, a racionalidade principiológica atinente à igualdade e à liberdade. Neste sentido, Dworkin reconhece que todos os concidadãos são titulares de iguais liberdades fundamentais – liberdades subjetivas de ação. Aqui, toma lugar o conteúdo do Direito, que se refere aos direitos fundamentais, principiologicamente resgatados, na medida em que se libertam de conotações jusnaturalistas. Dworkin entende que os direitos subjetivos são “trunfos”, a partir dos quais os sujeitos de direito defendem, justificadamente, as suas pretensões jurídicas individuais frente ao risco de ver-las sobrepujadas por políticas – fins coletivos⁶⁵².

Embora haja conteúdos morais no Direito, isto não significa que esses conteúdos não possam ser traduzidos de acordo com o código binário que o Direito é. Tais conteúdos, quando traduzidos ao código do Direito, são dotados de outro tipo de validade – a validade jurídica. Isto deve ser considerado, na medida em que, nas sociedades plurais, não impera uma concepção de “vida boa”. A partir do momento em que conteúdos morais são traduzidos para o código do Direito por meio de uma problematização, ocorre uma distinção funcional desses sistemas. Se o Direito passasse a operar pelo Código binário da moral, haveria, em relação a ele, uma corrupção. Quando Dworkin resgata, principiologicamente, a história institucional do Direito, tem em linha de consideração que os princípios resultam da aplicação do princípio do discurso, e do código que o Direito representa⁶⁵³ – isto é, licitude/ilicitude.

A teoria de Dworkin exige uma compreensão deontológica, isto é, principiológica das pretensões jurídicas. Com isto, Dworkin rompe o círculo ao qual a hermenêutica se prendia, na medida em que recorria ao senso comum plasmado historicamente, e à compreensão de que havia um *ethos* compartilhado. Assim, Dworkin dá à hermenêutica, um giro construtivista⁶⁵⁴.

Partindo de uma crítica ao Positivismo Jurídico, particularmente à sua tese de neutralidade, e da suposição de que o Direito é um sistema fechado de

⁶⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 273.

⁶⁵² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 273.

⁶⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 276.

⁶⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 276.

regras, Dworkin desenvolve metodologicamente uma interpretação construtivista do Direito⁶⁵⁵.

A partir do momento em que Dworkin procede à uma distinção entre princípios e políticas, os discursos de fundamentação do Direito se abrem a toda sorte de argumentos metajurídicos, sejam eles pragmáticos, éticos ou morais. Por outro lado, os argumentos jurídicos são argumentos de princípio. Ocorre que há uma cisão discursiva. Há, além do discurso de fundamentação do Direito, o seu discurso de aplicação. A atividade jurisdicional está entrecortada por essas duas espécies discursivas. É, especificamente, no discurso de aplicação, que o Direito estabiliza – como sistema funcionalmente diferenciado que é – as expectativas de comportamento, mediante o resgate, isto é, mediante a re-interpretação dos princípios⁶⁵⁶, e do próprio Direito.

A partir da compreensão de que o Direito é uma comunidade de princípios, a distinção entre princípios e regras é irrelevante. Isto, porque diferentemente das políticas, os princípios (e também, as regras) são estruturas deontológicas, e não teleológicas. Tais estruturas não são passíveis de ponderação, por que se assim ocorresse a ponderação (otimização) descaracterizaria o sentido deontológico da sua validade. As regras e os princípios são como argumentos, no que toca à fundamentação das decisões, entretanto, as regras e princípios têm um papel diferenciado, desde uma perspectiva lógica da argumentação. As regras sempre oferecem um componente condicional, que especifica as condições de sua aplicação. Os princípios apresentam uma pretensão de validade inespecífica. No seu âmbito de aplicação, os mesmos são restringidos por condições demasiado gerais, e carentes de interpretação. Isto explica a diferença característica entre regras e princípios, trazida à baila por Dworkin, no que se refere ao comportamento das regras e dos princípios, em caso de colisão⁶⁵⁷.

Um conflito entre regras só pode ser resolvido com a introdução de uma cláusula de exceção, ou declarando-se como inválida, uma das regras em conflito. Esta decisão à base do “tudo ou nada” não é necessária, quando se estabelece um conflito entre princípios. Certamente, enfoca-se o princípio que,

⁶⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 277.

⁶⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 277.

⁶⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 277.

em cada caso, seja o mais adequado. Por isto, os princípios não perdem a sua validade, quando não aplicados a um caso concreto. De acordo com as circunstâncias do caso concreto, um princípio terá precedência sobre os outros. Entre os princípios se estabelece uma ordem transitiva distinta, que não afeta a sua validade⁶⁵⁸.

Dessa forma, o positivismo chega a uma tese falsa que propugna a autonomia do sistema do Direito, tendo em vista que o Positivismo o considera como um sistema fechado de regras, já determinadas, no que se refere à sua aplicação específica, estabelecendo-se aprioristicamente, qual das regras seria aplicada em caso de colisão. Trata-se aqui, de uma discricionariedade do juiz. Por isto, os positivistas afirmam que há uma indeterminação das situações jurídicas, isto é, há uma indeterminação do Direito. Referida indeterminação só pode ser afastada, segundo os positivistas, em termos decisionistas. Quando se reconhece a normatividade dos princípios, se admite o cabimento de uma justificação adequada, no que se refere à aplicação das normas efetuadas à luz dos princípios. Os princípios integram assim, o discurso jurídico, e sob essa perspectiva, desaparece o caráter de um sistema fechado de regras, assim como a impossibilidade de se resolverem os conflitos entre elas⁶⁵⁹.

O Direito Moderno após emancipar-se dos fundamentos metafísicos, típicos do Direito anterior, não é absolutamente contingente, como supõe o Positivismo. Da mesma maneira, não cabem as premissas levantadas pelo Realismo, no sentido de que o Direito estaria instrumentalizado pela Política. Uma Jurisprudência dos Princípios só pode admitir, no âmbito das decisões, decisões racionais, cada uma delas, comportando uma única resposta correta. Cabe ressaltar que os princípios não são tomados a partir de uma compreensão eticizante, fundamentada pelo senso comum. A interpretação da práxis jurídica necessita ir adiante dessa perspectiva. Trata-se aqui, de se desvelar o Direito à sua melhor luz. Tem-se em consideração que Dworkin procede a uma reconstrução racional do Direito vigente⁶⁶⁰.

De acordo com o paradigma do qual se parta, se abrem linhas retrospectivas de reconstrução distintas. A eleição de um paradigma não é

⁶⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 278.

⁶⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 278-279.

⁶⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 279.

arbitrária. Ela depende do contexto hermenêutico do qual não podemos dispor. A compreensão de um paradigma não é incorrigível, na medida em que o próprio processo de interpretação pode se modificar. Daí, que o paradigma deve se justificar teoreticamente, como modelo que essa concepção representa, no sentido de ser ela, a que melhor permite a compreensão do Direito. Essa é, pois a proposta de Dworkin, quando este autor defende uma compreensão do Direito como integridade, que assegura aos concidadãos o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais. Dworkin apresenta, assim, uma teoria construtivista do Direito, na qual explicita o seu processo racional de compreensão tomando-o como um paradigma, isto é, referindo-o a um propósito⁶⁶¹.

A partir desse processo de interpretação construtivista do Direito, todo juiz deveria chegar a uma decisão idealmente válida compensando a “indeterminação” do Direito, fundamentando-se a sentença a partir de uma teoria, cuja finalidade é a reconstrução da ordem jurídica dada em cada caso concreto, de modo de o Direito vigente pudesse se mostrar como principiologicamente justificado – como um modelo a ser seguido pelos juízes⁶⁶².

A solução para os casos difíceis que se encontram na práxis jurídica seria dada pela teoria de Dworkin, no sentido de se fundamentar as decisões judiciais recorrendo-se à uma interpretação coerente do Direito – a partir dos princípios. Assim, a coerência entre os enunciados normativos estabelece, mediante argumentos substanciais, isto é, mediante razões que oferecem a propriedade pragmática de produzir em relação aos sujeitos afetados pela norma jurídica discursivamente construída, o consenso racional acerca das pretensões de validade (legitimidade) do Direito. Tratam-se aqui de argumentos normativos – argumentos de princípio – que justificam a eleição da norma adequada para cada caso concreto⁶⁶³.

Segundo Habermas, Dworkin, ao reconhecer o caráter deontológico dos princípios, subtrai a contingência do Direito. Habermas esclarece que os princípios não devem ser ontologizados, porque se assim os

⁶⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 280.

⁶⁶² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 280-281.

⁶⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 281.

compreendêssemos, não poderíamos afirmar o seu caráter normativo (deontológico) de justificação, que é referido à racionalidade argumentativa, já que é a argumentação racional que, internamente, justifica o Direito. Habermas afirma que os princípios e políticas diferenciados por Dworkin possibilitam a construção dos argumentos que justificam, normativamente, o Direito. Trata-se aqui, de uma Teoria do Direito e não de uma Teoria da Justiça. A tarefa em tela consiste na construção filosófica de uma ordem jurídica fundada em princípios que são válida e objetivamente desvelados que possa justificar a ordem jurídica, sempre, a partir de uma coerência normativa. É neste sentido, que Habermas, também, faz referência à metáfora do Juiz Hércules⁶⁶⁴, explicitada por Dworkin em “O Império do Direito”.

Como o Direito é contingente, se faz necessária uma constante revisitação da práxis jurídica a cada caso concreto. Isto não significa que o juiz tenha que, ao visitar o passado, vincular-se aos precedentes. Se assim o fosse, o Direito jamais se abriria no presente, em perspectiva, ao futuro. A teoria construtivista é seletiva, e neste sentido, permite que cada caso concreto tenha uma única resposta correta, tendo em vista as esferas de liberdade dos afetados pela norma jurídica produzida. A teoria construtivista de Dworkin reconcilia o resgate institucional do Direito e a pretensão de aceitabilidade racional no presente. A teoria de Dworkin dissolve a tensão entre a atividade criativa do juiz e a história institucional do Direito⁶⁶⁵.

Nesse sentido, é que o Direito se volta ao passado para se reconstruir no presente, e se abrir simultaneamente, em perspectiva ao futuro, pois as decisões tomadas no presente não se opõem ao passado institucional do Direito, mas o reflete⁶⁶⁶.

O chamado “Critical Legal Studies” (CLS) ocupa-se das premissas do “Legal Realism”, porém, as investigações realizadas não partem da perspectiva de mero observador sociológico. O Critical Legal Studies enfoca, assim como Dworkin, a perspectiva do participante, isto é, do juiz. Os realistas pautavam-se em três dogmas no que concerne à Teoria do Direito, a saber: a suposição de que existem direitos em abstrato; a suposição de que os casos concretos

⁶⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 282.

⁶⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 283.

⁶⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 283.

podem ser consistentemente decididos em conformidade com a ordem jurídica vigente; a suposição de que as decisões emanadas dos tribunais seriam racionais, porque determinadas a partir das leis vigentes. A teoria construtivista de Dworkin centra-se na releitura desses três pressupostos, e caracteriza-se por ser menos suscetível à crítica⁶⁶⁷.

Na reconstrução de alguns elementos do Direito vigente, particularmente, nas decisões tomadas pelos tribunais superiores no passado, podem existir erros. Neste sentido, somente um Direito justificado a partir de argumentos de princípio, permite uma correção normativa, e uma única resposta correta para cada caso. Desde a perspectiva do “Critical Legal Studies” este recurso teórico, faz com que as críticas realistas continuem conservando sua validade contra esse racionalismo renovado. Os juízes selecionam princípios e políticas, que se constituem a partir de suas próprias teorias pessoais, isto é, sua “livre convicção”, por meio das quais podem “racionalizar” suas decisões, isto é, tratar de ocultar os prejuízos de um convencionalismo, compensando a partir de suas “livres convicções”, a indeterminação do Direito⁶⁶⁸.

Porém, a indeterminação interna do Direito não é resultado da sua própria estrutura. Por um lado, referida indeterminação é devedora do fracasso dos juízes, quando devem desvelar o Direito à sua melhor luz, e por outro, da história institucional do Direito, na medida em que as decisões subtraem do Direito, a sua racionalidade principiológica – o que impede a sua reconstrução. A interpretação construtivista do Direito só pode ser bem empreendida na medida em que a história institucional de uma ordem jurídica se resgate a partir de seus próprios princípios⁶⁶⁹.

Com o conceito de integridade, Dworkin explicita que todas as ordens jurídicas modernas remetem-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito, e portanto, asseguram à hermenêutica crítica, um referencial, inclusive naqueles casos em que a razão prática debilitou a história institucional da práxis jurídica. Com o princípio de integridade, Dworkin caracteriza uma

⁶⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 284.

⁶⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 284.

⁶⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 285.

comunidade jurídico-política ideal, na medida em que seus membros se reconhecem como concidadãos, titulares de iguais liberdades fundamentais⁶⁷⁰.

