



Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 27 DEZEMBRO 2007

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 27

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. José Carlos Ferraz Hennemann

Vice-Reitor: Prof. Pedro Cezar Dutra Fonseca

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Sérgio José Porto • **Vice-Diretor:** Prof. Manoel André da Rocha

**Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul**

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsáveis técnicos:

Jornalista Blásio Hugo Hickmann - Reg. M.T.: 2.073

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando - CRB - 10/711

Conselho Editorial:

Professores ex-diretores:

Galeno Vellinho de Lacerda

Almiro Régis do Couto e Silva

José Sperb Sanseverino

Peter Walter Ashton

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Plínio de Oliveira Corrêa

Professores titulares:

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Silveira Noronha

Cezar Saldanha de Souza Júnior

Cláudia Lima Marques

Sérgio José Porto

Professores doutores:

Alfredo de Jesus Dal Molin

Augusto Jaeger Júnior

Carlos Klein Zanini

Cesar Viterbo Matos Santolim

Cláudio Fortunato Michelin Júnior

Glênio José Wasserstein Hekman

Humberto Bergmann Ávila

Igor Danilevicz

José Alcebiades de Oliveira Jr.

Juarez Freitas

Judith Hofmeister Martins-Costa

Luis Afonso Heck

Luiz Felipe Silveira Difini

Luiz Fernando Barzotto

Marco Fridolin Sommer Santos

Marta Lúcia Olivar Jimenez

Odone Sanguiné

Sérgio Viana Severo

Tupinambá Pinto de Azevedo

Vera Maria Jacob de Fradera

Servidores técnico-administrativos:

Jornalista Blásio Hugo Hickmann

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando

Representação discente:

Acadêmica Carolina Vestena

Faculdade de Direito - UFRGS

Av. João Pessoa, 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil

Tel: (51) 3308-3118 / 3308-3128 / 3308-3555 / 3308-3464

e-mail: diretor_dir@ufrgs.br

site: <http://www.direito.ufrgs.br>

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 27



Editora Sulina

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)
Bibliotecária Responsável: Denise Mari de Andrade Souza - CRB 10/960

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS - v.27 dez/2007 - Continuação da: Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

Semestral

ISSN: 0104-6594

1.Direito: Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CDD: 340

CDU: 34(05)



Editora Sulina

EDITORA MERIDIONAL LTDA.

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101

Cep: 90035-190 Porto Alegre-RS

Tel: (0xx51) 3311-4082

Fax: (0xx51) 3264-4194

www.editorasulina.com.br

e-mail: sulina@editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange
On demande de l'échange • Wir bitten um Austausch • Si richiere lo scambo

Sumário

Agenor Casaril

A pessoa humana como centro e fim do direito: a positivação da dignidade da pessoa humana 7

Carlos Silveira Noronha

Dos contratos bancários 29

Eduardo Augusto Pohlmann

O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral: uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy 59

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Carta pela valorização das comissões parlamentares de inquérito 101

Haikel Weidner Maluf

Família e adoção no melhor interesse da criança 105

Lucas Dutra Bortolozzo

Aceitação, interpretação e objetividade: um ensaio sobre a juridicidade de regras e princípios no projeto *hart-dworkiano* 125

Lúcia Souza d'Aquino

O acidente com o helicóptero PT-YAM no município de Pinto Bandeira e o fato da vítima como excludente do nexo de causalidade 143

Luiz Fernando Castilhos Silveira

Jurisdição e Judiciário: um estudo a partir do pensamento de Hannah Arendt 167

Nadir Silveira Dias

Fiança sem outorga uxória: causa de nulidade, anulabilidade ou ineficácia? 199

A pessoa humana como centro e fim do direito: a positivação da dignidade da pessoa humana

Agenor Casaril*

1. INTRODUÇÃO

No pensamento humanístico contemporâneo, os temas da pessoa humana e a dignidade e direitos a ela inerentes constituem questões centrais, assim da ciência como da filosofia do direito. Têm eles se constituído, nas últimas décadas, em valores políticos superiores que devem-se consagrar, garantir e proteger.¹

Até meados do século XX, a dignidade da pessoa humana não havia alcançado o pleno reconhecimento no mundo jurídico. Hodiernamente, os ordenamentos jurídicos tendem ao

reconhecimento da pessoa humana como o centro e o fim do Direito;² positivamente a dignidade da pessoa humana como valor básico e princípio fundante do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, pondera J. Gomes Canotilho³ que o conceito de dignidade da pessoa humana é concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Porém, para além desse horizonte, outras consequências decorrem da adoção do conceito, pois, elevado a princípio, obriga a uma densificação valorativa que leve em consideração o seu abrangente sentido normativo-constitucional para

* Professor na FMP, FESDEP e Faculdade de Direito São Judas Tadeu.

1 PEREZ, Jesus Gonzalez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p.19.

2 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 219, p.237-251, janeiro/março de 2000, p.238.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes et MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2.ed. Coimbra: Coimbra ed., 1984, v.1, p.70.

além de mera idéia apriorística do homem. Logo, infere o nominado autor, não é possível reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a no espaço dos direitos econômicos, sociais e culturais.”⁴

2. FUNDAMENTO PRIMORDIAL DO DIREITO

A pessoa humana é o fundamento primeiro do direito. Com efeito, o homem é o ser que, dentro do tempo e do espaço, se apresenta e deve ser considerado como ‘centro e fim’ de tudo o que existe, pois ele é pessoa, isto é, *o ser em consciência e em liberdade*. Esta sua identidade o torna o valor absoluto – o único valor absoluto – a que tudo se refere.⁵ O absolutismo do homem, dentro da realidade do mundo, afirma-lhe o primado ontológico e finalístico: ele é o ser supremo, não podendo, por isso, ser instrumentalizado.

Este primado do homem não pode não ser reconhecido, acolhido, respeitado,

promovido e tutelado.⁶ Assim, sendo a pessoa humana o fundamento primeiro do direito, é ela, em decorrência, a fonte originária dos conteúdos primordiais deste.⁷ Segue-se que a pessoa humana, impondo-se como fundamento primeiro do direito e fonte originária de seus conteúdos primordiais, constitui a justificação última da obrigatoriedade deste.⁸

O direito tem um finalismo próprio que lhe legitima a presença na vida humana, consistente na busca do bem comum no qual se complementa o crescimento integral do homem. Tal finalismo jurídico se inscreve, obviamente, no finalismo da pessoa humana, porquanto esta é o fim último de tudo quanto existe no tempo e no espaço.⁹

Tanto na ordem político-jurídica internacional como nos ordenamentos jurídicos internos dos estados modernos, têm proliferado os documentos declaratórios de direitos em que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana aparecem como núcleo central de tais declarações. O que não tem nelas aparecido com clareza é uma convincente fundamentação de tais direitos, isto é, o fundamento e razão

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes et MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2.ed. Coimbra: Coimbra ed., 1984, v.1, p.70.

5 MARTINI, Agostino. *Il diritto nella realtà umana. Il diritto nel mistero della Chiesa Pontificium institutum utriusque juris* - Pontificia Università Lateranense: Roma, 1986, p.6.

6 Idem, p.7.

7 Ibidem p. 8.

8 Ibidem, p. 9.

9 MARTINI, Agostino. *Op. cit.*, p.10.

de ser deles, sua origem e razões transcendentais, como se existissem simplesmente porque favorecidos por maioria de votos nos organismos internacionais e nos parlamentos, na ponderação de Perez.¹⁰

Esta carência de uma adequada fundamentação conduz à conclusão de que a dignidade humana é intangível só porque foi assim decidido. Isto explica que, em nome da dignidade da pessoa humana, se chegue a soluções radicalmente opostas, relativamente a temas fundamentais de nosso tempo. Tais são a admissibilidade de certas formas de procriação humana, a manipulação genética, a disponibilidade de órgãos humanos, os experimentos médicos com pessoas, o aborto e a eutanásia.¹¹

Em verdade, ao solucionar, juridicamente, questões relativas à dignidade humana, a diferente concepção teórica que se lhe antepuser resultará em soluções diferentes e, até, diametralmente opostas. Disto decorre a necessidade de adoção de um fundamento último que radique na essência da dignidade humana, gerando segurança jurídica aos jurisdicionados. Para tal, mais adequada a concepção do personalismo cristão, que transcende a visão, limitada e limitante, do puro racionalismo cartesiano e mesmo kantiano. Com efeito, a dignidade da

pessoa humana fundamenta-se não só na autoconsciência ou racionalidade, mas, simultaneamente, na liberdade, na comunicação e na auto-transcendência do homem.

Em realidade, os países cujos povos inserem em seu ideal político a concretização de um regime democrático, constituído em Estado Democrático de Direito, dão realce à dignidade da pessoa humana e buscam sua proteção em seus ordenamentos jurídicos. Com efeito, via ordem constitucional, buscam prevenir que, em nome de ideologias, cometam-se abusos brutais contra a dignidade humana, como os ocorridos em pleno século XX, sob o influxo do totalitarismo, independente dos matizes deste.

Com efeito, plenamente pertinente a ponderação oferecida por Lafer, ao estabelecer que a posição expressamente adotada pelo totalitarismo, no sentido “de que os seres humanos são supérfluos e descartáveis, representa uma contestação frontal à idéia do valor da pessoa enquanto “valor-fonte” de todos os valores políticos, sociais e econômicos” e, em decorrência, ao fundamento último da legitimidade da ordem jurídica, como formulado pela tradição, assim no âmbito do paradigma do Direito Natural como no da Filosofia do Direito.¹²

10 PEREZ, Jesus Gonzalez. Op. cit., p.19.

11 PEREZ, Jesus Gonzalez. Op. cit., p.19-20.

12 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.19.