Assim, não se opõem idealidade e realidade. Elas são subjacentes. Trata-se, enfim, de se reconhecer que a racionalidade do Direito Moderno é principiológica, dialógica, isto é, discursivamente construída a cada caso concreto. Aqui tem lugar o que Habermas denomina como *Pragmática Universal*. Neste sentido, manifesta-se Lúcio Antônio Chamon Junior:

“Realmente, quando a Teoria do Discurso conclui por um princípio do discurso neutro em face do Direito e da Moral, isso significa que referido princípio é capaz de reger a construção de normas morais e jurídicas sem com isto significar que, para a Moral, e para o Direito, não seja compreendido de maneiras diferenciadas. É claro que do ponto de vista moral tal princípio acaba se especializando no princípio da universalização, “U”, e no que tange ao Direito o princípio do discurso, em razão do caráter institucional ao qual a própria forma jurídica moderna está presa, é compreendido como princípio democrático. Isso significa, a um só tempo, que normas jurídicas e normas morais somente se justificam à luz do princípio do discurso, isto é, somente se justificam na Modernidade, em razão de sua aceitabilidade, e não somente aceitação [...]

Nesse sentido, sim, o princípio do discurso explicita idealizações tangentes à justificação de normas, sejam morais, sejam jurídicas. Mas isso não nos permite concluir que tais idealizações sejam assumidas ingenuamente, ou mesmo cínica ou maliciosamente, como incapazes de cobrar satisfação no próprio discurso. Antes, podemos concluir que as idealizações às quais a Teoria do Discurso nos mantém atentos se referem a questões capazes de serem assumidas reflexivamente, a partir mesmo da prática comunicativa, e jamais, não que ser consideradas ‘condições de laboratório’⁶⁷¹.

A partir do momento em que, os concidadãos se reconhecem como titulares de iguais liberdades fundamentais, eles também reconhecem um sistema de direitos fundamentais que lhes assegura o exercício de uma autonomia pública e de uma autonomia privada co-dependentes. Neste sentido, os concidadãos livres e iguais se reconhecem como participantes de um processo político, isto é, os concidadãos participam do processo de produção do Direito, seja no âmbito legislativo ou no âmbito jurisdicional. No

⁶⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 285.

⁶⁷¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Filosofia...*, cit., p. 237.

âmbito jurisdicional, o juiz, assim como os concidadãos, se pauta na Constituição que foi por eles instituída⁶⁷². I

Isto significa que é a sociedade civil, a autora e a destinatária do Direito, e sob essa perspectiva, o juiz também é um concidadão livre e igual aos demais. Os guardiões da Constituição são os concidadãos livres e iguais. Eles protegem a integridade da Constituição⁶⁷³.

Habermas distingue, a partir de Klaus Günter, os discursos jurídicos em duas espécies: o discurso de fundamentação, e o discurso de aplicação, ambos articulados nos termos da lógica argumentativa⁶⁷⁴. No momento em que se compreende que a jurisprudência é principiológica, é provável que haja colisão entre os princípios, sem que isso signifique uma incoerência do sistema jurídico, salvo as normas que são consideradas por Dworkin como regras, porque estas em caso de colisão, implicam uma decisão tomada à base do “tudo ou nada”. Compreender o Direito como um sistema de regras, coloca em risco a coerência normativa, já que se teria que decidir por preceitos contraditórios que reclamam a mesma validade⁶⁷⁵.

Habermas afirma que todas as normas do sistema jurídico são *prima facie* aplicáveis, de modo que, em um discurso jurídico de aplicação, deve-se examinar se tais normas podem reger uma situação que ainda não foi prevista no processo de fundamentação, ou se, sem prejuízo à sua validade, passam a um segundo plano diante de outra norma adequada ao caso concreto. Essa norma adequada funda então, um juízo de correção. Que uma norma tenha validade *prima facie* significa que ela foi justificada com imparcialidade. Somente a sua aplicação imparcial conduz à decisão válida (legítima) de um caso concreto. A mera “validade formal” de uma norma não garante a legitimidade de uma decisão judicial⁶⁷⁶.

O que se enfoca no discurso jurídico de aplicação não é a mera validade da norma, mas sim, a sua adequação em relação ao caso concreto, cujas expectativas de comportamento ela irá regular. Como cada norma apreende determinados aspectos de um caso concreto problematizado no “mundo da

⁶⁷² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 286.

⁶⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 286.

⁶⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 287.

⁶⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 287-288.

⁶⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 288.

vida”, devem-se determinar as diferenças, que em determinado caso, fazem a diferença para que alcance a correção normativa diante dessas outras normas, que são *prima facie* aplicáveis⁶⁷⁷.

Somente os sujeitos afetados pela norma jurídica é que sabem com quais outras normas *prima facie* aplicáveis a norma que regerá suas expectativas de comportamento podem colidir. São os sujeitos afetados pela norma jurídica particular do caso – a sentença – que construirão a argumentação jurídica para o caso concreto, por eles protagonizado. Desde uma perspectiva hermenêutica, as pré-compreensões acerca de um caso concreto necessitam de uma atribuição de sentido, isto é, necessitam de interpretação. Isso é a condição para que uma norma jurídica seja discursivamente aplicada⁶⁷⁸.

Se da colisão das normas balanceadas no processo de interpretação quisesse inferir-se uma contradição do sistema normativo, isso significaria compreender os discursos jurídicos de fundamentação e aplicação como fundidos. Neste sentido os discursos de fundamentação e aplicação são distintos, mas estabelecem entre si, uma co-dependência⁶⁷⁹.

Com essa proposta distintiva dos discursos jurídicos de fundamentação e aplicação elaborada por Klaus Günter, se compreende que o Direito é um sistema normativo ideal e coerente de princípios. Neste sentido, uma Teoria do Direito, que se pretenda racional, segue admitindo uma única resposta correta a cada caso. Isso se verifica no discurso jurídico de aplicação. A cada caso concreto esses princípios são re-interpretados a partir da estrutura argumentativa produzida pelas partes que serão afetadas pela norma jurídica construída. Essa compreensão do Direito como uma comunidade ideal e coerente de princípios é devedora da cisão discursiva, desdobrada em discursos jurídicos de fundamentação e de aplicação⁶⁸⁰. O aparente “princípio da segurança jurídica”, devedor de uma compreensão do Direito como um sistema fechado de regras é solapado pelo procedimento discursivo de

⁶⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 288.

⁶⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 289.

⁶⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 289.

⁶⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 290.

produção do Direito⁶⁸¹. Neste sentido, não há uma decisão judicial segura. Há uma decisão judicial legítima.

Os paradigmas democráticos liberal e social impingem a Hércules a difícil tarefa de operacionalizar esse conjunto de princípios diante de um caso concreto. Os paradigmas se transformam em ideologias, quando se fecham sistematicamente às novas interpretações pertinentes aos princípios e aos direitos, levadas a efeito a partir de novas experiências históricas⁶⁸².

A interpretação coerente de um caso dentro de um paradigma fixo permanece infra-determinada, porque tal interpretação concorre com outras interpretações, também coerentes, do mesmo caso em outros paradigmas jurídicos. Em razão disso, somente uma compreensão procedimental do Direito pode assinalar o plano em que os paradigmas jurídicos, reflexivamente analisados, podem se abrir uns aos outros consolidando-se na diversidade de pré-compreensões que permeia cada caso⁶⁸³.

Do ponto vista da integridade, o juiz procede a uma reconstrução racional do Direito vigente. Ele toma em consideração a Constituição e toda a práxis jurídica co-implicada em relação aos concidadãos⁶⁸⁴.

Habermas esclarece, em uma crítica a Dworkin, que, sob a perspectiva do Direito como integridade, Hércules deveria ser liberado de uma construção monológica em termos teóricos. Assim como Parsons, Dworkin entende o Direito como um meio de integração social, e por conseguinte, como meio que permite manter a auto-compreensão de uma comunidade solidária, ainda que seja um ideal, isto é, ainda que seja de forma altamente abstrata. As relações de reconhecimento recíproco da liberdade e da igualdade entre os concidadãos no mundo da vida se estabelecem mediante a ação comunicativa. Nas sociedades complexas, a generalização dessas relações é levada a efeito em termos abstratos através do Direito⁶⁸⁵. Nesse sentido, a norma é uma estrutura contra-fática, porque ainda que ela não seja observada, sob a perspectiva sociológica, ela se mantém, no sentido de continuar, funcionalmente, estabilizando as expectativas de comportamento.

⁶⁸¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 291.

⁶⁸² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 292-293.

⁶⁸³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 293.

⁶⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 293.

⁶⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 294.

Como mecanismo que amplia as relações de reconhecimento de iguais liberdades fundamentais entre os concidadãos, de acordo com a forma abstrata do Direito – notadamente, seu código binário – a ação comunicativa possibilita que os concidadãos livres e iguais possam, a partir de uma postura reflexiva, argumentar, assumindo as perspectivas de todos os demais sujeitos que são afetados pelas normas jurídicas. Quando Dworkin reconhece o Direito como integridade, ele afirma que referido princípio é o núcleo procedimental que garante aos concidadãos iguais liberdades fundamentais – ou iguais liberdades comunicativas. Assim, Dworkin destaca, como consequência, as exigências ideais de uma Teoria do Direito pautada numa sociedade aberta dos intérpretes da Constituição⁶⁸⁶.

A proposta monológica de Dworkin não se sustenta, quando com Günter se consideram necessários, paradigmas jurídicos que reduzam a complexidade do Direito. A compreensão paradigmática do Direito só pode se restringir ao processo decisório teoreticamente dirigido a garantir a legitimidade da decisão produzida, a partir de uma perspectiva intersubjetiva por todos os concidadãos afetados pelas normas jurídicas que eles mesmos constroem⁶⁸⁷. Aqui, Habermas resgata o sentido da auto-legislação de Kant. O juiz deve entender que a sua interpretação construtivista do Direito está sustentada pela dimensão comunicativa da práxis jurídica, levada a efeito pelos concidadãos⁶⁸⁸.

Os princípios procedimentais que asseguram a legitimidade das decisões judiciais são fundamentados, desde uma perspectiva interna ao Direito. Não basta recorrer-se às regulamentações específicas de Direito Processual. É imprescindível que o conteúdo do Direito seja interpretado objetivamente. A reconstrução da práxis jurídica se procede em termos de Teoria do Direito, e não em termos dogmáticos⁶⁸⁹.

Os argumentos são considerados razões que, em condições discursivas, desempenham uma pretensão de validade – legitimidade – relacionada ao ato de fala, que regula, racionalmente, os sujeitos participantes do discurso na

⁶⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 294. Para maiores esclarecimentos acerca da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, conferir: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

⁶⁸⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 295.

⁶⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 295.

⁶⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 296.

argumentação, sempre orientada ao entendimento e ao consenso acerca dos enunciados descritivos ou normativos. Habermas assevera que as decisões dependem da aceitabilidade racional, isto é, além dos argumentos, toma-se em consideração a sua estrutura procedimental⁶⁹⁰.

A correção normativa não pode ser explicada, no sentido de uma teoria acerca da verdade como correspondência. Os direitos são uma construção social. Eles não se reduzem à sua mera faticidade. Isso significa dizer que as pretensões de validade acerca dos direitos são problematizadas em um pano de fundo. A partir da tensão argumentativa estabelecida, é que as partes poderão chegar ao consenso acerca das pretensões de validade que elas mesmas levantaram⁶⁹¹.

Quando tentamos convencer-nos uns aos outros de algo, somos intuitivamente orientados por uma prática, em que se parte da premissa de uma situação ideal de fala, livre de quaisquer coerções. Nessa situação ideal de fala, os interlocutores inferem sobre as problematizações que se referem às pretensões de validade do Direito, e isso o fazem a partir de razões. Como a argumentação está, sempre orientada a um entendimento; do consenso, extrai-se a força do melhor argumento, reputado válido – legítimo, e que fundamentará a norma jurídica, regulando as expectativas de comportamento dos sujeitos por ela afetados. Uma vez mais, Habermas ressalta que a perspectiva da Teoria do Discurso é intersubjetiva, no que se refere às pré-compreensões do mundo da vida, reflexivamente problematizadas, mediante a ação comunicativa⁶⁹².

Considerando a premissa dworkiana de reconhecimento de iguais liberdades fundamentais aos concidadãos, os discursos jurídicos de fundamentação são abertos a toda sorte de argumentos, sejam éticos, morais ou pragmáticos. Por outro lado, uma decisão correta se pauta, em última instância, no cumprimento de condições comunicativas. Referidas condições possibilitam a imparcialidade da decisão⁶⁹³.

Habermas tece críticas a Robert Alexy no sentido de que, quando esse autor compreende o discurso jurídico como um caso particular da

⁶⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 297.

⁶⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 297-298.

⁶⁹² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 299-300.