Com razão, ante o imperativo de respeito irrestrito à dignidade da pessoa humana, ponderou-se que “Hitler impôs aos homens um novo imperativo categórico: organizar o seu agir e pensar de modo que Auschwitz não se repita, que nada de semelhante aconteça.”¹³

3. CONSTITUIÇÕES QUE INSPIRARAM A BRASILEIRA NA POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alguns ordenamentos constitucionais inspiraram a Constituição brasileira vigente. Tais são o alemão, o espanhol, o italiano e o português, entre outros. A estes far-se-á referência e breve análise das disposições normativas relativas ao princípio.

3.1 A Lei Fundamental da Alemanha

Com efeito, no âmbito histórico e geográfico, admitidas algumas

exceções,¹⁴ a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 23 de maio de 1949, é dada como a que, pioneiramente, consagrou a dignidade da pessoa humana em seu texto, de modo expreso e solene, erigindo-a em direito fundamental, estabelecido no seu art. 1º, nº 1, nos seguintes termos: *A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais.*

Em complemento, dispõe o nº 2: *O povo alemão se identifica, portanto, com os invioláveis e inalienáveis direitos do homem como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.*

Afirma José Afonso da Silva que a positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta-se no fato de o Estado nazista ter vulnerado gravemente tal dignidade mediante a prática de horrorosos crimes políticos sob a invo-

13 ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa*, p. 330, apud GALEAZZI, Umberto. Por uma libertação da prisão da imanência. In: *Deus na filosofia do Século XX*. São Paulo: Loyola, 1998, p.359.

14 Ingo Wolfgang Sarlet, em nota à p. 63 de sua *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais...*, refere que a Constituição Alemã, conhecida como de Weimar (1919), já havia previsto, em seu art. 151, I, o princípio da dignidade da pessoa humana, ao estabelecer que o objetivo maior da ordem econômica é o de garantir uma existência digna. De igual modo, salienta, a Constituição Portuguesa de 1933 (art. 6, nº 3) e a da Irlanda, de 1937, em seu Preâmbulo, faziam referência expressa à dignidade da pessoa humana. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.)

cação de razões de Estado e outras.”¹⁵
O que é confirmado por Hesse.¹⁶

Quanto ao conteúdo de tal princípio da Lei Fundamental tedesca, não menos incisivo é Verdú ao asseverar que foi proclamada a dignidade humana como princípio lógico, ontológico e deontológico de todos os direitos, tendo-se invocado a Deus no preâmbulo da ‘*Grundgesetz*’ e na dos ‘*Laender*’. Foi estabelecido o Estado de Direito como Estado social de Direito e se distinguiu entre lei e Direito frente às posturas positivistas.¹⁷ E, identicamente, Benda proclama a excelência do princípio da dignidade humana na Constituição tedesca, ao ponderar que a norma do artigo 1.1 GG além de projetar-se valorativamente sobre as normas reguladoras da relação do indivíduo com o Estado, na esfera dos direitos fundamentais, ainda “permeia profundamente tudo o que

comporta o Estado livre e democrático de Direito. (...) Sempre se terá de ter em conta esse artigo 1.1 como parâmetro valorativo na especial interpretação desses direitos fundamentais”.¹⁸

Quanto ao fecundo labor interpretativo e afirmativo do princípio da dignidade humana, desenvolvido pela Corte Constitucional tedesca, não escapa a Perez a precisa observação de que ele figura entre os princípios básicos da Constituição, que dominam todos os preceitos da Lei fundamental. Refere, ademais, a afirmação de alguns autores de que ele contém o *princípio supremo da Constituição*, surgindo ele continuamente nas sentenças do Tribunal Constitucional Federal em defesa da dignidade da pessoa, independentemente da idade e da capacidade mental. “Onde existe vida humana, há de reconhecer-se-lhe a dignidade correspondente, sem que seja

15 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.212, abril/junho de 1998, p.89.

16 HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 86. “A experiência de um regime totalitário que desprezou o ser humano e sua liberdade e o fato de que a carência de tradição não permitia considerar humanidade e liberdade como óbvias bases naturais do Estado, conduziram, após 1945, ao esforço por estabelecê-las e fortalecê-las no novo ordenamento até o maior grau possível de garantia. Desta forma, o novo ordenamento jurídico se baseia, já desde o art. 1 GG, no princípio supremo, absoluto e intangível, da inviolabilidade da dignidade humana (art. 1.1 GG) e no reconhecimento dos direitos invioláveis e inalienáveis do homem (art. 1.2 GG).”

17 VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. Madrid: Dyckinson, 1997, p.33.

18 BENDA, Ernst. Dignidad humana y derechos de la personalidad. In: BENDA, Ernst et alii. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.121.

decisivo que o sujeito esteja consciente desta dignidade e saiba guardá-la por si mesmo.”¹⁹

A Benda cabe, ainda, a relevante afirmação de que a Lei Fundamental de Bonn é um ordenamento constitucional comprometido com valores. Como tal, “reconhece a proteção da liberdade e da dignidade humana como fim supremo de todo o Direito (breve 12, 45 (51)). O art. 1 GG faz deste objetivo o supremo princípio constitutivo da Lei Fundamental”.²⁰ Com efeito, constituindo lógica decorrência, ao lado dos princípios da legalidade, divisão dos poderes, democracia representativa, forma republicana, federalismo e Estado social, a Lei Fundamental germânica, no artigo 79, III, institui como cláusula pétrea o princípio de inviolabilidade da dignidade humana contido no art. 1.1 daquela. Dessarte, no ordenamento constitucional germânico, a dignidade da pessoa humana é o fio condutor de toda a sua

estruturação, com as necessárias decorrências infraconstitucionais.

3.2 A Constituição de Portugal

A Constituição de Portugal, promulgada em 1976, por razões históricas semelhantes às da Alemanha, diz José Afonso da Silva, igualmente dispôs, modo expresse, sobre a dignidade humana: *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*²¹ Neste ponto, o ordenamento português coincide com o alemão, porquanto também tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana. Confirma-o a doutrina, com Vieira de Andrade.²² Com Moderne, a reafirmação.²³

De Verdú, colhe-se a análise de que a Constituição lusitana reconhece e estabelece o valor inerente da dignidade

19 PÉREZ, Jesus Gonzalez. Op. cit., p.53.

20 BENDA, Ernst. Op. cit., p.118.

21 SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Op. cit., p.89.

22 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.101 e 102. “Neste contexto se deve entender o princípio da dignidade da pessoa humana, afirmado logo no artigo 1º da Constituição, como o princípio fundamental que está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais. (...) Realmente, o princípio da dignidade da pessoa humana está na base de *todos* os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.”

23 MODERNE, Franck. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In: MIRANDA, Jorge (org.) *Perspectivas*

humana, sendo esta a *Grundnorm* de um ordenamento fundamental conforme os valores. A interpretação dos direitos, liberdades e garantias do Título II, Capítulo I, do Texto Básico português “significa que tais direitos, liberdades e garantias formais são premissas concordantes da Constituição de modo que a Lei Maior portuguesa há de interpretar-se à luz da dignidade humana”.²⁴

Cardoso da Costa, por sua vez, comenta que, além da referência emblemática que lhe faz no seu artigo 1º, a Constituição de Portugal não enuncia o princípio da dignidade da pessoa humana no seu catálogo de direitos fundamentais, pois é mais do que isso, já que “representa o ‘princípio de valor’ que é o *fundamento* mesmo (e o ‘critério’) desses direitos e do respectivo catálogo – catálogo ao qual confere uma ‘unidade de sentido’”.²⁵

3.3 A Constituição da Espanha

A vigente Constituição espanhola, promulgada após o crepúsculo do regime franquista, abre seu texto (art. 1º, 1) com a solene proclamação de que “A Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a igualdade e o pluralismo político”.²⁶ Explicitando tais valores superiores, por sua vez, inseriu o princípio da dignidade da pessoa humana em seu artigo 10, nº 1, com a seguinte dicção: *A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e ao direito dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social*.²⁷

constitucionais nos vinte anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, vol. I, p. 205. “Se a dignidade da pessoa humana representa assim o primeiro fundamento da República, a base mesma ‘dos direitos fundamentais e das liberdades essenciais’ assim como ‘a garantia de seu exercício e de seu uso’ (art. 2 da Constituição), ela irriga o grande leque de direitos reconhecidos pela Constituição portuguesa, ela ‘dá um senso a todos os direitos fundamentais’. Tanto assim que, à diferença da maioria das outras constituições européias, a Constituição de 1976 dá lugar aos direitos fundamentais eventuais, que virão a se impor à consciência jurídica coletiva ou que se originarão ‘das leis e das regras de direito internacional aplicáveis’ (art. 16-1 da Constituição): estes futuros direitos deverão ser conformes às exigências da dignidade humana, tal qual é proclamada pelo artigo primeiro da lei fundamental.”

24 VERDÚ, Pablo Lucas. Op. cit., p.203.

25 CARDOSO DA COSTA, José Manuel Moreira. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de e ZILUETI, Fernando Aurélio (coord.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p.192.