⁶⁹³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 302.

argumentação moral⁶⁹⁴, o autor continua a sustentar, como no Positivismo, a existência de “indeterminações” no Direito. Para rebater a tese da indeterminação, Alexy teria que demonstrar que, os princípios procedimentais extraídos da práxis jurídica, nada mais fazem do que especificar as condições procedimentais dos discursos prático-morais, no que tange à vinculação dos mesmos ao Direito vigente⁶⁹⁵.

Ocorre que Alexy não compreende a cisão discursiva do Direito e funde os discursos de fundamentação e aplicação em um só. Alexy, confunde assim, princípios e valores. Para Alexy, o Direito é compreendido em termos aproximativos, e não a partir de um código binário – licitude/ilicitude. Para Alexy, a correção das decisões só poderia ser relativamente alcançada. Ora, as pretensões de validade são binariamente codificadas, e não admitem um “mais ou menos”⁶⁹⁶.

A partir da distinção dos discursos jurídicos de fundamentação e aplicação elaborada por Klaus Günter, Habermas esclarece que esse autor entende que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso moral de aplicação. Dessa maneira, o discurso apontado se desgarra das questões atinentes à fundamentação. Mantém-se, assim, o argumento de que a adequabilidade normativa admite uma única resposta correta para cada caso⁶⁹⁷.

Quando se parte de uma Teoria Procedimental do Direito, a legitimidade das normas jurídicas se relaciona à racionalidade do procedimento democrático, que caracteriza a atividade legislativa. Esse procedimento é complexo, porque toma em consideração, além dos juízos morais, a disponibilidade, a pertinência, a relevância, a seleção de informações, a fecundidade no que se refere à elaboração de informações, a adequação das interpretações, a situação, as problematizações que a entrecortam, e a racionalidade das decisões judiciais⁶⁹⁸.

⁶⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 302-303.

⁶⁹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 303.

⁶⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 304.

⁶⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 304.

⁶⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 305.

Todo o procedimento é orientado a um entendimento, extraindo-se o consenso⁶⁹⁹, que não é sinônimo de maioria, mas que significa que os afetados por uma norma jurídica, por eles construída, têm a **possibilidade** de tornar públicas, sob o viés intersubjetivo (reflexivo), suas perspectivas de vida institucionalmente – seja no âmbito do processo legislativo, ou no processo judicial.

A tese que considera o discurso jurídico como um caso particular da argumentação moral não é de todo plausível, porque sugere uma errônea subordinação do Direito à Moral. Essa subordinação não está *in totum* desvinculada das premissas do Direito Natural⁷⁰⁰. O princípio do discurso resulta de uma especificação dos princípios da moral e do princípio democrático, já que o referido princípio respeita as diversas espécies de normas de ação⁷⁰¹.

O sistema dos direitos, que assegura aos concidadãos suas autonomias pública e privada co-dependentes é interpretado a partir de uma perspectiva procedimental democrática. Isso permite que o Direito, quando de sua aplicação, seja imparcial. Os discursos jurídicos, além de serem produzidos reflexivamente, estão institucionalizados. Dessa forma, não se pode admitir que os discursos jurídicos sejam compreendidos como casos especiais da argumentação moral⁷⁰², afinal, nas sociedades modernas plurais, não há predominância de um *ethos compartilhado*. Os discursos jurídicos não somente se referem às normas jurídicas, mas estão inseridos no sistema jurídico, juntamente com as formas comunicativas que lhes são próprias⁷⁰³. A tensão entre a legitimidade e a positividade do Direito é resolvida em termos discursivos, tendo em vista a correção normativa das decisões⁷⁰⁴. Nesse sentido, a sentença racionalmente fundamentada constitui-se a regra particular do caso concreto⁷⁰⁵, afinal, o juiz é um *partícipe imparcial* e não, um *observador neutro*⁷⁰⁶.

⁶⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 305.

⁷⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 305.

⁷⁰¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁷⁰² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁷⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 306.

⁷⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 307.

⁷⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 307.

⁷⁰⁶ Conferir CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 145 et seq.

As disposições relativas aos procedimentos não regulam as razões que se devam considerar admissíveis, e também não regulam a marcha da argumentação. Referidas disposições asseguram os âmbitos em que se desenvolvem os discursos jurídicos, que só a partir do seu resultado, se convertem em procedimento, já que o resultado pode significar a necessidade de se examinarem os tribunais superiores⁷⁰⁷. Isso implica afirmar que a unilateralidade do Direito assinala para o fato de que os tribunais superiores, dentre eles, o Tribunal Supremo, deve decidir cada caso concreto visando a manutenção da coerência de todo o Direito⁷⁰⁸.

Habermas desconstrói a idéia de que existiria no Direito um “princípio da proporcionalidade”, afinal essa premissa joga por terra, toda a construção argumentativa racional acerca de um caso concreto.

Ao aplicar o Direito, o juiz não pode introjetar, no discurso jurídico de aplicação, a sua perspectiva de “vida boa”, impondo-a a outrem, pois isso significa tornar ilegítima toda a práxis jurídica.

⁷⁰⁷ HABREMAS, Jürgen. *Facticidad...*, cit., p. 308-309.

⁷⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. *Faciticidad...*, cit., p. 309.

5. A LEGITIMIDADE DA ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO NOS CASOS DE CONCEPTOS ANENCEFÁLICOS: Uma análise crítico-discursiva acerca da ADPF 54

Tomando-se em consideração, a possibilidade da antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos, com base em nossa construção argumentativa aqui desenvolvida, algumas questões devem ser enfrentadas discursivamente.

Um argumento que vai de encontro à antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia é a ausência de suporte fático que legitime referida antecipação pelo legislador. Neste sentido, manifesta-se a Ministra Ellen Gracie, ao proferir seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 de 2005:

“O que vem a crivo do Tribunal nesta ação? Uma norma velha de 65 anos, que ao momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi recepcionada, como todo o Código Penal. Essa disposição de lei comina com pena privativa de liberdade quem promova o abortamento. Criadas foram duas exceções em que tal prática não será penalizada. O que a ação pretende é fazer inserir, nesse dispositivo, por criação jurisprudencial, uma terceira causa de exculpante. Ou seja, que, além do abortamento sentimental (gravidez fruto de violência) e do abortamento terapêutico (risco para a vida da mãe), também seja isento de penalidade o abortamento de feto diagnosticado como anencefálico. É sem dúvida atuação legislativa que se pretende do Tribunal”⁷⁰⁹.

A respeito do posicionamento da Ministra Ellen Gracie, devem ser feitas algumas considerações:

Luís Roberto Barroso afirma que a antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencefálicos não é aborto. Esse é caracterizado pela morte fetal, que é resultado direto dos meios abortivos. É imprescindível a comprovação da relação de causalidade, e a potencialidade da vida extra-uterina do feto, o que não ocorre no caso da anencefalia, já que se trata de uma má formação congênita, que torna certa e inevitável a morte do feto, ainda que decorridos os nove meses de gestação. No caso da anencefalia, não há suporte fático exigido pelo tipo penal. Trata-se aqui de fato atípico, decorrente dos princípios da legalidade e da reserva penal. Nesse sentido, a antecipação

⁷⁰⁹ BRASIL. Supremo..., cit.,

terapêutica não pode ser vedada ou punida⁷¹⁰. Em outras palavras, trata-se aqui de crime impossível, de acordo com o artigo 17 do Código Penal Brasileiro.

Ousamos discordar do posicionamento acima explicitado, porque desde que assumimos aqui, numa perspectiva constitucional, o Direito como uma comunidade de princípios ideal e coerente, a antecipação do parto, nos casos de anencefalia, **é um direito da gestante**. Ao considerarmos essa situação específica como um **direito**, não há porque se falar em crime. Claro está que a antecipação do parto, nesse caso, é aborto.

Em segundo lugar, o Código Penal não trata de uma “norma velha” de 65 anos. Nem mesmo da criação de outra “excludente especial de ilicitude”. Interpretações como as da Ministra Ellen Gracie são devedoras de uma compreensão convencionalista do Direito, fundada em argumentos como a “vontade” ou “intenção da lei”, portanto, trata-se de uma compreensão estritamente positivista do Direito. Ora, o leitor poderia objetar que o que rege o Direito penal é o princípio da reserva de lei. Em razão disso, cumpre-nos tecer algumas considerações acerca de como referido princípio pode ser discursivamente interpretado, tomando-se como o ponto de partida as premissas tradicionais da Dogmática Penal.

De acordo com a tradição, em razão do instituto do tipo penal, o Direito Penal é caracterizado pela predominância de regras. Poderia se sustentar a premissa de que o Direito Penal é o ramo do Direito que menos espaço deixa ao arbítrio do intérprete. Poderíamos argumentar também que o pensamento do julgador seria dominado por referidas regras. Isso porque a doutrina afirma, ao interpretar a lei penal, que ao quedar proibida a analogia *in malam partem*, o Direito Penal visa evitar qualquer alargamento da discricionariedade em termos da sua aplicação. Ora, o princípio da legalidade, é como todos os demais princípios, uma construção da Modernidade, a partir de discussões acerca da sua auto-compreensão que vem sendo construída⁷¹¹.

Geralmente, os autores entendem que os avanços acerca do princípio da legalidade ocorreram na medida em que se assentaram em reflexões filosóficas e teóricas modernas. Um grande contributo, nesse sentido, foi

⁷¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Gestação...*, cit., p. 680.

⁷¹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 76.

oferecido pela Teoria dos Três Poderes de Montesquieu. Referida teoria propugnava a diferenciação funcional institucionalizada, a partir da divisão de competências, impedindo que o juiz criasse normas para o caso concreto, já que agindo dessa forma, estaria ele adentrando a esfera do poder legislativo. O princípio da separação dos poderes ganhou não só força teórica, mas em razão da prática jurídica anterior, marcada pela presença de um judiciário arbitrário e inquisidor. A teoria de Montesquieu se expandiu por toda a Europa e passou a conquistar novos espaços. Por isso, se pensava que o juiz não poderia criar uma norma para o caso concreto, devendo se limitar ao julgamento de referido caso por meio da subsunção dos fatos às regras determinadas pela Lei elaborada pelo poder legislativo, que representava o povo⁷¹².

O princípio da legalidade foi consagrado pioneiramente pela Constituição da Filadélfia datada de 1774, e posteriormente, pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expansão de referido princípio por toda a Europa foi promovida pelos movimentos de codificação, e passaram a integrar a “consciência jurídica” no âmbito do Direito Penal. De acordo com a tradição, o sentido empregado ao princípio da legalidade atrela-se a outros três sub-princípios: o princípio da reserva legal, o princípio da taxatividade e o princípio da anterioridade da lei⁷¹³.

No Brasil, a reserva legal, no que toca à capitulação de crimes, cominação e execução de penas é absoluta, isto é, a regulamentação da matéria secundária que não fere os direitos fundamentais do réu ou condenado cabe à Administração Pública. Todas as matérias criminais ficam restringidas à competência do poder legislativo⁷¹⁴.

O princípio da taxatividade é devedor do pensamento de Beccaria. O referido princípio determina que a lei não poderia ser obscura, devendo-se fazer clara quanto ao estabelecimento, tanto de matérias ilícitas, quanto lícitas. Ainda, segundo esse princípio, a lei deveria ser cristalina, no que concerne às consequências dos atos ilícitos, com vistas a proteger o cidadão contra o

⁷¹² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 77.

⁷¹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 79.

⁷¹⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 79.

arbítrio do judiciário, que era comum no período medieval, e o que proporcionou as reflexões teóricas acerca do princípio em vista⁷¹⁵.

O outro sub-princípio é o da irretroatividade da lei penal, que restava assentado em argumentos de segurança, certeza e coação psicológica. Segundo esse princípio, a lei penal só poderia retroagir para beneficiar o réu, já que ao não alcançar fatos anteriores, a lei tomava em consideração a necessidade de respeito à liberdade e à dignidade da pessoa. Ninguém poderia ser privado dos seus “bens jurídicos” por ter realizado uma conduta que, à época não fosse relevante no âmbito do Direito Penal. Como a pessoa não estava psicologicamente coagida, não viria a sofrer as consequências penais, ainda que legais, todavia inconstitucionais⁷¹⁶.

A lei penal só retroagiria para beneficiar o réu, na medida em que o Legislativo não considerasse certos fatos como atentatórios aos “valores” da democracia. Assim, o Legislativo procedia à descriminalização de certa conduta, cominando penas mais brandas. Isso não significava, porém, que a pessoa já condenada ou acusada responderia de forma mais gravosa, se a pena não refletisse os “valores da sociedade”. Desta forma, restou sedimentado que a penalização, de acordo com a lei da época do fato, implicaria a adesão a um formalismo sem sentido. Desde o Código Criminal do Império até os dias atuais, o Brasil tem reconhecido o princípio da legalidade na ordem jurídica⁷¹⁷.

Nessa senda, a dogmática penal tradicional defende a inconstitucionalidade de todos os tipos penais obscuros, em razão do reconhecimento do princípio da legalidade pela nossa Constituição. Entretanto, de acordo com a tradição, não restariam eivados de inconstitucionalidade, os “tipos penais abertos”. Embora esses tipos não descrevam pontualmente a conduta típica, eles não poderiam ser considerados obscuros, e hábeis a consolidar o arbítrio judicial. Esse seria o caso dos tipos culposos, cujo resultado se produziria pela falta do dever de cuidado. Estariam também abarcados aqui os tipos penais comissivos por omissão e os tipos que

⁷¹⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 79-80.

⁷¹⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 80.

⁷¹⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 80.

conteriam os elementos normativos, na medida em que referidos “elementos” enfraqueceriam a certeza do tipo penal⁷¹⁸.

Além disso, segundo a tradição, os costumes e a analogia não seriam hábeis, no que concerne à incriminação ou majoração da pena do réu, já que o princípio da legalidade proibiria que se lançasse mão de outra fonte incriminadora, além da lei. Os costumes serviriam como parâmetro para a definição de expressões clássicas do Direito Penal como, por exemplo, “mulher honesta”. A analogia, considerada como suposta técnica de preenchimento das “lacunas” da ordem jurídica não foi acolhida. Assim, a lei só poderia retroagir em caso de benefício do réu, embora a dogmática penal tradicional admita a analogia *in bonam partem*. Ocorre que se deve problematizar o conceito de benefício e prejuízo⁷¹⁹.

A aplicação da pena também não implicaria violação ao princípio da legalidade, já que o juiz seria limitado pelo Código, no que se refere à maneira de aplicação da pena. De acordo com o art. 68, pode-se afirmar que existem etapas no processo de aplicação, a partir das quais o juiz constrói, no caso concreto, a pena a ser aplicada⁷²⁰.

Cabe ainda discutir acerca de quais diplomas normativos, frutos de um devido processo legislativo podem criar novos tipos penais e cominar penas, de acordo com o art. 59 da Constituição de 1988, e seus dispositivos que disciplinam a competência legislativa. Em se tratando de competência legislativa da União, cumpre esclarecer em princípio, que a capitulação de crimes e a cominação de penas são matérias que tocam ao processo legislativo ordinário, e em razão disso, a matéria penal tem, perante os processos legislativos, status de leis ordinárias. No que concerne às medidas provisórias, a Constituição veda a disposição de matérias que versem sobre Direito Penal, de acordo com o art. 62, §1º, I, b. No mesmo sentido deve-se interpretar o art. 68. §1º, I, que veda a delegação atinente aos “direitos individuais”, bem como se proíbem leis delegadas, que versem sobre matéria

⁷¹⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 80-81.

⁷¹⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 81.

⁷²⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 81.

penal, no que concerne aos direitos e garantias fundamentais do réu ou condenado⁷²¹.

O tipo penal, enfim, decorre da necessidade crescente de segurança e certeza em relação à pessoa. Nesse sentido, o tipo é, antes de tudo, legal, e se liga de modo indissociável ao princípio da reserva de lei. Somente a lei, como fruto de um processo legislativo, está autorizada a definir crimes e cominar penas. O princípio da legalidade também guarda um significado no sentido de que a lei penal que afeta uma situação jurídica de direitos fundamentais, em razão da violação de um dever, deve ser assumida, também, como não retroativa, mantendo fora da sua esfera, os fatos que ocorram antes da sua entrada em vigência⁷²².

O tipo penal é interpretado pela tradição como uma descrição da conduta humana, que serve para atender aos desdobramentos da taxatividade e da reserva legal. O tipo penal simplesmente descreve uma conduta abraçando seus pontos essenciais com vistas a estabelecer certa e seguramente, o que é reputado lícito ou ilícito, respeitando-se um princípio “maior” da dignidade da pessoa⁷²³.

A doutrina penal tradicional sustenta em dada evolução do princípio da legalidade, que a autoridade jurisdicional não pode criar legitimamente, em face do caso concreto, um novo tipo penal que atue *ex post facto*, a uma incriminação, mesmo quando se trate de “valores” ou “interesses” “socialmente relevantes”, pois a doutrina tradicional não permite a analogia *in malam partem*. Dessa maneira, restam proibidas tanto as analogias que aproximam situações jurídicas não similares, mas próximas, como a criminalização de fatos que não estejam aprioristicamente previstos em lei, tratando-se toda essa questão, de um desdobramento do princípio da legalidade⁷²⁴.

A questão que deve ser problematizada aqui diz respeito ao que se pode entender, sob a perspectiva jurídica – e não axiológica – como analogia *in bonam e in malam partem*. A questão torna-se relevante, quando percebemos que na sociedade não existe uma ordem concreta de valores, ou ainda uma hierarquização dos mesmos, que possa determinar a todos e a qualquer

⁷²¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 81.

⁷²² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 82.

⁷²³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 82.

⁷²⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 83.

cidadão, o que se deve interpretar como favorável ou prejudicial ao réu. O Direito não pode se valer do Direito Penal para criar uma cultura majoritária, pretendendo, por meio dela, consolidar uma sociedade homogênea, tendo em vista o mundo plural que se construiu na Modernidade. O Direito não deve, em razão desse pluralismo, impossibilitar que se criem espaços diferenciados atinentes à construção das individualidades e de espaços que convivem entre si⁷²⁵.

Dessa feita, a interpretação em face do que representa um benefício ou prejuízo para o réu não deve ser realizada a partir de uma perspectiva axiológica, ou seja, daquilo que é preferível ou valorativamente, mais importante, pois não é possível que se logre uma decisão racional (moderna) acerca de referidos valores, porque os mesmos devem prevalecer em um juízo de correção normativa sobre os demais valores e interesses. A questão aqui enfocada não deve limitar-se ao que é preferível seja em relação ao réu ou à autoridade jurisdicional. A questão deve ser interpretada juridicamente, e não, sob o olhar ético-valorativo, no que toca àquilo que, em face dos direitos fundamentais, deve ser assumido como favorável ao réu⁷²⁶.

Nesse esteio, a analogia *in bonam partem* pode ser assumida legitimamente em face do princípio da legalidade, como em favor do réu, mas não, sob uma perspectiva axiológica qualquer. Deve-se assumi-la no sentido de que a interpretação benéfica ao réu diz respeito à correta e adequada aplicação da pena, ou até mesmo, a não incidência de sanção, levando-se em consideração o sistema de direitos fundamentais – mesmo que a partir de uma perspectiva valorativa para o próprio réu a imposição ilegítima de determinadas sanções no caso concreto sejam preferíveis, por razões que lhe são particulares, embora possam ser, também, problematizadas em termos de coerência, isto é, de veracidade⁷²⁷.

Por outro lado, deve-se compreender a analogia *in malam partem* como uma interpretação assentada no argumento tradicional, que pretende elastecer o âmbito de aplicação do Direito Penal para além de uma interpretação argumentativa e intersubjetivamente sustentável. Isso, entretanto, implica a

⁷²⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 83.

⁷²⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit. P. 83-84.

⁷²⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 84.

consolidação de uma situação hermenêutica ilegítima, no sentido de que o prejudicial ao réu deve ser juridicamente entendido como aquilo que impõe concretizações cabíveis ao caso, quando de uma interpretação legítima, e sustentável do Direito penal, no caso concreto⁷²⁸.

O que insta salientar, é que a compreensão do princípio da legalidade abarca, na interpretação dos tipos penais, tanto a proibição do seu alargamento para além daquilo que pode ser sustentado, argumentativamente, em face dos direitos fundamentais, quanto a “proibição” de se criar um novo tipo penal desprovido de respaldo legislativo anterior⁷²⁹.

Ocorre, que a práxis do Direito Penal está assentada nas premissas da Escola de Exegese, que propugnavam a clareza e a obviedade do tipo penal, visavam evitar a atividade criativa do judiciário, quando da aplicação do Direito. Esse posicionamento não pôde ser sustentado em razão do surgimento posterior de vários elementos normativos dos tipos penais, que passaram a exigir dos intérpretes, um maior esforço hermenêutico. Isso passou a exigir do judiciário um esforço interpretativo sofisticado, visando-se alcançar o seu “real” significado⁷³⁰.

Ora, todo e qualquer elemento normativo do tipo penal deve ser compreendido como normativo, no sentido de que o tipo penal deve ser interpretado na sua integralidade, levando-se, em consideração o sistema do Direito e seu ideal de coerência normativa. Logo, não se devem desconsiderar os elementos normativos óbvios, que para a tradição, dispensam um maior esforço interpretativo acerca da sua compreensão, justamente porque alguns de seus elementos estão subentendidos. O tipo penal deve ser integralmente interpretado à luz do sistema dos direitos fundamentais, considerando-se a história institucional, que se refere à práxis do Direito Penal, levando-se adiante novas propostas hermenêuticas, que reconstroem o Direito⁷³¹.

Logo, deve-se problematizar se o princípio da taxatividade pode ser considerado um princípio jurídico⁷³². A questão que deve ser pinçada é que num processo legislativo, os cidadãos podem igualmente fazer valer seus

⁷²⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 84-85.

⁷²⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 85.

⁷³⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 85.

⁷³¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 85.

⁷³² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 85.

pontos de vista, no sentido de se problematizar qual seria a melhor redação pertinente a um tipo penal, que, aprovado, passaria a ser carente de atribuições de sentido coerentes em face de todo o sistema do Direito e diante de casos concretos, também, passíveis de interpretação. Isso implica afirmar que a questão da taxatividade está relacionada a uma questão hermenêutica, negada por aqueles que defendem referido princípio, como um desdobramento do princípio da legalidade penal⁷³³.

O fato da tradição não ter se atentado para a dimensão hermenêutica da práxis jurídica comunicativa, assim como a pluralidade axiológica trazida à baila pelo Direito Moderno, fizeram com que a dogmática penal sedimentasse a taxatividade como um amálgama, no sentido de que, os textos dos tipos penais devem ser claros, partindo-se de uma perspectiva não problematizada, em face de uma ordem concreta de valores compartilhada por todos os cidadãos numa determinada época⁷³⁴.

Mas, o surgimento de elementos normativos nos tipos penais possibilitou a problematização acerca de qual deveria ser a interpretação adequada diante de um caso concreto. Ora, não mais se pode sustentar que o tipo penal deve abarcar todas as hipóteses possíveis de sua interpretação, como o faz a Dogmática Penal tradicional, porque se trata sob esse enfoque, de compreender o Direito como um sistema convencional de regras previamente estabelecidas, seja porque o tipo penal apriorístico amolda-se ao caso concreto, seja porque as interpretações a ele dispensadas pelo hermeneuta são inequívocas e, desde sempre, a ele referidas⁷³⁵.

Ora, toda e qualquer norma jurídica pode submeter-se a várias interpretações sem que se pretenda para elas, uma moldura pré-definida, dentro da qual figuram suas interpretações “possíveis”⁷³⁶. Ao mesmo tempo, em que a teoria do tipo penal resta atrelada ao pretense princípio da taxatividade, determinada pela exigência de clareza e segurança dos textos legislativos, refletindo uma postura hermenêutica não problematizada – quando da sua aplicação – a Dogmática Penal tradicional visa a fixar as interpretações possíveis do tipo em face dos mais variados argumentos. Ainda, argumentos

⁷³³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 86.

⁷³⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 86.

⁷³⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 86-87.

⁷³⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 91.

históricos como, por exemplo, a *mens legis* e a *mens legislatoris*, como forma de manterem-se vivas a “clareza” e a “vontade do legislador,” em termos de aplicação do Direito, que por meio do tipo penal, restariam canalizadas na decisão jurisdicional⁷³⁷.

A tradição construiu, em relação aos tipos penais, uma interpretação abstrata, típica do Positivismo Jurídico ingênuo, que supostamente, seria capaz de descrever todas as hipóteses fáticas abstratas e possíveis de serem assumidas aprioristicamente, como interpretações legítimas dos tipos penais⁷³⁸. A dificuldade que se verifica, quando do estudo dos tipos penais, está assentada no significado daquilo que se compreende como a reconstrução do Direito em face do seu projeto moderno e da sua construção histórica institucional. É, somente diante de um caso concreto, reflexivamente interpretado, que podemos levar a diante a problematização atinente aos tipos penais, e não, socorrendo-nos de uma descrição abstrata dos crimes em espécie e de suas relações⁷³⁹.

Quando a tradição assume o tipo penal como atrelado ao princípio da legalidade, o que implica uma inflexibilidade interpretativa acerca do Direito Penal, devedora da compreensão do Direito como um sistema de regras, tem-se que essa tradição prevê, em vão, situações em que se poderia ter o tipo penal como inadequado ou inaplicável em definitivo. A tradição não compreende que os tipos penais estão abertos ao futuro, capaz de reconstruir a práxis jurídica⁷⁴⁰.