26 Tradução livre do espanhol pelo autor.

27 Livre tradução do espanhol pelo autor.

De Peces-Barba a observação de que a Constituição espanhola é pioneira no emprego da expressão “valores superiores”, porquanto pouco comum, no âmbito do direito comparado, o uso dessa terminologia, mesmo que se reconheça que “a jurisprudência da República Federal Alemã construa um sistema de valores, deduzindo-o do ordenamento constitucional”.²⁸

A expressão “valores superiores”, segundo visão coincidente de vários autores espanhóis, alcança uma compreensão abrangente. Com efeito, “a dignidade da pessoa humana, no ordenamento jurídico espanhol, não só se constitui em um valor superior ela mesma (ainda que referida em artigo diverso do 1.1), como é o próprio fundamento ético, axiológico, a justificação, o valor que ocupa posição central e

legitimadora, a norma fundamental e fundamentadora deste ordenamento”, como anota Luíza Matte.²⁹

A propósito, González Perez refere que a dignidade da pessoa constitui um dos valores superiores que o Direito positivo não pode ignorar, assim como não pode desconhecer os direitos à mesma inerentes. A Constituição contempla a dignidade da pessoa humana como um dos valores do ordenamento jurídico espanhol. Se fosse possível escalonar os valores em ordem de prioridade, ocuparia o primeiro lugar a dignidade da pessoa humana. “Desde o ponto de vista axiológico, a dignidade da pessoa ‘é o fundamento, princípio e origem do ordenamento constitucional espanhol, é a *Grundnorm* em sentido lógico, ontológico e deontológico”.³⁰ Na mesma linha de González Perez, pronuncia-se Díaz Revorio.³¹

28 PECES-BARBA Martínez, Gregorio. *Temas clave de la constitución española – los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p.49.

29 MATTE, Luíza. *A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica*. Porto Alegre: PUCRS: 2000. 183 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p.69.

30 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Op. cit., p.82 e 83.

31 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 117 e 118. “Em nossa opinião, a referência ao ‘fundamento da ordem política e da paz social’ ressalta o caráter essencial da dignidade e dos demais conceitos do artigo 10.1 para o Estado e para a sociedade; ademais, ainda que a referência ao Ordenamento jurídico não seja explícita como no artigo 1.1, também pode considerar-se que ditos elementos são fundamento de dito ordenamento. (...) Destacou-se que a dignidade preside o preceito e ocupa uma posição central dentro do mesmo. Os restantes conceitos que menciona dito artigo, ainda que possam ser considerados valores, não seriam superiores, já que a maioria deles pode ficar englobada na própria dignidade ou em algum dos restantes valores superiores: assim acontece com ‘os direitos invioláveis’, consequência da dignidade da pessoa, ou o livre desenvolvimento da personalidade, que é uma manifestação do valor liberdade e da própria dignidade.”

Corroborando os precedentes autores, afirma Peces-Barba que o fundamento destes valores superiores do art. 1.1 é um fundamento racional e histórico que representa o juízo do legislador constituinte, ratificado em *referendum*, e que se converte, por esse modo, em um grande acordo social, caracterizador de um consenso básico de que estes valores superiores e sua inserção profunda são o fundamento para a realização dos objetivos básicos do Estado, quais sejam, o desenvolvimento da dignidade humana através da vida social, tornando possível a plenitude desta dignidade. “O acordo não é, pois, arbitrário, senão que recolhe uma moralidade baseada na dignidade humana, e com a pretensão de que a organização da vida social favoreça, aprofunde e desenvolva essa dignidade humana.”³²

3.4 A Constituição da República Italiana

Promulgada no imediato pós-guerra (27 de dezembro de 1947), a Constituição da República da Itália, dispensado o clássico preâmbulo, no título de abertura, contempla os

princípios fundamentais, “os quais proporcionam os traços essenciais do rosto do Estado e representam o fundamento ideológico do ordenamento estatal”.³³ Embora sem a forma direta e literal de afirmação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico itálico, dita Constituição a contempla já em seu artigo 2º: *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.*³⁴

Reitera o princípio no art. 3º, *in verbis*:

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della

32 PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Op. cit., p.43 e 112.

33 ITÁLIA. Presidência do conselho de ministros, serviços de informações e da propriedade literária, *El Estado italiano y su ordenamiento*, p.3.

34 Em livre tradução, pelo autor, o texto expressa: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo ou nos agrupamentos sociais onde desenvolve sua personalidade, e exige o cumprimento dos inderrogáveis deveres de solidariedade política, econômica e social”.

*persona humana e l'effettiva partecipazione de tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*³⁵

Sem dúvida, albergou, nas disposições citadas, o princípio da dignidade da pessoa humana, com o correlativo da isonomia, ainda que sem a desenvoltura das disposições literais das outras Constituições vistas. Com efeito, o desenvolvimento da personalidade ganha reiterada e expressa proteção. Dessarte, Ambrosini, em comento à Consituição da Itália, expressa-se, ao analisar os princípios fundamentais, afirmativamente quanto a ter o texto constitucional atribuído à tutela da pessoa humana uma relevância de princípio cardeal, e de ter a pessoa humana merecido uma consideração privilegiada, assim no aspecto físico como no moral.³⁶

Sintonizado com Ambrosini, refere Zagrebelsky que a Itália aderiu às convenções internacionais de direitos do homem, fundadas na dignidade da pessoa humana, destacando, ainda, o papel que desempenham os artigos supracitados na jurisprudência dos tribunais superiores. Com efeito, lembra ele que “o Tribunal de Cassação, em sua atividade de interpretação global do sistema jurídico, precedeu ao Tribunal Constitucional ao afirmar a existência de um direito à livre manifestação da personalidade, segundo o artigo 2 da Constituição”.³⁷ Prossegue, ponderando que o Tribunal Constitucional italiano tem “decisões que reconhecem o valor da pessoa humana” (11/1956) e proclamam a existência de “bens fundamentais que formam parte do patrimônio inviolável da pessoa humana (33/1974)”³⁸, fechando a análise com

35 A disposição constitucional, em livre tradução pelo autor, proclama que “Todos os cidadãos têm igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas e de condições pessoais e sociais. É incumbência da República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da personalidade humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”.

36 AMBROSINI, Giangiulio. *Costituzione italiana*. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 1975, p.26. O texto, livremente traduzido e sumariado pelo autor, é este: *Repubblica, democrazia, egualgianza dei cittadini, sono sicuramente principi cardine dell'ordinamento, e sulla loro essenzialità non vi può essere problema. Per quanto caratterizzanti, essi non esauriscono la gamma dei principi fondamentali accolti dalla Costituzione. A bem guardare nel testo costituzionale, una rilevanza non dissimile deve essere attribuita alla tutela della persnoa humana... La persona humana há una considerazione privilegiata, sia sotto il profilo fisico (libertà personale), sia sotto il profilo morale.*

37 ZAGREBELSKY, Gustavo. El tribunal constitucional italiano. In: FAVOREU, L. et alii. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984, p.423.

38 ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. cit., p.422.

esta idéia: “Em suma, a proclamação de direitos fundamentais possui uma força expansiva no sistema jurídico e exige uma verdadeira ‘política de direitos fundamentais’. Isto se vê reforçado pelo artigo 3”.³⁹

Essa força expansiva do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana merece de Palazzo, ao estudar os valores constitucionais incidentes no Direito Penal, a afirmação de que, contraposta à intrínseca politicidade do direito penal, existe uma constante exigência de eticidade, própria do direito penal. Com eticidade se pode “‘simplesmente’ aludir ao fato de que se, no manancial do direito penal, se encontram a política e a exigência da tutela da sociedade, em seu âmago se encontra a pessoa humana”.⁴⁰

4. A POSITIVAÇÃO DO PRINCÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

Por derradeiro, a Constituição da República do Brasil. Com efeito, a tortura e outras formas de desrespeito à pessoa humana, praticados durante o regime militar, pondera José Afonso da Silva,⁴¹ deram ao Constituinte brasileiro de 1988 a motivação e justificativa para inserir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado

Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, ao dispor, no artigo 1º, inc. III, da CR: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.*

O estudo deste último tópico cinge-se ao escopo demonstrativo do forte elo existente, no pertinente, entre o ordenamento brasileiro e os ordenamentos constitucionais europeus referidos, tomados como modelo. Convém notar, com efeito, que o Brasil adota, quanto à constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana, a concepção denominada de personalismo humanista, característica do constitucionalismo de valores que caracteriza a própria cultura ocidental dos nossos dias.

5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO

Neste segmento da dissertação, presente seu objeto específico, intenta-se verificar a presença da dignidade da pessoa humana na tessitura constitucional brasileira, na qualidade e função de princípio fundante de tal ordem constitucional. De tal escopo decorre

39 Ibidem, p.436.

40 PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989, p.17.

41 SILVA, José Afonso da. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo...* Op. cit., p.89.

a busca de um real significado e respectiva eficácia para o princípio.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, na precisa prescrição do art. 1º da Lei Magna. Na democracia, o Estado não é fim mas meio, concebido como instrumento a serviço do ser humano. Este, na precisa ponderação de Souza Junior,⁴² como Pessoa Humana, é anterior e superior ao próprio Estado. Com efeito, a concepção de que o homem é uma Pessoa, isto é, um ser, a um tempo, individual e social, material mas espiritualmente aberto ao transcendente, e, de consequência, dotado de dignidade e de direitos fundamentais a serem preservados e promovidos pelo Estado, foi o princípio a partir do qual plasmou-se, na Europa, a denominada civilização cristã ocidental. Foi no âmbito dessa nova civilização que se consolidou a idéia do Estado a serviço da dignidade e dos direitos da pessoa. É pois, a idéia do Estado democrático.