Entretanto, a partir do momento em que se assume o Direito como um sistema de princípios, não mais se sustenta a idéia de que existem interpretações definitivas, nem um molde interpretativo a partir do qual os casos posteriores serão interpretados. Sob essa perspectiva, somente se constroem esquemas interpretativos familiares e precários. Não se pode pretender resolver uma questão atinente à tipicidade penal, acreditando que o posicionamento dos doutrinadores nos oferece, em definitivo, e desde sempre, todas as leituras possíveis em relação aos tipos penais. Ora, deve-se considerar que, devido ao aumento de complexidade social, surgem novas

⁷³⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 92.

⁷³⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 92-93.

⁷³⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 93.

⁷⁴⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 93.

situações que conduzem a uma reinterpretação dos tipos à luz de pré-compreensões pinçadas em um pano de fundo problematizado, tendo em vista essa complexidade social⁷⁴¹.

O princípio da legalidade e suas reinterpretações atreladas à reserva legal e à anterioridade da lei penal, permitem compreender que todo tipo seja aprioristicamente previsto em dispositivos legais. Nesse sentido, não há que se falar em uma legítima criação de figura típica pela autoridade jurisdicional. Logo, não há crime sem a prévia capitulação legal⁷⁴².

O que resta obscuro na Dogmática Penal tradicional é o fato de que não existe crime para além dos tipos penais legalmente criados, a partir de um processo legislativo democrático. Isso não significa um enrijecimento interpretativo da tipicidade, como se o caráter principiológico do Direito restasse alheio ao Direito Penal. Ora, pode-se problematizar a compreensão dos tipos penais, a partir da sua adequabilidade ao caso concreto, e também, a partir de pressupostos interpretativos implícitos, que se tornam centrais na práxis interpretativa. Ocorre, que, de acordo com a tradição, que assumiu o Direito como um sistema fechado de regras, a analogia serviria como forma de se integrar a ordem jurídica, tomando por base as situações semelhantes, a partir das quais se dava a construção de uma nova norma para um novo caso concreto – a partir da confrontação de situações diferentes, cujas diferenças não fazem diferença. Nota-se que a analogia é devedora de uma compreensão da lei como dotada de lacunas, para as quais não há norma que ofereça uma solução adequada⁷⁴³. Segundo Norberto Bobbio, “Entende-se por ‘analogia’ aquele procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado *de maneira semelhante*”⁷⁴⁴.

Significa dizer que a assunção da analogia na interpretação do Direito é devedora da pressuposição de que se compreende o Direito como um sistema de regras convencionadas, que prevê as suas próprias condições de aplicação,

⁷⁴¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 94.

⁷⁴² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 94.

⁷⁴³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 94-95.

⁷⁴⁴ BOBBIO, Norberto *Teoria geral do direito*. 2 ed. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 291. (grifos do autor)

abrindo ao aplicador, a suposta possibilidade “válida” de decidir o caso concreto pela via da discricionariedade⁷⁴⁵.

De acordo com a compreensão positivista, as normas são regras que estabelecem as suas próprias condições de aplicação. Disso, resulta o problema, quando o aplicador do Direito se depara diante de uma situação que não esteja dentro daquelas condições aprioristicamente previstas. Pretende-se dessa feita, que as normas estabeleçam suas condições de aplicação, mas não se leva em consideração que há situações que não se encontram no rol dessas possibilidades, desde sempre. O problema surge enfim, quando existe uma situação que não se condiciona a nenhuma norma⁷⁴⁶.

O Direito é orientado por princípios, e por isso não há como se estabelecerem as hipóteses para sua aplicação. Isso não significa dizer que a autoridade jurisdicional invente uma decisão caso a caso. A autoridade jurisdicional deve desenvolver um esforço hermenêutico, para que em face das ambições do Direito para si mesmo, e tomando-se em linha de consideração a sua história institucional, possa adequadamente aplicá-lo. Não se trata aqui de aplicar o Direito em circunstâncias meramente possíveis diante de um caso concreto. Isso somente se compreende quando o Direito é enfocado como um sistema de princípios, que não são passíveis de serem convencioneados e descritos abstratamente. Como os princípios são frutos de decisões expressas, não há como se estabelecer um rol jurídico desses princípios, já que são interpretados e reinterpretados, tendo como contexto, a história institucional do Direito. Portanto, o Direito se desenvolve ao longo da sua própria práxis, orientado para a busca do igual reconhecimento das liberdades fundamentais a todos os concidadãos⁷⁴⁷.

Logo, o paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito assume uma dimensão hermenêutica, que está assentada na pragmática universal, levando a sério o projeto do Direito Moderno, no sentido de se buscar o reconhecimento dessas liberdades fundamentais a todos os

⁷⁴⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 95.

⁷⁴⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 95.

⁷⁴⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 97.

concidadãos, dada a capacidade de auto-purificação do Direito, a partir do resgate da sua história institucional⁷⁴⁸.

A distinção entre regras e princípios, não é normogenética, nem se dá a partir de uma gradação suposta e abstrata de generalidade e concretude. A regra é a norma jurídica reconstruída e assumida somente, quando existe um caso concreto; distintamente dos princípios, que são assumidos em abstrato, a partir de um viés *prima facie* aplicável⁷⁴⁹. Isso significa dizer que a regra jurídica é o provimento emitido pela jurisdição – a sentença – que regulará as expectativas comportamentais dos sujeitos que são, por ela, afetados.

Nesse sentido, o princípio da legalidade só pode ser interpretado a partir de uma perspectiva legítima em face de um sistema de direitos fundamentais que é, indistintamente, reconhecido por todos os concidadãos. Se o princípio da legalidade nos informa que não se trata de invenção discricionária de uma nova figura típica, que não seja adequada às figuras típicas definidas previamente, o princípio não impede que o hermenauta⁷⁵⁰ realize uma interpretação legítima dos mesmos tipos penais. Ou seja, não impede que o intérprete assuma o Direito como um sistema idealmente coerente de princípios, que está a cobrar uma abertura hermenêutica, orientada à garantia dos direitos fundamentais, incluindo-se aqui, o princípio da legalidade, inclusive⁷⁵¹.

A interpretação oferecida ao Direito Penal pela tradição está atrelada ao Positivismo, o que implica associar o Direito Penal a um quadro de interpretações possíveis, que se alcançam, quando os tipos penais são obviamente e desde um viés naturalizante, interpretados⁷⁵².

Considerando-se tudo o que se expôs até aqui, pode-se afirmar que a analogia, seja para beneficiar ou prejudicar o réu é um artifício supérfluo, desde a assunção do Direito como um sistema idealmente coerente de princípios. A partir disso, não há que se falar em situações carentes de regulamentação legislativa, que justificariam o emprego de uma analogia para solucionar o caso concreto. Deve quedar compreendido que a partir de todo e qualquer caso, é

⁷⁴⁸ CHAMON JUNIOR, Lucio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 97-98.

⁷⁴⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 100.

⁷⁵⁰ O interprete aqui é a sociedade civil, os concidadãos que se enxergam como autores e destinatários das normas jurídicas que eles mesmos criaram.

⁷⁵¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 104.

⁷⁵² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 104.

possível se construir uma resposta correta à luz dos argumentos apresentados pelas partes e compreender-se o Direito como Integridade dada a modernidade do seu projeto⁷⁵³.

Logo, a figura da analogia que beneficia o réu não significa a ausência de uma regra para regulamentar o caso em definitivo, como outrora defendeu o Positivismo Jurídico. Por outro lado, a analogia que prejudica o réu, não é acolhida pela tradição, devido à vedação da discricionariedade que criaria, se tal analogia fosse acatada. Quando interpretamos o princípio da legalidade à luz do Direito, como um sistema de princípios, cria-se uma blindagem a esse sistema contra atos jurisdicionais discricionários, no sentido de se estabelecerem novos tipos penais, e por conseguinte, novas penas, cuja “novidade” é devedora do fato de uma interpretação não se justificar, juridicamente (por princípios), no caso concreto, tornando-se ilegítima⁷⁵⁴.

Como ficou demonstrado no primeiro capítulo, é certo que o nascituro pode ser interpretado como dotado de personalidade jurídica⁷⁵⁵. Essa assertiva é informada pela possibilidade de, na argumentação jurídica, o nascituro ser considerado um referencial de imputação de direitos e deveres. Quando a prática argumentativa reconhece ao nascituro, certos direitos, como os patrimoniais, bem como os deveres que decorrem desses direitos, embora sejam exercidos pelos pais, tais direitos e deveres são atinentes ao patrimônio do nascituro⁷⁵⁶.

Dessa forma, reconhece-se que o nascituro, em face de casos variados, é assumido como sujeito de direitos e deveres, porém, isso não implica a afirmação no sentido de que em toda e qualquer situação possível o nascituro seja dotado de personalidade jurídica⁷⁵⁷. O que se deve considerar “[...] é uma compreensão do Direito aberta às interpretações que as especificidades de cada caso estão a requerer”⁷⁵⁸.

O homicídio é, em princípio, proibido, mas isso não significa que o será em toda e qualquer situação, nem mesmo que seja excepcionado por outra regra. O raciocínio fundado no binômio regra/exceção é pressuposto de uma

⁷⁵³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 105.

⁷⁵⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria constitucional...*, cit., p. 105.

⁷⁵⁵ Cf. posicionamento de Lúcio Antônio Chamon Junior citado no capítulo 1.

⁷⁵⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 222.

⁷⁵⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 222.

⁷⁵⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 223.

compreensão convencionalista do Direito, na medida em que, há previsão expressa e taxativa de quais são as exceções admitidas à determinada norma⁷⁵⁹.

O fato de o nascituro ser considerado um referencial de imputação depende das circunstâncias do caso concreto e da relevância do que, à luz do Direito, possa ser interpretado, no sentido de se reconhecerem diferenças que fazem diferença em relação a outros casos⁷⁶⁰. Em outras palavras, esse é o sentido do reconhecimento da igualdade que apresenta seu outro viés, isto é, o reconhecimento do direito à diferença.

O sentido normativo é dependente de uma interpretação contextualizada e dos contornos que o próprio caso apresenta. O reconhecimento do nascituro como referencial de imputação decorre do fato de ser ele – o nascituro – um sujeito futuramente capaz de exercer sua autonomia jurídica. Nesse sentido, é o exercício futuro da autonomia em tela que justifica ser o nascituro um possível referencial de imputação. Trata-se de reconhecer o nascituro como futuro ator das liberdades subjetivas que lhe são próprias⁷⁶¹. O que se enfoca aqui é a possibilidade desse futuro referencial de imputação se auto-determinar, independentemente de qualquer anomalia que não o impeça para tanto.

Nesse sentido, leciona Lúcio Antônio Chamon Junior:

“Uma criança de seis anos ou um homem de trinta anos e portador da síndrome de down não devem ser vislumbrados como alheios a essas questões; em face de determinadas situações, e diante da especificidade que cada caso requer, o Direito há de ser re-interpretado na busca do que significa a garantia, em cada caso, de uma autonomia jurídica pública e privada”⁷⁶².

Ora, como garantir o futuro exercício de uma autonomia jurídica ao feto anencefálico, que devido à sua má formação congênita, apresenta incompatibilidade com a vida, tendo em vista que o quadro clínico em tela é irreversível?

Assim, pode-se afirmar que, em princípio, a interrupção da gravidez é uma prática proibida, mas devido às especificidades do caso de uma gravidez

⁷⁵⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 223.

⁷⁶⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 223.

⁷⁶¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 223.

⁷⁶² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 223. *et seq.*

de feto anencefálico, isto é, do reconhecimento de que, na gravidez em tela, devem ser reconhecidas as diferenças a ela atinentes, a interrupção da gestação é permitida, porém, essa abertura interpretativa é compreendida como um direito, e não como um dever⁷⁶³.

Em outras palavras, essa interpretação toma em consideração a pessoa da gestante, que é, em princípio, o referencial de imputação nessas circunstâncias. Somente diante dessa situação jurídica existencial que lhe é própria, pode a gestante decidir se prosseguirá ou não com a gestação.

É a partir de uma perspectiva existencial que o sujeito de direito é considerado um “ser por si”, na medida em que o “ser por si” é uma tradução da sua autoconsciência. Há, nesse sentido, uma imprescindível relação dialética entre a interioridade e a exterioridade, e é dessa forma que o sujeito de direito se auto-determina, na medida em que escolhe a si mesmo, no plano da consciência, o que implica uma circularidade hermenêutica e ética, tendo em vista a sua liberdade. Essa co-relação entre o sujeito e o objeto permite compreender a pessoa em sua totalidade, isto é, em corpo e espírito, sendo o primeiro considerado acolhimento da exterioridade pessoal incorporada⁷⁶⁴.

O não reconhecimento do direito à mulher, no que toca à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, representa uma violação do sentido do Direito da Modernidade, isto é, do sentido interpretativo coerente dos direitos fundamentais. Devem ser distinguidas, por um lado, a gravidez indesejada decorrente da não utilização de meios contraceptivos, ou a falha de tais meios; mas que tal circunstância seja previsível à mulher; e, por outro, a gravidez de feto anencefálico⁷⁶⁵. Em outras palavras, como se reconhecem as igualdades e as diferenças nesses dois casos, se no primeiro deles a mulher assume a gravidez e no segundo, adota uma postura de resignação⁷⁶⁶?

Há um suposto direito constitucional generalizado das mulheres em relação à prática do aborto atribuído à sua autodeterminação física, tendo em vista os seus corpos, ou ainda, um direito à própria sexualidade. O primeiro dos argumentos é demasiadamente naturalizado, afinal, o feto não é parte

⁷⁶³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 224.

⁷⁶⁴ CAMPOS. Diogo Leite de. *Nós: Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 31.

⁷⁶⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 225.

⁷⁶⁶ Este é um questionamento que se traz à baila com espeque nas lições de Lúcio Antônio Chamon Junior.

integrante do corpo da mulher. Quanto ao segundo argumento, atinente à sexualidade, o aborto não é o único meio por meio do qual se pode evitar a gravidez. Há outros meios dos quais a mulher, no exercício da sua autonomia, pode se socorrer, para que ela possa livremente exercer a sua sexualidade. Deve-se considerar, também, que o último dos exemplos não reconheceria à mulher o direito de interromper a gestação apenas pelo argumento simplista de que seu filho é portador da Síndrome de Down. Ora, aos portadores de sofrimento mental é possível a construção da sua subjetividade, por meio do exercício de direitos, no que diz respeito à referida subjetividade. Inclusive, o que desde o início, não se verifica no caso dos fetos anencefálicos, já que lhes resulta impossível a construção da sua subjetividade⁷⁶⁷.

Mesmo nos casos em que o feto anencefálico sobreviva ao parto, ele deve, em princípio, ser deixado aos cuidados que seu caso exige, uma vez que nasceu com vida, mas, sobretudo, a decisão quanto ao prosseguimento da gestação do feto nos casos de anencefalia cabe aos pais, diante da irreversibilidade do quadro clínico⁷⁶⁸.

Nesse sentido, a vida deve ser visualizada não somente a partir do enfoque da integridade física, mas também, sob a perspectiva da integridade psíquica. Nesse esteio, a coerência do Direito está a cobrar dos seus intérpretes, o reconhecimento do direito à antecipação terapêutica do parto à mulher grávida de feto anencefálico, levando-se em consideração as suas razões particulares, e não as convicções de um juiz que concretiza os limites e formas pelas quais um direito é exercido, a partir da sua própria concepção valorativa e materializada, no que refere à interrupção ou prosseguimento da gravidez⁷⁶⁹.

Essa interpretação decorre do fato de que uma pretensa busca pela “segurança jurídica” não deve ser confundida com o apego aos textos legislativos. Deve-se ter a certeza de que, a postura interpretativa do Direito será realizativa, respeitando-se o caráter pluralista da sociedade e o sentido principiológico do Direito da Modernidade⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 226.

⁷⁶⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 226.

⁷⁶⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 227.

⁷⁷⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da...*, cit., p. 227.

Isso não significa que, em todos os casos, a gestante será o referencial de imputação, pois a posição jurídica do pai deve ser levada em consideração na interrupção voluntária da gravidez, como ressalta Pedro Pais de Vasconcelos:

“Parece também razoável que o progenitor masculino possa estar presente na consulta obrigatória e no acompanhamento psicológico e social durante o período de reflexão, se assim o desejar e a mulher não se opuser, sem prejuízo de a decisão final pertencer exclusivamente à mulher”⁷⁷¹.

A questão que aqui pontuamos é que a gestante deve ser considerada um sujeito de direito responsável. Sob a perspectiva da teoria do discurso, podem-se vislumbrar as pessoas afetadas como participantes do processo no qual são tomadas decisões, que vinculam a todos. É isso que confere legitimidade a um princípio jurídico, que se constrói historicamente⁷⁷².

A liberdade comunicativa que se reconhece a todos não obriga a participação dos cidadãos nos debates públicos, até porque, a liberdade em tela pode implicar direitos negativos, sem implicar uma interpretação liberal acerca dos direitos fundamentais face ao Estado, considerado um Estado - polícia⁷⁷³.

Isso se dá em razão de que a legitimidade no processo democrático que forma e discute as normas jurídicas é dependente dos discursos publicamente travados, nos quais se reconhecem iguais direitos de participação a todos os cidadãos. Na medida em que os sujeitos podem ser compreendidos como autores e destinatários atrelados ao mundo da vida e à possibilidade desses indivíduos o criticarem, é que se pode falar em uma racionalidade decisória, seja ela jurídica ou política, pois implicam uma aceitabilidade racional erigida a partir de pressupostos comunicativos⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. In : CORDEIRO, Antônio Menezes; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro; COSTA E SILVA, Paula. (Org). *Estudos em honra do professor doutor José de Oliveira Ascensão*. Lisboa: Almedina, 2008: p. 139-164. p. 142. Entendemos que a palavra “razoável” aqui empregada pelo autor em tela, tem o sentido de adequado.

⁷⁷² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 187-188.

⁷⁷³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 188.

⁷⁷⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 188-189.

Entretanto, essa aceitabilidade racional só pode ser entendida em termos comunicativos, mesmo que não haja concordância com a decisão legitimamente levada a efeito. Significa dizer que a aceitabilidade racional decisória se entrelaça à liberdade comunicativa dos cidadãos, ao mesmo tempo em que é possibilitada pelo poder comunicativo que se gerou⁷⁷⁵.

O poder comunicativo é um recurso motivacional para que se possa compreender a força vinculante e obrigatória das normas jurídicas legítimas em face da noção de coerção e violência. Assim, não se pode pretender como legítima, uma ordem jurídica como a nazista, tal como Kelsen propunha, pois não se garantia àquela época qualquer liberdade comunicativa capaz de permitir, em termos discursivos, a geração de um poder comunicativo crítico que permitisse um link com a vinculação normativa⁷⁷⁶.

O poder e a força do melhor argumento são estabelecidos somente no próprio discurso, nunca aprioristicamente, sob um pretexto de que é superior, como permitiria uma visão sacra do mundo. Na medida em que a liberdade comunicativa é exercida positivamente, somente os atores, a partir de uma perspectiva ou atitude performativa, podem rumar ao entendimento mútuo acerca de algo. Essa liberdade deve, entretanto, ser compreendida como uma possibilidade de responder às proposições que o outro oferece ao seu interlocutor. Dessa feita, simultaneamente, se questiona a validade das pretensões levantadas⁷⁷⁷.

É evidente que se pode concordar ou discordar com as pretensões levantadas por um dos interlocutores, da mesma maneira que se pode aceitar racionalmente as pretensões por ele enunciadas. Entretanto, ao ouvinte, deve ser reconhecida a possibilidade de discordar, a partir de um posicionamento em sentido negativo, quando o ouvinte nega aquilo que o interlocutor propõe. Quando isso ocorre, o ouvinte nega tanto o conteúdo da proposição do ato do falante quanto a pretensão de validade que o mesmo traz à baila⁷⁷⁸.

Nesse sentido, cumpre proceder a uma distinção entre legitimidade e legitimação. Enquanto a segunda se dá pela mera aceitação, justificando-se por meio da violência, a legitimidade atrela-se à concepção estrita do poder

⁷⁷⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 189.

⁷⁷⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 189.

⁷⁷⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 190.

⁷⁷⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 190.

comunicativo. Enquanto a legitimação leva em consideração o monopólio do uso da força ou da violência como modo de justificação, a legitimidade se exterioriza por meio de uma aceitabilidade racional, pois é comunicativamente dependente da vinculação e da obrigatoriedade do Direito⁷⁷⁹.

Só se pode falar em liberdades reciprocamente atribuídas ao ouvinte e ao falante, quando a ambos é dada a possibilidade de se apresentarem argumentos favoráveis à pretensão de validade enunciada, e ao outro se abre a oportunidade de refutar, por argumentos a serem considerados, a pretensão anteriormente lançada⁷⁸⁰.

A liberdade comunicativa não consiste, apenas, em uma liberdade de opinar ou de tomar uma posição, mas, sobretudo, de participar, observar ou deixar a comunicação apartada das funções obrigacionaisilocucionárias, que lhe são próprias, que se referem ao falante e ao ouvinte. É necessário que haja um espaço de liberdade, no qual os sujeitos podem decidir participar ou não participar, o que implica afirmar que a decisão de se travar uma discussão deve ser sincera, e não cogitada por quaisquer fatores, senão a própria força comunicativa, através de razões e argumentos apresentados⁷⁸¹.

Falante e ouvinte devem tentar coordenar as suas ações e seus planos de ação através de uma aceitação mútua acerca das pretensões de validade. É assim que se leva a sério a liberdade capaz de implicar consequências para as ações que se tomarão futuramente. Quando se fala de normas de ação, as obrigaçõesilocucionárias tornam-se mais relevantes em razão de que se deve indagar acerca de qual comportamento satisfaz a norma validamente construída⁷⁸².

A partir do momento em que o sujeito aceita uma pretensão em razão dos melhores argumentos apresentados, referida pretensão se justifica em razões igualmente aceitas, na medida em que se convertem nas razões que justificarão a ação do próprio sujeito⁷⁸³.

Afirmar que alguém é responsável significa abrir a possibilidade da sua responsabilização, quando restam violadas as obrigaçõesilocucionárias, pois o

⁷⁷⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 191.

⁷⁸⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 191.

⁷⁸¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 192.

⁷⁸² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 193.

⁷⁸³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 194.

ego pode dizer sim ou não à determinadas pretensões. Assim, o alcance de um consenso conseguido através do discurso, implica numa capacidade de auto-orientação dos sujeitos discursivos, a partir do momento em que um sujeito aceita a pretensão de validade, mesmo que o conteúdo dela não lhe agrade. A assunção de um sujeito implica que ele deve se orientar de acordo com referida pretensão, ao mesmo tempo em que o torna responsável pelos seus atos perante a comunidade⁷⁸⁴.

Ser responsável significa que o sujeito não pode seguir os seus contra-motivos perante a comunidade, com vistas a relegar ao segundo plano, tanto a ação singular da comunidade, quanto as obrigações ilocucionárias que lhe tocam. O sujeito deve responder pelas normas que viola, a não ser que ele apresente uma justificativa que suspenda ou evite a própria responsabilização, e é notório, que essa justificativa deve quedar clara, também, para a comunidade⁷⁸⁵.

Para se compreender melhor a construção do sujeito responsável, deve-se proceder à distinção entre ator e autor. Para se verificar o ator, basta tão somente que ele possua capacidades fisiológicas e psíquicas, que permitirão que ele forme intenções ou realize operações, que o garantam como causa potencial de um evento. Por outro lado, o autor necessita além das características do ator, de um poder individual, que o permite interpretar seus próprios motivos, já que é o autor quem os origina⁷⁸⁶.

O indivíduo só pode ser responsabilizado quando o compreendemos como autor, na medida em que ele consegue enxergar-se como capaz de refutar contra motivos e se determinar segundo a pretensão válida compartilhada. O sujeito se reconhece como a origem dos seus próprios motivos para a ação, permitindo que ele recorra a esse poder crítico-reflexivo, com vistas a enfraquecer os seus próprios contra motivos, no sentido de não violar a expectativa de comportamento compartilhada, já que se trata, sob essa perspectiva, de uma pessoa crítica e que é capaz de refletir sobre os próprios

⁷⁸⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 196.

⁷⁸⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 196.

⁷⁸⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 197.

motivos. É, enfim, a partir dessa noção de autor que se assenta a força ou o poder transformador de razões em motivos que justificam o agir subjetivo⁷⁸⁷.

Essa noção de responsabilidade só é possível, na medida em que compreendemos que autonomia pública e privada são co-dependentes, isto é, quando compreendemos a pessoa deliberativa enquanto cidadã e capaz de Direito, figurando como autor e destinatário das normas jurídicas⁷⁸⁸.

Existem, entretanto, duas barreiras que não permitem a sufocação do indivíduo pela sociedade – a liberdade comunicativa e a falha existente entre razões e motivos. Quando o indivíduo não se convence diante dos argumentos que lhe são apresentados, ele não aceita a validade das pretensões levantadas, o que implica a não obrigação dos deveres ilocucionários. Assim, o procedimento de discussão atinente a essas pretensões é essencialmente destacado, pois a validade não é aferida a partir das próprias razões, mas sim da relação dialética, na qual se garantem a todos, as suas liberdades comunicativas. Além disso, no que toca à falha existente entre razões e motivos, o fato de se aceitar as melhores razões para se justificar algo em um discurso racional, não significa que a validade da pretensão levantada não lhes transforma em motivos imediatos, que garantam para aqueles que a aceitam, o seu preenchimento⁷⁸⁹.