A vigente Constituição da República, ao dispor o princípio em tela, fê-lo sob motivações várias, dentre as quais a de exorcizar o período autoritário antecedente à sua edição, porquanto violador de direitos fundamentais e, por isso, desrespeitador da dignidade da pessoa humana, na

condução dos negócios de Estado. Quanto à linha principiológica seguida, buscou inspiração nas congêneres da Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, tornando expresso o compromisso jurídico com a dignidade da pessoa humana. A propósito do pioneirismo interno daí decorrente, destaca Sarlet que a atual Constituição da República foi a primeira, no constitucionalismo brasileiro, a instituir um título próprio para os princípios fundamentais, “situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais”.⁴³

De notar, igualmente, que, na história do constitucionalismo pátrio, é a primeira vez que aparece positivado o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. O que ocorre no artigo 1º., inciso III, da CRFB: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.* Compreender, pois, a dignidade da pessoa como princípio constitucional é traçar-lhe o alcance estruturante e surpreender-lhe a eficá-

42 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A crise na democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p.3 e 4.

43 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.61.

cia sistêmica no plano das conseqüências jurídicas, destas possibilitando destacar, exemplificativamente algumas, como adiante se verá.

É ainda Sarlet a constatar que o legislador constitucional, via instituição de princípios fundamentais em título próprio, deixou clara a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a textura de “normas embaadoras e informativas de toda a ordem constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material”.⁴⁴ E tal é o relevo dado pelo legislador constituinte ao princípio da dignidade da pessoa humana que aparece ele expresso em várias outras disposições da arquitetura constitucional. Assim no artigo 170, *caput*, dispondo que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...” De igual modo, no título da ordem social – capítulo relativo à família, criança, adolescente e idoso – previu (artigo 226, parágrafo 6º) o planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, assegurando o direito à dignidade à criança e ao adolescente (artigo 227, *caput*).

Logo, a dignidade da pessoa humana, conquanto tardiamente reconhecida no plano normativo, está indubitavelmente positivada na ordem constitucional pátria. Constitui, sem dúvida, princípio normativo fundamental, com a qualificação de norma jurídica fundamental da ordem jurídica.⁴⁵ Com isto, de logo, toma-se posição quanto à natureza jurídica do princípio, pois, em sendo dado com caráter normativo, resta dar-lhe classificação como espécie, ao lado das regras, no âmbito genérico das normas.

6. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDAMENTAL

6.1 Notas preliminares

Resulta, do exposto no capítulo precedente, que os princípios gerais de direito, de fonte subsidiária nos Códigos, passaram, com as Constituições da segunda metade do século XX, a constituir fonte primária de normatividade, dando corpo, na ordem jurídica, aos valores supremos desta, dos quais derivam os direitos e as garantias fundamentais. Desta forma, como sintetiza Bonavides, os princípios, enquanto valores, constituem o critério de aferição dos conteúdos constitucio-

44 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.101.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos...* p.66.

nais em sua dimensão normativa maior.⁴⁶ Como já destacado, a dignidade da pessoa humana foi erigida, pelo legislador constituinte, a fundamento, embora não único, do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), pelo que o Parlamento pátrio tomou uma decisão política fundamental relativamente ao sentido, à finalidade e à justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado.⁴⁷

Ao inserir tal princípio na tessitura constitucional, definiu, de forma categórica, a relação homem-Estado: este existe para aquele, sendo o Estado instrumento a serviço da pessoa humana. Esta é a razão de ser do Estado e não meio para que o Estado alcance fins.⁴⁸ Aceita esta premissa, evidente resta a adoção de princípios-valores no arcabouço constitucional brasileiro, com destaque para o da dignidade da pessoa humana na precípua função de norma fundamental do ordenamento. Com efeito, o Constituinte de 1988, coerentemente com esta opção (decisão política) fundamental, não incluiu a dignidade da pessoa humana no elenco dos direitos e garantias fundamentais, porquanto estes concretizam derivação lógica daquele. Não quer isto significar, é bem

de ver, que, ao positivizar constitucionalmente a dignidade da pessoa humana como princípio fundante da ordem jurídica, tenha o Constituinte pretendido aprisionar aquela ao âmbito da ordem jurídica, porquanto a dignidade humana tem existência independente da posituação e do grau deste reconhecimento legal, como valor imanente que é. Porém, do nível do reconhecimento e posituação do princípio da dignidade da pessoa pela ordem constitucional dependerá a efetividade deste.⁴⁹

6.2 O princípio da dignidade humana como norma suprema

Os princípios, positivados constitucionalmente, constituem as normas supremas do ordenamento jurídico, ou seja, a norma das normas. Este processo se opera quando, segundo Gordillo Cañas, a Constituição materializa uma ordem objetiva de valores, o que se dá quando a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade constituem os esteios da ordem política e social.⁵⁰ Neste contexto, pois, o princípio da dignidade da pessoa humana exsurge como supremo valor da ordem constitucional, presente a

46 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.254.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos ...* p.66.

48 BLECKMANN, A. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos ...* p.66.

49 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos ...* p.69.

50 *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p.260-1.

moderna visão da doutrina constitucional que compreende a Lei das Leis como expressão do “consenso social sobre os valores básicos”.⁵¹ Em sendo valor fundamental da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) projeta uma eficácia de valor unificador dos direitos fundamentais, sendo-lhe fonte jurídico-positiva.⁵² O princípio é, pois, o valor que dá unidade e coerência aos direitos fundamentais em seu conjunto, independentemente de estarem rotulados como tal e elencados no artigo 5º (direitos e deveres individuais e coletivos), nos artigos 6º a 11 (direitos sociais) ou nos artigos 14 a 17 (direitos políticos).

Sobreleva notar, como faz Sarlet, que a dignidade da pessoa humana, como valor intrínseco desta, elevada a princípio constitucional fundamental, não é passível de ser concedida pelo ordenamento jurídico, porquanto o precede e fundamenta.

Neste sentido, vista a contrário senso, decisão do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha estabelecendo que nenhuma pessoa humana poderá ser privada da respectiva dignidade, conquanto possa ser violada a pretensão de respeito e proteção que dela decorre.⁵³ Logo, a dignidade da pessoa humana, por

inerência humana e princípio-valor fundamentador da ordem jurídica, não constitui e nem poderá ser um direito fundamental a ser concedido.

Decorre, pois, que o princípio da dignidade da pessoa humana, tanto quanto na Alemanha, é valor superior que precede a e está materializado na ordem constitucional vigente no Brasil.

Sendo, aliás, notória e, de todo modo, amplamente referida na parte primeira deste trabalho, a inspiração haurida pelo Constituinte brasileiro do pensamento constitucional europeu, nomeadamente Alemanha, Espanha, Portugal e Itália, dúvidas não restam de que a Constituição da República Federativa do Brasil foi erigida como sistema de valores, à semelhança daquelas que a influenciaram decisivamente.

A propósito, segundo Francisco Fernandez Segado, referido por Fernando Ferreira dos Santos,⁵⁴ há unanimidade entre os constitucionalistas espanhóis no sentido de que a ordem constitucional de Espanha constitui um sistema de valores. Com isto, na ponderação do citado autor, a Lei Maior espanhola de 1978 teve por escopo transpor o reducionismo do positivismo estatal, consagrando a dimensão axiológica do Direito, de modo que o

51 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.261.

52 FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p.54.

53 SARLET, Ingo W. Op. cit., p.71.

54 FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.57-8.

ordenamento jurídico estatal não haure legitimidade de si mesmo, por proceder do Estado, em conformidade com os procedimentos formais de produção das normas jurídicas, como apregoava Hans Kelsen. Nem é um sistema axiológicamente neutro, que pode orientar-se a qualquer fim, com todos os perigos que disso decorre, como a história recente dá conta. Contrariamente a esta superada concepção positivista, o Direito, consubstanciado na ordem jurídica, constitui um instrumento para a realização dos fins que a Constituição enuncia como valores.

Uma vez aceito que a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental (art. 1º, III, CRFB) constitui, não mera declaração de conteúdo ético, mas norma jurídica positivada, de natureza constitucional formal e material, dotada de plena e pronta eficácia, há de se admitir, com Benda⁵⁵, que ela alcança a condição de valor jurídico fundamental

da comunidade. Nessa linha argumentativa, pondera, ainda, Sarlet⁵⁶, com apoio em doutrina de K. Stern, que, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é valor-guia dos direitos fundamentais e assim de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), “razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa”.