A noção de sujeito responsável só é percebida quando se entende que a aceitabilidade das razões leva os autores à reflexão dos seus próprios motivos como garantia das obrigações ilocucionárias. Isso não implica uma exigência moral, no que toca ao cumprimento das normas jurídicas, por exemplo, a partir de um viés do devido e do justo. A noção de sujeito responsável explica, em termos funcionais, a possibilidade, o poder cobrado por uma pretensão em contextos subjetivos e intersubjetivos⁷⁹⁰.

O poder comunicativo só cobra sua força quando há uma identificação reflexiva dos sujeitos, que aceitam a pretensão de validade. Isso significa levar a sério as obrigações ilocucionárias, em uma perspectiva social, e não só, individual. Somente a partir de um esforço interpretativo articulado das dimensões individual e intersubjetiva, é que se pode falar em postura reflexiva

⁷⁸⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 197.

⁷⁸⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 197-198.

⁷⁸⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 198.

⁷⁹⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 198.

e em um poder comunicativo firmado, quando assumimos o “nós” no sentido da *singular action community*⁷⁹¹.

Logo, o princípio do discurso em sua forma jurídica é necessário para que se possa compreender a força vinculante, isto é, o poder que o Direito tem, enquanto legítimo, de obrigar que os sujeitos se portem de determinada maneira⁷⁹².

O conceito de pessoa deliberativa, tomado frente à construção de normas jurídicas, permite-nos compreender a pessoa tanto como um cidadão, quanto como um co-autor das normas juridicamente válidas, isto é, a pessoa como um sujeito capaz de Direito, que é o destinatário das normas construídas por meio do discurso. Enquanto sujeito crítico que é, a pessoa está capaz de assumir papéis de co-autor e de destinatário do Direito, pois possui liberdades comunicativas e liberdades subjetivas, que lhe garantem a co-dependência e a complementaridade das autonomias pública e privada, consideradas, sempre, a partir de uma postura crítica⁷⁹³.

O fato da pessoa deliberativa, enquanto cidadão, ter o direito de participar nos processos democráticos institucionais, não implica que ela tenha que socorrer-se desses direitos ou de sua liberdade comunicativa. Na medida em que esse não uso não implica um não dever de observância da norma elaborada institucionalmente; o dever de obedecer não é considerado uma sanção pelo fato do sujeito não ter participado do processo. Esse dever deriva de uma construção procedimental da norma. Somente a partir do deslocamento dessa questão é que podemos compreender que a norma continua válida independentemente da participação ou concordância de alguns cidadãos⁷⁹⁴.

O cidadão possui uma expectativa legítima de que a norma será cumprida, isto é, de que o destinatário não cometerá o ilícito, já que essa exigibilidade depende da capacidade autocrítica do sujeito, no que concerne às suas próprias ações⁷⁹⁵.

A legitimidade do Direito é devedora da efetiva liberdade comunicativa, enfocada a partir do conceito de pessoa deliberativa. Somente em um Estado

⁷⁹¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 199.

⁷⁹² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 201.

⁷⁹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 202-203.

⁷⁹⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 203.

⁷⁹⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 203-204.

de Direito, compreendido discursivamente, se podem verificar espaços públicos abertos, que possibilitam uma atuação intersubjetiva regulamentada, porque institucionalizada⁷⁹⁶. Reconhece-se a pessoa, não como um dado ontológico, mas como fruto do reconhecimento de iguais liberdades subjetivas e comunicativas. O fundamento dessa premissa está assentado no direito de participação no âmbito de um processo democrático institucionalizado. Sob esse aspecto, a pessoa, como cidadão, pode questionar, discursivamente, a norma; não através de atos ilícitos que, enquanto pessoa capaz de Direitos, deve evitar. Se a pessoa é capaz de imprimir sobre seus atos uma postura reflexiva, a questão da responsabilização torna-se relevante⁷⁹⁷.

Nesse sentido, a responsabilização cumpre uma função social, na medida em que ela é imputada comunicativamente perante um terceiro, seja por ato próprio ou alheio. Quando do estabelecimento desse processo comunicativo, atinente a um ato ou às suas consequências, indagar acerca da sua causalidade ou da sua probabilidade é algo artificial, na medida em que leva a cabo um recorte. Nesse sentido, a indagação acerca do nexos causal é interrompida, já que a decisão deve ser pautada nesse recorte. Deve-se, portanto, superar qualquer decisão arbitrária, e isso se alcança comunicativamente, no sentido de que, é legítima, uma justificação em termos de uma imputação, que seja tomada em conta, a partir de um pano de fundo socialmente compartilhado, que permita uma justificação decisória legítima, assentada em tais critérios de imputação⁷⁹⁸.

Como restam conectadas as compreensões de pessoa deliberativa e de liberdades comunicativas, a pessoa pode desenvolver uma capacidade crítico reflexiva, criticando a si mesma. Assim, ela apresenta e constrói motivos que implicam, de sua parte, a não desobediência ao Direito⁷⁹⁹.

Quando se compreende que responsabilizar significa indicar ou apontar alguém como sujeito que deve prestar contas de seus atos no âmbito do Direito Penal, superando-se uma leitura paternalista, característica do Estado de Bem-Estar, o crime não é interpretado ou imputado a partir de uma perspectiva jurídica, como se tratasse de um *déficit* de socialização. Antes de tudo, imputa-

⁷⁹⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 205.

⁷⁹⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 206.

⁷⁹⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 207.

⁷⁹⁹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 207-208.

se ao sujeito capaz de Direito, a capacidade de recobrar a obediência. Dessa feita, a pessoa assume a responsabilidade pelo próprio destino e não fica à espera de um planejamento, que vem desde fora, ao qual se possa imputar os males, caso venham a ocorrer. Para tanto, torna-se imprescindível o reconhecimento do sujeito como pessoa deliberativa⁸⁰⁰, isto é, inserida no discurso.

Exige-se uma postura ativista dos cidadãos, no sentido de que cabe somente a eles renovar e rever os princípios que orientam a comunidade. Os cidadãos devem assumir uma responsabilidade quanto ao futuro que eles mesmos construirão. Essa exigência não toca somente à pessoa deliberativa como cidadão, mas abarca também a sua dimensão de pessoas éticas, imputando-se tanto as suas respectivas histórias de vida, quanto a história da comunidade, já que em ambos os casos, os cidadãos são, por elas, responsáveis⁸⁰¹.

A partir do momento em que se tem uma sociedade responsável, não se podem formular juízos de imputação totalizantes, nem se pode lamentar a responsabilização do sujeito oferecendo-lhe uma previdência social que permita um alargamento da intervenção do Estado, que o considera, não como um sujeito responsável, mas como alguém que não garante a si mesmo. O alargamento da intervenção estatal, com vistas a aliviar o peso da responsabilização, estabelece novas “causas excludentes”, implicando a diminuição da liberdade individual⁸⁰².

Essa leitura só será consolidada a partir do momento em que a sociedade civil refletir acerca da sua responsabilidade, como maneira de se lograrem critérios de imputação da respectiva responsabilidade. Somente assim, tais critérios podem ser publicamente defensáveis⁸⁰³. A imputação de responsabilidade só se opera quando se identifica a pessoa deliberativa, tendo em linha de consideração que, é a partir da continuidade da sua identidade, que ela prestará contas dos seus atos⁸⁰⁴.

⁸⁰⁰ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 208.

⁸⁰¹ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 209.

⁸⁰² CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 209.

⁸⁰³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 209.

⁸⁰⁴ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 210.

Quando as pessoas deliberativas se responsabilizam por suas leis penais, as preferências individuais e grupais devem ser publicamente expostas, no sentido de se permitirem críticas e refutações construídas num discurso, isto é, de se construírem normas jurídicas, que embora sejam provisoriamente legítimas, podem ser justificadas pelos melhores argumentos publicamente defensáveis⁸⁰⁵.

Disso, decorre a cobrança ao destinatário da obediência às normas jurídicas legítimas. O fundamento dessa assertiva pauta-se no direito do destinatário participar, que lhe é reconhecido pelas liberdades comunicativas⁸⁰⁶.

A pena não deve, no sentido aqui explicitado, ser entendida como a inflicção de um mal, pois o Direito Penal é simbólico. A condenação penal por meio de uma sentença, compreendida como ato final de um processo, cumpriria as funções simbólicas, que se referissem à pena. Sob esse ponto, a sentença individualiza o sujeito responsável pelo fato, atribuindo-lhe a responsabilidade de prestar contas acerca do que ocorreu. Nega-se a compreensão da pena como mal, principalmente, quando se percebe que não é possível estabelecerem-se resultados preventivos gerais ou especiais que, na realidade, estão ausentes. A sentença, superando uma perspectiva funcionalista, deve estabelecer formas de indenização ou assistência social, por exemplo. A sentença condenatória produz efeitos no “status” da pessoa por ela afetada, o que se conecta a força simbólica do Direito Penal⁸⁰⁷.

A Dogmática Penal não deve se direcionar a pena ou às suas funções. Antes, deve estar orientada, a partir de critérios de legitimidade, que garantam a defesa pública desses critérios, tomando-se em conta critérios justificáveis para se levar em consideração a imputação da responsabilidade, quando a norma resta violada pelo seu destinatário. Os critérios para a verificação dessa violação devem ser, também, publicamente defensáveis. Isso afasta qualquer leitura comunitarista ou ético-social acerca da responsabilidade⁸⁰⁸.

⁸⁰⁵ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 210-211.

⁸⁰⁶ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 211.

⁸⁰⁷ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 214.

⁸⁰⁸ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação...*, cit., p. 214-215.

CONCLUSÃO

Considerando-se que é a partir da situação jurídica que se definem os conceitos correlatos de pessoa, personalidade e sujeito de direito, pode-se afirmar que a pessoa, para o Direito, não é um referencial de imputação abstrato, de modo que tal compreensão terminológica, de acordo com a noção de relação jurídica, revela-se incoerente com a releitura reclamada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, pois é a partir da concepção de situação jurídica que se operacionaliza o sistema jurídico-normativo, isto é, que se interpretam as esferas de liberdade (direitos subjetivos) e não liberdades (deveres) do sujeito de direito.

O *ser pessoa* manifesta-se por meio do reconhecimento das possibilidades do indivíduo proceder às escolhas e agir em dada situação jurídica problematizada, por meio da qual se efetivam os direitos subjetivos e deveres jurídicos. Logo, não basta ser indivíduo para ser pessoa, embora a condição de indivíduo seja considerada o primeiro referencial. Neste sentido, pode-se afirmar que é no contexto de uma dada situação jurídica que se concretiza a personalidade jurídica da pessoa, embora referida personalidade se inicie, a partir do nascimento com vida.

É, portanto, a partir de um recorte problematizado intersubjetivamente, que se efetivam os direitos subjetivos e os deveres jurídicos. Neste sentido, o nascituro pode ser considerado como *pessoa*, desde que haja, no caso concreto, uma problematização que verse sobre as suas esferas de liberdade e não liberdade.

Houve um esvaziamento do conceito de capacidade jurídica em razão do desenvolvimento da argumentação discursivamente sustentada em cada caso concreto. Assim, pode-se entender que é a partir, também, da concepção de situação jurídica que os indivíduos poderão agir em um espaço institucionalizado, visando-se a efetivação das suas esferas de liberdade e não liberdade subjetivas.

Não há que se proceder ao desdobramento da capacidade jurídica em capacidade de direito e capacidade de fato, ou legitimidade para a causa, ou para ir a juízo. Tal compreensão é devedora de uma perspectiva funcionalizante do Direito, na medida em que está assentada na noção de uma

vontade moral – o que implica uma concepção de um *ethos compartilhado* submetido a outrem.

O conceito de capacidade jurídica é esvaziado, porém, a partir de uma reinterpretação coerente do sistema jurídico-normativo, transforma-se em legitimidade para agir no processo, tomando a pessoa, sujeito de direitos subjetivos, ou deveres jurídicos, tendo em vista que a ela está permitido o livre desenvolvimento da argumentação e contra-argumentação no foro institucionalizado e em dada situação jurídica problematizada, cujo provimento final afete as suas esferas de liberdade e não liberdade. Esta perspectiva se revela a partir do momento em que se assume o processo como procedimento em contraditório.

Assim, os indivíduos, determinados em dada situação jurídica, reputam-se legitimados ao processo e podem agir, tornando-se concretamente aptos a sustentar, no foro institucionalizado (o processo), as pretensões acerca dos seus direitos subjetivos e deveres jurídicos, a partir de uma problematização construída discursivamente. Neste sentido, é que se estabelece uma unidade individualizada, que é a *pessoa*, inserida no contexto da situação jurídica específica.

Logo, os direitos subjetivos não podem ser compreendidos como a expressão de um poder volitivo (Savigny), cujo exercício está atrelado a uma permissibilidade normativa abstrata de ação individual (Windscheid), que vise à tutela de um interesse juridicamente protegido (Ihering). Tampouco se pode determinar a existência de um direito subjetivo em decorrência de um dever jurídico correlato (Kelsen), pois há situações em que existem direitos sem o correlato dever, ou o dever sem o correlato direito.