6.3 O princípio da dignidade humana como norma e valor fundamentais

Até aqui, trabalhou-se, como o fazem os autores em sua maioria, na perspectiva identificadora de princípio e valor, à medida em que aquele, como espécie de norma, é sempre portador ou expressão deste. Passando ao largo da conhecida e diferenciadora posição teórica de Robert Alexy⁵⁷, e para além

55 Cf. E. Benda, *apud* Ingo W. Sarlet. *A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais...* p.71-2.

56 SARLET, Ingo W. Op. cit., p.72.

57 O jusfilósofo alemão, em sua Teoria dos Direitos Fundamentais, trata princípios e valores como categorias lógicas distintas. Como pontos de identificação, aduz que se pode cogitar de uma colisão e respectiva ponderação de princípios e assim também, de uma colisão e respectiva ponderação de valores. Igualmente, a possibilidade de realização gradual dos princípios admite a contrapartida da realização também gradual dos valores. Em decorrência, a Corte Constitucional alemã elabora enunciados sobre princípios aplicáveis a valores e vice-versa, mantendo-se válido o conteúdo deles. Mas, para além das semelhanças, refere haver uma especial diferença entre princípios e valores. Com efeito, enquanto os princípios são conceitos de tipo deontológico (consistente num mandado ou dever ser), os valores são conceitos do tipo axiológico, que se expressam pela idéia de que algo é bom e não de algo é devido.

dela, intenta-se colher uma precisa idéia de valor, aplicável ao presente ensaio. Com a brevidade que a natureza do presente trabalho requer, parte-se da premissa de que o princípio, antes de específico mandado de otimização da concepção alexeniana, é norma de conduta, porquanto, positivado, impõe um agir de certo modo, constituindo medida ou referência de comportamento, com as características próprias da espécie, consistentes na generalidade, obrigatoriedade e coercitividade. Assim, sendo a Constituição a primeira das normas, e presente a tendência atual da constitucionalização de valores, como antes visto, com destaque para a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio e valor supremos, tem-se que é central o conceito de valor nessa construção.

Com efeito, na compreensão de autores vários, valor identifica-se com o fim do ser. Fim este que é ontológico por tomar parte do próprio ser, no caso, o humano. Tal é o conceito colhido de Armando Câmara, para quem “valor é a relação de conformidade do dinamismo do ser com seus fins”.⁵⁸ Dito noutros termos, mas na mesma perspectiva, “O valor é o próprio ser,

visionado racionalmente, numa perspectiva teleológica, em livre posicionamento de conformidade dos seus dinamismos com seus fins”.⁵⁹ Por seu turno, os fins do ser humano são alcançáveis por um meio não ontológico, que é a razão. Esta age na perspectiva axiológica, fazendo com que o fim do ser humano seja concebido como um bem. Os valores, pois, são fins do ser.⁶⁰

Voltando a Armando Câmara, tem-se que a percepção do valor na mente humana surge quando a razão, descobrindo os fins do ser humano, para os quais se projeta todo o dinamismo do ser, percebe a conformidade desses dinamismos finalizados com os próprios fins, que levam à realização total e plena do ser humano.⁶¹

Diaz Revorio⁶², em comentário à Constituição espanhola, na perspectiva do sistema de valores por ela consagrados, manifesta-se no sentido de que lhe parece adequado correlacionar os valores com o finalístico *bem*, porquanto este constitui um critério ao qual correspondem os valores explicitados normativamente na Constituição. Assim sendo, *o bem* materializa-se como *o devido*. De notar-se, porém,

58 DE BONI, Luiz Alberto (org.). *Armando Câmara*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, Coleção Pensadores gaúchos, p.134 e 135.

59 *Ibidem*, p.54 e 55.

60 ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 85.

61 Cf. Armando CÂMARA in Jacy de Souza MENDONÇA, *Diálogos no solar dos Câmara*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, Coleção Pensadores gaúchos, p. 134.

62 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Op. cit.*, p.95 e 107.

que valor é um conceito que, além de jurídico, é metajurídico, porquanto os valores, embora a ele pertençam, não se cingem ao mundo jurídico.

Identificando o valor com o fim do ser, tem-se a ponderação de Basave del Valle, para quem o ponto nuclear do valor está em sua ordenação teleológica, presente em sua própria natureza. Assim, o valor está na estrutura ôntica do ser humano, com suporte no mundo real, consistindo em uma manifestação ativa do ser, que está ordenado a um fim.⁶³ Esta ordem de raciocínios onto-axiológicos torna plenamente pertinente a reflexão de Verdú quando pondera que a taxativa disjunção ser/valor, isto é, entre ontologia e axiologia, levaria à dessubstancialização dos valores. Assim, a perda da visualização metafísica dos valores conduz a um nominalismo axiológico contra o qual tanto se bateu Scheler. Tampouco consiste em substituir a ontologia pela axiologia, nem a essência pela existência. Pondera ele que, nesta rota de evolução, e “já no campo do direito constitucional, se chegaria à dessubstancialização da Constituição, dos valores superiores que propugna, da dignidade da pessoa, do conteúdo

essencial dos direitos fundamentais e da distinção entre lei e Direito.”⁶⁴

Não é demais ponderar que o processo de juridicização de um valor consiste na sua positivação e respectiva integração ao conteúdo da justiça. Em suma, os fins do ser, quando positivados em uma norma, constituem valores jurídicos. A propósito, Luíza Matte,⁶⁵ com toda pertinência, refere ensinamento do Prof. Cezar Saldanha de Souza Junior, para quem as normas jurídicas podem ordenar condutas direta ou indiretamente a fins. Aquela norma que ordena condutas diretamente a fins tem por conteúdo material um valor, constituindo um princípio. Logo, princípio é espécie de norma e, como norma, baliza condutas, expressando um fim ou estando diretamente a serviço de um fim. De consequência e em suma, os princípios, em sendo normas, como as regras, são meios de atingir os fins a que o direito se propõe. Por sua vez, o direito, ele próprio, é essencialmente meio em relação à pessoa humana, na perspectiva de realização dos fins desta, que são ontológicos.

Do exposto, conclui-se que a dignidade da pessoa humana é valor jurídico e, como tal, conteúdo material do respectivo princípio. Com efeito, a

63 DEL VALLE, Basave. *Filosofia do homem*. Tradução de Hugo di Primio Paz. São Paulo: Convívio, 1975, p.161.

64 VERDÚ, Pablo Lucas, op. cit., p.115.

65 Op. cit., p.95.

positivação constitucional da dignidade da pessoa humana, no art. 1º, inc. III, da Constituição da República, torna indubitosa sua condição de valor jurídico, com força normativa fundante da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito, sedimentando a premissa de que a pessoa humana é o fim primeiro e último, alfa e ômega, do direito e do Estado. Como valor superior e fundante da ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana.

7. CONCLUSÕES

a) Hodiernamente, os ordenamentos jurídicos tendem ao reconhecimento da pessoa humana como o centro e o fim do Direito.

b) A pessoa humana é o fundamento primeiro do direito. Com efeito, o homem é o ser que, dentro do tempo e do espaço, se apresenta e deve ser considerado como ‘centro e fim’ de tudo o que existe, pois ele é pessoa, isto é, *o ser em consciência e em liberdade*.

c) A identidade do homem como pessoa o torna o valor absoluto – o único valor absoluto – a que tudo se refere. Este primado do homem não pode não ser reconhecido, acolhido, respeitado, promovido e tutelado

d) O direito tem um finalismo próprio que lhe legitima a presença na vida humana, consistente na busca do bem comum no qual se complementa o

crescimento integral do homem. Tal finalismo jurídico se inscreve, obviamente, no finalismo da pessoa humana, porquanto esta é o fim último de tudo quanto existe no tempo e no espaço.⁶⁶

e) Várias Constituições inspiraram a Constituição Brasileira na positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, dentre as quais a Lei Fundamental da Alemanha, a Constituição de Portugal, a Constituição da República Italiana e a de Portugal.

f) A positivação do princípio vem expressa no artigo 1º, inc. III, da Constituição da República do Brasil: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.*

g) A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, foi positivada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

h) O princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado como valor fundamental da ordem jurídica brasileira.

i) O princípio da dignidade humana foi positivado como norma e valor fundamentais identificados, porquanto a dignidade da pessoa humana é valor jurídico e, como tal, conteúdo material do respectivo princípio.

66 MARTINI, Agostino. Op. cit., p.10.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor W. *Dialética Negativa*, p. 330, *apud* GALEAZZI, Umberto. Por uma libertação da prisão da imanência. In: *Deus na filosofia do Século XX*. São Paulo: Loyola, 1998, p.359.
- AMBROSINI, Giangiulio. *Costituzione italiana*. Torino: Piccola Biblioteca Einaudi, 1975, p.26.
- ARAGÓN REYES, Manuel. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, 1989, p.85.
- BLECKMANN, A. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos ...* p.66.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.254.
- CÂMARA, Armando, in MENDONÇA, Jacy de Souza. *Diálogos no solar dos Câmara*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, Coleção Pensadores gaúchos, p.134.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes et MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2.ed. Coimbra: Coimbra ed., 1984, v.1, p.70.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel Moreira. O princípio da dignidade da pessoa humana na constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: BARROS, Sérgio Resende de e ZILUETI, Fernando Aurélio (coord.). *Direito constitucional – estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p.192.
- DE BONI, Luiz Alberto (org.). *Armando Câmara*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, Coleção Pensadores gaúchos, p.134 e 135.
- DEL VALLE, Basave. *Filosofia do homem*. Tradução de Hugo di Primio Paz. São Paulo: Convívio, 1975, p.161.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p.117 e 118.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 54.
- FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p.57-8.
- HESSE, Konrad. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p.86.
- ITÁLIA. Presidência do conselho de ministros, serviços de informações e da propriedade literária, *El Estado italiano y su ordenamiento*, p.3.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p.19.
- MARTINI, Agostino. Il diritto nella realtà umana. *Il diritto nel mistero della Chiesa Pontificium institutum utriusque juris - Pontificia Università Lateranense*: Roma, 1986, p.6.
- MATTE, Luíza. *A dignidade da pessoa humana em abstrato, sua positivação e sua influência na prática jurídica*. Porto Alegre: PUCRS: 2000. 183 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2000, p.69.
- MODERNE, Franck. La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. In:

- MIRANDA, Jorge (org.) *Perspectivas constitucionais nos vinte anos da constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, vol. I, p.205.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 219, p. 237-251, janeiro/março de 2000, p.238.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1989, p.17.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio. *Temas clave de la constitución española – los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p.49.
- PEREZ, Jesus Gonzalez. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p.19.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, abril/junho de 1998.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A crise na democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p.101 e 102.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El tribunal constitucional italiano. In: FAVOREU, L. et alii. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.423.

Dos contratos bancários

Carlos Silveira Noronha*

NOÇÕES PRELIMINARES

Ao tratar dos contratos bancários, há que se ter em mente que essas relações jurídicas negociais são realizadas no âmbito de uma entidade empresária, que desde os mais remotos tempos é denominada BANCO e que modernamente, no direito pátrio, insere-se no contexto das instituições financeiras, assim definidas na chamada Lei da Reforma Bancária (Lei 4.595/64, arts. 17-18).

É o Banco uma entidade empresária que exerce papel de transcendental importância e que se posta no complexo negocial como expressivo pólo de irradiação da atividade econômico-financeira, sob a tutela do Direito Mercantil e mais especificamente do

Direito Bancário, que se destaca como ramo especial do primeiro.

A conceituação dessa instituição financeira, vem provocando as mais variadas preferências dos comercialistas e, notadamente, dos especialistas em Direito Bancário, seja na qualidade de promotora da circulação monetária, seja como mobilizadora ou intermediadora da expansão do crédito às pessoas físicas e jurídicas que deste necessitam para o desenvolvimento dos seus negócios.

Já em tempos modernos, Vivante definiu o BANCO como “estabelecimento comercial que recolhe os capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito”¹ ao passo que Carvalho de Mendonça refere que os Bancos são “empresas comerciais, cujo

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS e da Faculdade de Direito São Judas Tadeu de Porto Alegre; Mestre e Doutor em Direito pela U.S.P.; Diretor da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.

1 VIVANTE, Cesare. *Tratado di Diritto Commerciale*, vol. 1, p.92, Milão, 1992.

objetivo principal consiste na intromissão entre os que dispõem de capitais e os que precisam obtê-los, isto é, em receber e concentrar capitais para sistematicamente distribuí-los por meio de operações de crédito”.²

Finalmente, para Fran Martins, ao entender que a função dos Bancos supera a de simples intermediários do crédito, refere que “na realidade, os Bancos são mobilizadores do crédito, agindo sempre como sujeitos das operações e dos contratos que realizam”, razão por que os conceitua como “empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital”.³

No Brasil, na atualidade, os Bancos encontram-se incluídos no elenco das instituições financeiras (lei 4.595, de 31.12.1964), chamada Lei da Reforma Bancária, cujo artigo 17 as define como “pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de

propriedade de terceiros”, de modo que esse dispositivo legal não estabelece qualquer diferença entre instituições financeiras e Bancos, mas ao contrário, equipara-os como gênero e espécie.

O parágrafo único, do artigo 17, da lei especial referida, atribui às pessoas físicas a qualidade de instituições financeiras, equiparando-as às pessoas jurídicas, quando aquelas exercerem qualquer das atividades próprias dessa categoria financeira.

No entendimento da doutrina, há que se estabelecer a distinção entre Bancos e instituições financeiras, caracterizando-se os primeiros como instituições financeiras bancárias propriamente ditas, que criam moeda escritural, e as segundas, como instituições financeiras não bancárias, que apenas influem na velocidade de circulação da moeda.⁴

É pacífico na doutrina que a distinção entre Banco e instituição financeira ainda se torna mais clara no que pertine aos fundos de que dispõem esses dois tipos de organismos financeiros para realizar suas operações. Os Bancos operam não só com seus próprios capitais, mas também com os fundos de toda ordem que recebem do público a título de depósitos, aplicações e outros, ao passo que as instituições financeiras

2 CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. 7, 3ª parte, p.119, Rio, 1947.

3 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, nº 370, p.407, 14.ed., Forense, Rio, 1996.

4 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, nº 02, p.3, 10.ed., Saraiva, São Paulo, 2007; MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., p.497.

não podem operar senão com seus próprios capitais, pois não lhes permite a lei receber outros aportes de terceiros. Assim sendo, as operações das instituições financeiras não bancárias são mais limitadas que as dos Bancos.⁵

Dos Bancos, distinguem-se também as casas Bancárias, que embora incluam-se no rol das instituições financeiras, daqueles se diferenciam, seja pelo seu capital menor, seja pelo número mais reduzido de suas atividades, cuja existência ocorreu em época de menor pujança econômica, havendo as mesmas desaparecido ou se transformado em Bancos.

Apenas para registrar a presença histórica das Casas Bancárias no complexo econômico-financeiro, traz-se à baila o Decreto nº 14.728, de 16.03.1921, que as define e as distingue dos Bancos, ao referir que: “Para os efeitos do presente regulamento, considera-se Banco a pessoa natural ou jurídica que, com capital superior a quinhentos mil cruzeiros (moeda da época), realizar as operações especificadas neste artigo, e Casa Bancária a que, com o mesmo objetivo, tiver o capital igual ou inferior a quinhentos mil cruzeiros”. Esse critério quantitativo do capital foi mantido pelo Decreto-lei 6.429, de 13.04.1944, mas a ele foi acrescida a

importância econômica das praças em que a Casa Bancária estiver sediada.⁶

FONTES E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS BANCOS

Desde as épocas mais recuadas no tempo, notadamente a partir do século VI a.C., começaram a surgir estas práticas negociais realizadas por instituições, nas quais pode-se identificar a presença dos Bancos, sabendo-se, por exemplo, que o empréstimo em dinheiro realizava-se com frequência, já nessa época, na Babilônia, Egito e Fenícia.⁷

Foi, porém, no mundo greco-romano, chamado antiguidade clássica, que se tornaram conhecidas outras operações que, com as modificações sofridas no transcurso dos tempos, estão atualmente integradas no comércio bancário, não só as que figuram no vasto elenco das modalidades de empréstimo, classificadas como operações ativas, como também no das passivas, em que o Banco figura como obrigado, e, ainda, nas que atua como mero prestador de serviços chamadas operações acessórias ou complementares. Deve-se observar que, embora possa constituir uma situação incomum na concepção dos tempos atuais, esses negócios bancários da época realizavam-se no interior dos templos, seu inicial e verdadeiro berço,

5 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 02, p.5.

6 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, ob. cit., nº 13, p.32-33.

7 MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*, p.4-5, Milão, 1973.

local onde os antigos reuniam-se para cultuar seus deuses, sendo esse fato compreensível em face dos costumes então vigentes.⁸

Na Idade Média, com o florescimento do comércio, graças às feiras das cidades italianas, surgiram os *compsores* ou *combiatores*, que praticavam a troca manual da moeda. Com o aperfeiçoamento de suas atividades; que evoluíram da simples troca de moedas para a atividade creditícia, tornaram-se conhecidos por banqueiros, no século XII, esses cambistas.

Faziam esses cambistas suas operações nos templos, mas também nos mercados ou feiras, por serem lugares públicos, onde instalavam suas bancas nas quais expunham as moedas, para atrair seus clientes e realizar a troca das moedas estrangeiras pelas nacionais. Inspirando confiança ao público, por essas atividades desenvolvidas, esses cambistas passaram a receber moedas em depósito que lhes eram confiadas para posterior devolução e, deste modo, providos de capital, davam o mesmo em empréstimos aos que deles necessitavam.

Das bancas dos cambistas adveio o termo banco, até hoje utilizado para

caracterizar o principal tipo de instituição financeira nos tempos modernos.⁹

Desse modo, na Idade Média, surgiram os primeiros estabelecimentos bancários, que realizaram papel relevante no atendimento aos comerciantes estrangeiros em operações de troca de moedas, e outras operações bancárias, notadamente as de empréstimos. Tem-se nessa época, na Itália, o Banco de Veneza, fundado em 1171, o primeiro surgido na Europa, que atuou durante seis (06) séculos, até o ano de 1.797.

A seguir, entre os mais importantes, surgiram em 1408, em Gênova, na Itália, a Casa di San Giorgio (ou Banco de São Jorge), que se constituiu na primeira sociedade anônima conhecida; em 1609, o Banco de Amsterdam, na Holanda, que foi levado à insolvência em 1820, ou seja, 211 anos após a sua fundação; contemporaneamente, o Banco da Suécia; fundado em 1694, o Banco da Inglaterra, em 1800; o Banco de França, fundado por Napoleão.¹⁰

Na Idade Moderna, com o desenvolvimento das atividades comerciais e industriais, ocorrido após os dois grandes conflitos mundiais, gerou-se o crescimento do apelo ao crédito, não só na esfera privada como também na

8 MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*, ob. cit., p.5; NELSON ABRÃO. *Direito Bancário*, cit., nº 05, p.13.

9 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 372, p.408.