Antes de tudo, as esferas de liberdade e não liberdade individuais devem ser recortadas por uma problematização coerente como o sistema normativo que o Direito é. Portanto, é a partir da concepção de situação jurídica, que os conceitos de pessoa, personalidade, legitimidade para agir, bem como, o de sujeito de direitos (e deveres) jurídicos, podem ser reinterpretados a cada caso concreto.

Dessa forma, respeita-se a alteridade, já que na situação jurídica, todos os indivíduos, nela envolvidos, são igualmente relevantes. Nesse sentido, uma Teoria do Direito que se pretenda ser reconstrutiva, deve estar aberta a essas

constantes reinterpretações do sistema normativo que o Direito é, e não, daquilo que ele dever ser.

O ordenamento jurídico brasileiro permite a antecipação terapêutica do parto nos casos em que a mulher desenvolva gestação de feto anencefálico, pois há incompatibilidade desse com a vida. Sob esse viés, a vida não deve ser encarada somente a partir da integridade física do feto. Deve ser considerada de igual modo, a sua integridade psíquica, isto é, a sua potencial e futura possibilidade de se autodeterminar, no que tange ao exercício das liberdades subjetivas que lhe seriam próprias, não fosse o quadro clínico irreversível da anencefalia.

Por outro lado, deve-se considerar, que em uma situação jurídica subjetiva existencial, como a gravidez de um feto anencefálico, cabe, em princípio, à gestante, daquele que seria um sujeito de direito futuramente autônomo, decidir sobre a interrupção ou a manutenção da gravidez em comento, sempre a partir de uma perspectiva aberta, isto é, da interrupção da gravidez como um direito, e não, como um dever. Nesse caso, se a gestante decide prosseguir com a gestação, caso a criança nasça com vida, como determina o Código Civil, ela deve ser amparada, observando-se as particularidades que o seu quadro clínico exige. Por isso, o nascituro é em princípio um referencial de imputação, porém, não o será em todo e qualquer caso. Deve-se, nesse caso, considerar-se, a posição jurídica do pai, que em uma relação intersubjetiva, dialética e dialógica, com a gestante, decidirão acerca da interrupção da gestação, porém, a decisão final, cabe à gestante.

A hermenêutica que se pretendeu desenvolver aqui decorre de uma interpretação pós positivista, que compreende o caráter deontológico dos princípios, na medida em que esses são considerados normas universais re-interpretáveis a cada caso concreto, e de acordo com o contexto que o próprio caso está a nos informar.

Tudo isso se deve ao fato de a sociedade moderna ser complexa, na medida em que se reconhecem múltiplos projetos de vida. Significa dizer que a sociedade brasileira é multicultural, sobretudo; integrada por sujeitos que exercem, em princípio, a sua autonomia. Referida sociedade também é caracterizada pelo reconhecimento das diferenças, que a cada caso concreto, fazem diferença afinal, é assim que se exterioriza o outro viés da igualdade.

Embora Alexy proceda a uma distinção entre regras e princípios, seus argumentos não se coadunam com o projeto do Direito na Modernidade. Isso porque, embora não seja positivista, parte de pressupostos outrora trazidos à baila por Hans Kelsen, como a norma fundamental pressuposta, que justificaria, assim, a validade de toda ordem jurídica globalmente eficaz.

Quando Alexy define os princípios como mandados de otimização, a ele não se faz claro que não há que se falar em uma oposição entre ideal e real, visto que após o giro hermenêutico-pragmático, a razão prática foi substituída pelos pressupostos da pragmática universal, isto é, a racionalidade do Direito se opera comunicativamente, e não por aproximação.

A assunção de um princípio da proporcionalidade e por conseguinte, dos seus três sub princípios, quais sejam: o da adequabilidade, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito, guardam estreita relação com a razão prática, que funcionaliza o Direito e o reduz a uma perspectiva meramente sociológica e revela um enfoque utilitarista, que liga meios a fins.

Ao compreender os princípios como mandados de otimização, Alexy confunde princípios com valores, o que não procede, pois os primeiros assentam-se em premissas deontológicas, portanto jurídicas, e os valores assumem um viés axiológico, que se relaciona àquilo que é melhor, ou preferível. Tal equívoco de Alexy decorre de sua superficial compreensão acerca da doutrina dworkiana, pois a dimensão de peso dos princípios à qual alude Dworkin, não assume em sua obra, o sentido de ponderação, e sim de balanceamento. Logo, a aplicação de um princípio ao caso concreto não se opera pelo viés da axiologia, mas sim sob a perspectiva deontológica do *dever ser*.

Ao compreender o Direito como um caso especial da argumentação moral, Alexy adota uma postura materializante e eticizante, no sentido de definir, aprioristicamente, quais são os princípios (ou valores) integrantes da ordem jurídica. Isso se deve ao fato do autor em tela não ter compreendido a cisão discursiva estabelecida entre a justificação e a aplicação do Direito, que também é simultânea, e, nesse sentido, complementar.

Não há que se falar apenas em uma pretensão à correção normativa, pois não existem repostas parcialmente corretas para o caso concreto, mas sim uma única resposta para cada caso, tendo em vista que, após o giro

hermenêutico, não se opõem na práxis jurídica o ideal e o real. Isso porque sob o pano de fundo da Modernidade, o Direito está a cobrar o reconhecimento de iguais liberdades fundamentais de todos os concidadãos, a partir do consenso, que implica uma aceitabilidade racional, no que concerne ao desenvolvimento dos procedimentos argumentativos, independentes, mas complementares, de justificação e de aplicação do Direito.

É a partir dessa postura interpretativa que se diferencia e se complementa, nos dois discursos jurídicos (de justificação e aplicação, respectivamente), que se pode compreender o Direito como um sistema normativo ideal e coerente de princípios, que resgata, pois, a sua legitimidade, na medida em que referido sistema se constrói e reconstrói racionalmente, porque é permeado pelo pluralismo.

Habermas desconstrói a ideia de que existiria no Direito um “princípio da proporcionalidade”, afinal essa premissa joga por terra toda a construção argumentativa racional acerca de um caso concreto.

Ao aplicar o Direito, o juiz não pode introjetar, no discurso jurídico de aplicação, a sua perspectiva de “vida boa”, impondo-a a outrem, pois isso significa tornar ilegítima toda a práxis jurídica.

Passemos agora a responder nossos questionamentos acerca da argumentação da Excelentíssima Senhora Ministra Ellen Gracie, apontados na introdução.

Desde que, com Dworkin, assumimos o Direito como uma Comunidade de Princípios, não procede o argumento ,no sentido de que o que se requer do Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 54 é uma atividade legislativa. No mesmo sentido, não se admitem as pretensas “lacunas”, afinal, o Direito é um sistema normativo de princípios idealmente coerente, que se reinterpreta a cada caso concreto.

Não há que se falar em usurpação de competências, ou ainda, em uma violação ao “princípio” da separação dos poderes. Isso, porque não se está, sob a perspectiva da Teoria do Discurso, exigindo-se que o STF atue como legislador diante de uma “lacuna” a ser colmatada.

O Código Penal não é uma “norma velha de 65 anos” recepcionada pela Constituição de 1988. Ele incorpora-se à história institucional do Direito, que se

volta ao passado, para que no presente, possa se abrir em perspectiva, ao futuro. Nesse sentido, é que o Direito é levado a sério.

Se existem representantes legítimos da sociedade brasileira, esses são os concidadãos, que se reconhecem como titulares de iguais liberdades fundamentais.

Desde que assumimos com Dworkin, que o Direito é uma comunidade de princípios, não podemos compreender que a jurisdição constitucional seja invocada para “expungir do ordenamento” normas que são incompatíveis com a Constituição de 1988. Afinal, quando Habermas resgata as lições de Günter, podemos entender que o que se requer da nossa Corte Suprema, é a preservação da coerência normativa.

Enfim, não há que se falar em democracia, se a tensão entre forma e conteúdo, no Direito, respectivamente determinados pelo seu código binário licitude/ilicitude e os direitos fundamentais, não se estabelecer em termos comunicativos, isto é, se o Direito não garantir aos concidadãos o exercício livre e igual das suas autonomias pública e privada co-dependentes.

A legitimidade do Direito é resgatada a partir dele, quando entendemos que argumentos jurídicos são argumentos de princípio discursivamente operacionalizados pelos sujeitos afetados pela norma jurídica, que se compreendem como autores e destinatários da ordem jurídica. É em razão do reconhecimento de iguais liberdades fundamentais a todos os concidadãos, que a sociedade Moderna não admite um *ethos compartilhado*, porque essa premissa vai de encontro à postura realizativa que a Modernidade do Direito Moderno está a nos cobrar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 7 ed. rev., mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO, Flavio (Orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006: p. 669-708.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: Parte especial*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: Lições de filosofia do direito*. Trad. e Notas Marcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria geral do direito*. 2 ed. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8. Arg ente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde-CNTS. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 27 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 09/11/2010.

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós: Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina: 2004.

CARVALHO, Thais Daí Ananias de; FERRAZ, Carolina Ananias Junqueira. Aborto eugênico: Uma questão biojur dica. In: S  , Maria de Fátima Freire de. (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002: p. 439 – 465.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal: Do funcionalismo   teoria discursiva do delito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. O direito de morrer pressupõe a garantia de compreensões privadas acerca de “morte boa” de “vida boa”, vez que co-dependentes. In: S  , Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. Prefácio   2  Edic  o

_____. *Teoria constitucional do direito penal: Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Teoria geral do direito moderno: Por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. 2 ed. Rev. e Amp. Rio de Janeiro, 2007.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Filosofia do direito na alta modernidade: Incursões teóricas em Kelsen Luhmann e Habermas*. 3 ed. rev. e com estudo comemorativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1480/97. Define os critérios para diagnóstico de morte encefálica. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resoloco/es/cfm/1997/1480_1997.htm> Acesso em 09/11/2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1752/2004. Dispõe sobre a autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. Brasília, 08 DE SETEMBRO de 2004 <disponível em: http://www.portalmedico.com.br/resoluções/cfm/2004/1752_2004.htm> Acesso em 09/11/2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: O Direito Romano e o Direito Civil brasileiro no Código Civil*. 31 ed. rev. e acrescida com casos práticos dos tribunais de Roma. Rio De Janeiro: Forense, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6 ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EBERLE, Simone. *A capacidade entre o fato e o direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIÚZA, Cesar. *Direito civil: Curso completo*. 12 ed. rev. atual. e amp., Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho* 62 ed. México: Editorial Porrúa, 2010.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 19 ed. rev. atual. e aum. por Edvaldo Britto e Regina Paranhos de Britto. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez: sobre el derecho y el estado de derecho em términos de teoría del discurso*. 6 ed. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

IHERING, Rudolf von. *El espíritu del derecho romano*. Trad. Fernando Vela. Buenos Aires: Revista de Occidente Argentina, 1947.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2010.

LYRA, Roberto; HUNGRIA, Nelson. *Direito penal: Parte especial*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1937. v. II.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 8ª Câ. Civ. Apelação Cível nº 1.0024.04.377309-2/001. Apelante: Bárbara Pilar Abrahão Moyses Pimenta. Apelado: Luiz Henrique Galdino. Rel. Des. Duarte de Paula, 10 de março de 2005. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 06/03/2012.

MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da personalidade e as coordenadas da personalidade jurídica*. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Revisão crítico-discursiva dos direitos de personalidade: Da “natureza jurídica dos dados genéticos humanos”*. 193 f. Tese (Doutorado em Direito Privado). Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro. A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez. *In*: CORDEIRO, Antônio Menezes; PAIS DE VASCONCELOS, Pedro; COSTA E SILVA, Paula (Org.). *Estudos em honra do professor doutor José de Oliveira Ascensão*. Lisboa: Almedina, 2008: p. 139-164.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*: Introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 22 ed. rev e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: Introdução ao direito civil-constitucional. 3 ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. 2 ed. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RECASENS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. 20 ed. México: Editorial Porrúa, 2010.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer*: Eutanásia e suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAVIGNY, Friederich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. Jacinto Mesia y Manuel Poley. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 185.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32 ed. rev. e atual. até a EC nº 57 de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

STANCIOLI, Brunello. *Renúncia ao exercício dos direitos de personalidade*: Ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VEIGA, Juliano. Desafio hermenêutico ao judiciário nos casos de anencefalia. *In*: FIÚZA, Cesar; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Coords.) *Direito civil atualidades IV*: teoria e prática no direito privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2010: p. 89-110.

VILLELA, João Baptista. Anencefalia, direito e estado. *In*: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Direito fundamental à vida*. São Paulo: Quartier Latin, 2005: p. 489-493, p. 493.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2 ed. rev. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*. Trad. Carlo Fada e Paolo Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1930. v.1.