10 RODIÈRE, René e RIVES-LANGE, Jean-Louis. *Droit Bancaire*. p.18-20, Paris, 1980; ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário* cit., nº 6, p.14; MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações comerciais* cit., nº 372, p.408-409.

pública, fatos que fizeram com que se alterasse a própria estrutura e função dos Bancos, passando-se dos modelos antigo e intermédio, para o moderno, cujas atividades primordiais caracterizam-se por tomar os fundos monetários amealhados pelos poupadores e emprestá-los aos que do crédito necessitam, para o desenvolvimento dos respectivos negócios. E em razão desses fatos, multiplicou-se o número de Bancos, fundados, notadamente, na Europa, projetando-se com maior rapidez esse crescimento na transição do Século XIX para o XX, da nossa era.

No Brasil, o primeiro Banco, fundado ainda na fase colonial, em 12 de outubro de 1808, por Alvará de D. João VI, quando para cá transferiu a Corte portuguesa, foi o Banco do Brasil, que experimentou, inicialmente, transformações e episódios de liquidação, aprovadas por assembléia geral de 11.04.1835. Fundiu-se com o Banco Comercial em 31.08.1853 e com o Banco da República dos Estados Unidos do Brasil em 17.12.1892, conservando sempre a denominação de Banco do Brasil. Reorganizou-se definitivamente, tendo seus estatutos aprovados pela Lei nº 1.455, de 30 de dezembro de 1905, contando atualmente uma existência de dois séculos, ou seja, precisamente 200 anos, que ocorrerá na data próxima de 12 de outubro do ano vindouro de 2008.

Atualmente participam do comércio bancário pátrio extenso número de Bancos públicos e privados, que integram o grande mundo das instituições financeiras, estando os nacionais privados dependentes para funcionar de autorização do Banco Central do Brasil, enquanto os estrangeiros estão sujeitos a autorização governamental, mediante decreto do Poder Executivo, como dispõe o artigo 18, da Lei 4.595/64.

CLASSIFICAÇÃO DOS BANCOS

A pretensão de realizar a distinção dos Bancos, em classes, mediante critérios rígidos, a par de haver sido tentada historicamente pela doutrina, está em fase de desaparecimento, devido às dificuldades encontradas, como bem adverte renomado comercialista nacional, ao afirmar que “classificar os Bancos é entrar no campo arbitrário”.¹¹

Todavia, no âmbito do nosso direito interno, a Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, chamada Lei da Reforma Bancária, classificou os Bancos pelo gênero instituições financeiras, dividindo-os em instituições financeiras públicas e privadas (art. 17). Entre as públicas, figuram os Bancos Públicos, criados e mantidos pelos Governos federal e estaduais, encarregados da execução das políticas creditícias

11 CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, cit., vol. 7, p.39.

respectivas, retratando o intervencionismo estatal no setor.

Integram-se especificamente no setor público, o Banco Central do Brasil, instituição bancária cúpula do Sistema Financeiro Nacional, regulador e fiscalizador das demais instituições bancárias; o Banco do Brasil, sociedade de economia mista, órgão executor da política creditícia e financeira do Governo Federal (art. 19), referido acima; o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), instrumento de execução da política de investimentos do Governo da União (art. 23); a Caixa Econômica Federal (CEF), empresa pública, criada inicialmente pelo Decreto nº 2.723, de 12 de janeiro de 1861, de D. Pedro II,¹² que atualmente tem sua estrutura definida pelo Decreto-Lei nº 759, de 12.08.1969, alterado pelo Decreto-Lei nº 1.259, de 19.02.1973, regendo-se pelo Estatuto aprovado pelo decreto nº 3.882, de 08.08.2001. Extinto o Banco Nacional da Habitação (BNH), pelo Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986, passou a CEF à execução do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), como dispõe o artigo 24, parágrafo único, da Lei da Reforma Bancária.

Ainda no setor público, mas no âmbito estadual, existiam, até pouco tempo, as Caixas Econômicas Esta-

duais, previstas no artigo 24, parágrafo único da Lei nº 4.595/64, todas atualmente extintas. Nos três Estados do Sul (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná) e no Estado de Mato Grosso do Sul, existe o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE), que constitui Banco de fomento. No Rio Grande do Sul, foi criada no Governo anterior a Caixa-RS, também Banco de fomento.

Compartilham com as instituições financeiras públicas, na composição do Sistema Financeiro Nacional, as instituições financeiras privadas, reguladas também pela Lei 4.595/64, (art. 25 e seus § §), que têm marcada presença no mundo financeiro na figura do Banco Comercial, cujo desempenho é dos mais abrangentes, configurando-se em banco múltiplo ou universal, ou seja, aquele que pratica substancialmente quase todas as operações bancárias, como sucede na Alemanha.¹³

Os Bancos Comerciais encontram-se atualmente regulamentados pela Resolução nº 469, de 07.04.1978, do Banco Central, que os define como instituições financeiras privadas, constituídas sob a forma de sociedade anônima, tendo por objetivo precípua proporcionar o suprimento oportuno e adequado dos recursos necessários para financiar, a curto e médio prazo, o

12 DE OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Manual de Direito Bancário*, nº 29, p.201-202, Edição IOB Thomson, São Paulo, 2006.

13 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário* cit., nº 12, p.23.

comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços e as pessoas físicas, podendo realizar todas as operações pertinentes a esse tipo de instituição bancária, tais como, descontar títulos, realizar operações de abertura de crédito, captar depósitos, etc.¹⁴

Dentre outras instituições creditícias que se incluem no elenco das instituições financeiras privadas, figuram as Cooperativas de crédito, que são sociedades de pessoas com forma jurídica própria, de natureza civil, sem finalidade lucrativa, organizadas para a prestação de serviços ou para o exercício de outras atividades de interesse comum dos associados.

As Cooperativas de crédito estão regidas pela lei geral da categoria (Lei 5.764, de 16.12.1971), e em especial pela Lei da Reforma Bancária (artigo 55, da Lei 4.595/64), esta última no que concerne a autorização para funcionamento e fiscalização das mesmas, a cargo do Banco Central. As cooperativas de crédito têm por finalidade propiciar empréstimos aos seus associados, em valores limitados e mediante taxas módicas de juros, visando auxiliar de modo particular o pequeno trabalho dos mesmos em qualquer atividade que este labor se manifeste, seja no setor agrícola, industrial, comercial ou simplesmente profissional.¹⁵

DAS OPERAÇÕES BANCÁRIAS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Visando obviar a realização de seu objeto, os Bancos desempenham, em relação aos seus clientes, uma extensa gama de relações negociais, que recebem a denominação técnica de operações bancárias. A expressão encontra-se desde muito consagrada no nosso direito positivo, pois o Código Comercial, em sua Parte Primeira, no artigo 119, hoje revogada, dispunha, ao definir a figura do banqueiro, que “São considerados banqueiros os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco”. E o antigo Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que regia o processo comercial e que foi revogado com o advento do Código de Processo Civil de 1939, enumerava as operações bancárias entre os atos de comércio por natureza, inserindo estas no complexo da atividade empresária, como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços.

É de lamentar que o vigente Código Civil de 2002, em seu artigo 966, postasse com timidez em relação às operações bancárias anteriormente caracterizadas no revogado artigo 119 do Código de Comércio, pois ao definir a figura do empresário, acolhendo a concepção

14 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 375.

15 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário* cit., nº 15, p.35-36; MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 378, p.425-428.

legislativa consagrada no Código Civil italiano de 1942¹⁶ se refere não pela espécie, mas pelo gênero dos atos realizados pelo empresário que os pratica “profissionalmente (como) atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, sendo sustentável o entendimento de que as operações bancárias encontram-se incluídas pelo legislador atual nesse contexto, porquanto são os Bancos considerados também entidades empresárias.

Assim, a posição atual dos comercialistas é no sentido de que devem ser entendidas por operações bancárias a coleta ao público de aportes financeiros e a intermediação ou aplicação desses recursos, sejam próprios ou de terceiros, no atendimento das necessidades de crédito de empresas e particulares.¹⁷

No que pertine à classificação das operações bancárias, têm os autores, de modo geral, levado em consideração, de um lado, a coleta de recursos financeiros perante o público poupador e, de outro, a aplicação destes, sejam próprios ou de terceiros, às pessoas físicas ou empresários que deles necessitem para o desenvolvimento dos seus negócios,

de modo que as classificam em operações passivas e em operações ativas.¹⁸

Outros as dividem em operações típicas e atípicas. Na primeira categoria incluem-se as que se relacionam com as atividades creditícias exercidas pelo Banco, seja na coleta de recursos financeiros do público poupador, seja nos empréstimos aos que deles necessitam. Assim as operações típicas subdividem-se em passivas, nas quais o Banco assume a posição de devedor da obrigação e em ativas, em que o Banco assume a posição de credor.¹⁹

Todavia, entendem outros autores, ainda, entre os quais Giuseppe Ferri e Nelson Abrão, que o melhor critério classificatório das operações bancárias é o que leva em conta a importância do negócio praticado, ou seja, a atividade dos Bancos resulta de uma dúplici categoria de operações. Na primeira categoria figuram as operações essenciais ou fundamentais, que representam a função própria do Banco, qual seja o exercício do crédito em todas as suas modalidades. Estas consistem, de um lado, na coleta de capitais junto ao público poupador, caracterizando operações passivas, e, de outro lado, as

16 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 21, p.52-56.

17 Sobre o assunto, v. COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, p.445, Ed. Saraiva, São Paulo, 2005.

18 Em tal sentido CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado* cit., p.145; MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 383, p.432.

19 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, cit., p.447.

que consistem na distribuição dos capitais, mediante a concessão de empréstimos aos que deles necessitam para o desenvolvimento dos seus negócios, caracterizando operações ativas. Existe ainda uma segunda categoria de operações bancárias por meio das quais o Banco presta serviços aos seus clientes, recebendo estas a qualificação de operações acessórias ou complementares.

Deste modo, segundo os autores anteriormente mencionados, o critério mais adequado para classificar as operações bancárias é o que as divide em operações principais essenciais ou fundamentais, podendo estas serem passivas ou ativas e em operações acessórias ou complementares, nas quais o Banco não concede, nem recebe crédito, mas apenas presta serviços aos seus clientes.²⁰

Assim sendo, constituem operações principais, essenciais ou fundamentais, exemplificativamente, o depósito, o redesconto, a conta corrente, as aplicações financeiras dos clientes, etc., que são operações passivas e, por outro lado, também exemplificativamente, o empréstimo, o desconto, a abertura de crédito, a conta de cheque especial, etc., que são operações ativas; e, por fim, a custódia de valores, o serviço de cofres de segurança, a cobrança de títulos, etc., que formam as operações acessórias ou complementares.

DOS PRINCÍPIOS E REGRAS ORDENADORES DOS CONTRATOS BANCÁRIOS

Insertos no contexto geral das relações contratuais, os contratos bancários devem ser informados em sua estrutura, conteúdo e fins por uma principiologia comum a todos os contratos, civis e comerciais, dentre tais, notadamente, os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade, caracterizada historicamente no *pacta sunt servanda*, porém, *cum grano salis*, como a seguir se passará a observar. O princípio da autonomia da vontade, ou da autonomia privada, está fundado, como é sabido, no individualismo, que é produto de tendências já verificadas nos sistemas romano e canônico e no liberalismo econômico, manifestado, historicamente, pelo jusnaturalismo e, filosoficamente, na doutrina de KANT, cujo pensamento figura como precursor da idéia de estado liberal.²¹

A autonomia da vontade traduz, portanto, um poder de disposição diretamente ligado à concepção tradicional relativa ao direito de propriedade privada, nos meandros do sistema de mercado, promotor da livre circulação de bens, cujo principal instrumento é o negócio jurídico. Essa teoria proclama que o sujeito é livre para contratar, escolher com quem contratar e

20 FERRI, Giuseppe. *Manuale de Diritto Commerciale*, p.680, Turim, 1971; ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 23, p.59-61.

21 Em tal sentido, é também a posição doutrinária de Francisco Amaral em *Direito Civil Introdução*, p.358, 5.ed. Renovar, Rio, 2003.

estabelecer, sem limitações, o conteúdo do contrato e seus efeitos.

As conseqüências do reconhecimento da autonomia da vontade pela teoria clássica vêm desaguar nos princípios da liberdade contratual, da força obrigatória dos contratos e do efeito relativo,²² este último ainda estava concebido no artigo 928 da codificação civil revogada. Nos tempos atuais, todavia, esses três princípios encontram-se balizados pela intervenção estatal no contrato, visando preservar o interesse público no contexto dessa relação jurídica e é aplicável também aos contratos bancários.

E é de notar-se que, significativamente, com o amadurecimento das idéias de solidariedade e de socialidade dos direitos, a Constituição Federal restou por adotar em seu artigo 5º, XXIII, de igual modo, o princípio da função social da propriedade, com o escopo de combater a especulação latifundiária.

A discussão legislativa acerca do Projeto da nova codificação civil, no Congresso Nacional, acolhendo as idéias da socialidade que, em conseqüência da regra Constitucional, passou a ser concebida pelos congressistas, na discussão do Projeto civilista, fez com que o princípio da função social do contrato fosse, de igual modo, contemplado na legislação civil comum, em sede de relação contratual, estabelecendo-a no artigo 421, da nova codificação.

Assim, diante dessa uniforme posição tomada pela legislação especial e também pela lei comum, a nova teoria contratual vem sofrendo significativas transformações nos últimos tempos, fruto de uma consciência social moldada sob novas idéias que visam tornar mais equânime e mais justa a relação contratual. Essa nova tomada de posição teve por escopo senão afastar, pelo menos, minorar ou relativizar os efeitos do individualismo e do patrimonialismo imperantes no passado, na esfera contratual.

Essas idéias de equanimidade e de justiça social a serem observadas no âmbito da contratação servem para limitar o tradicional princípio da autonomia da vontade, sempre que este estiver em confronto com o interesse social, que atende também os postulados da ordem pública.

Assim sendo, concebendo o legislador que a liberdade de contratar não pode divorciar-se da função social caracterizadora dessa relação jurídica, positivou a dita função no Código Civil de 2002, como regra geral a ser observada em todas as contratações na área do direito privado.

A par de acolher o princípio da função social no campo da teoria geral dos contratos, extensivo a toda a tipologia contratual indistintamente, o legislador civil reconheceu também a atuação desse princípio especificamente nos contratos de adesão, ao estabelecer no artigo 423 da codificação a regra de

22 Sobre esse tema, v. ainda, Francisco Amaral, *Direito Civil*, Introdução, cit., p.359.

que “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”, ripristinando, de certo modo, a regra vedatória das cláusulas abusivas, constantes no artigo 54 e §§ 1º ao 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda com o escopo declarado da adoção do princípio da função social do contrato, notadamente nos contratos de adesão, introduziu o legislador na codificação civil de 2002, o artigo 424, segundo o qual, “nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipularem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Na atualidade, a própria legislação civil, como se viu, ao adotar em sede de teoria geral dos contratos o princípio da função social, concebe-a como parte de uma realidade mais abrangente e como fator de alteração da realidade social, como o faz, de igual modo, com o direito de propriedade. E em face dessa concepção, consagra a rescisão do contrato lesivo (Cód. Civil, art. 157), anula o celebrado em estado de perigo (Cód. Civil, art. 156), sanciona o enriquecimento sem causa (Cód. Civil, art. 884-886); prescreve a resolução do contrato por onerosidade excessiva (Cód. Civil, art. 478-480); limita o valor da cláusula penal (Cód. Civil, art. 412-413), etc., como salienta a doutrina.²³

Deve-se ainda registrar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) acolhe extensivamente em seu texto a função social do contrato de consumo, estendendo-a também aos contratos bancários, pois ao definir os serviços, como categoria sujeita à disciplina dessa codificação especial, os inclui como atividade de consumo, e como tais “inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito...”, praticadas pelo consumidor com os Bancos.

Assim sendo, diante da regra expressa contida no artigo 3º, § 2º, do CDC, às relações de consumo praticadas com os Bancos é aplicável o princípio da função social do contrato. A aplicabilidade do CDC às operações bancárias encontra-se já sedimentada na jurisprudência, na Súmula 297 do S.T.J.

Quanto à sua estrutura e elementos constitutivos, encontram-se os contratos bancários regulados pelas regras da lei civil comum e quanto ao seu conteúdo e finalidades pela regência geral das regras de direito mercantil e, particularmente por disposições de direito bancário, salvo alguns contratos inominados que recebem a disciplina de leis especiais.

Não se deve esquecer de salientar que desde tempos transatos vem persistindo a unidade normativa, civil e comercial, para a regência das obrigações desses dois setores da relação jurídica privada.

Mas, a par da confluência dessas duas áreas jurídicas, quanto ao direito

23 Entre outros, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, nº 185, p.10-14, 11.ed., Forense, Rio, 2004.

obrigacional, não se pode conceber que, com a revogação dos artigos 1º a 456, constantes da parte primeira do Código Mercantil de 1850, tenha-se transladada para o Livro II da codificação civil vigente, sob o título de *Direito de Empresa*, toda a normatividade de natureza mercantil sob a regência daquelas disposições revogadas. De outro modo, constituiria concepção deveras incorreta imaginar-se que parte do direito mercantil se tenha transmutado em civil, pelo simples fato de sua colocação tópico em sede civil.

Já no passado, a respeito das obrigações e contratos mercantis e nesse elenco incluídos os contratos bancários, havia regra expressa no artigo 121, do Código Comercial, segundo a qual “As regras e disposições do direito civil para os contratos em geral são aplicáveis aos contratos comerciais, com as modificações e restrições estabelecidas neste Código”.

Na verdade, os contratos mercantis em geral e, no particular, os contratos bancários, socorrem-se das regras contidas na lei civil comum, quanto aos seus elementos pertinentes à capacidade, legitimidade das partes e à forma, mas regem-se pela lei mercantil, quanto à espécie, qualidade e demais características do objeto e a sua finalidade, porquanto a definição e disciplina destes últimos elementos não é própria da lei civil.

Quanto à forma, a disciplina é exclusiva da lei civil e a imensa maioria dos contratos mercantis e bancários obedece a forma não defesa em lei,

segundo dispõe os artigos 104, III e 107 *caput*, do Código Civil, ou seja, a forma livre, devendo-se salientar que os contratos que envolvem compra e venda de imóveis, cujo valor não exceda a 30 salários mínimos vigentes no País, podem ser formatizados por escritura particular, segundo o artigo 108 da codificação civil. Todavia, por expressa disposição legal, podem ser realizados por escritura particular os contratos bancários que têm por objeto o financiamento de imóveis com garantia hipotecária, pertinentes ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), segundo o artigo 61, § 5º, da Lei 4.380/64, que criou o Banco Nacional da Habitação (BNH) e criou também o mencionado sistema de financiamento da casa própria.

Não obstante a lei civil autorizar a prática da forma livre para instrumentar a realização dos contratos bancários, estes são, na verdade, praticados mediante a utilização da forma escrita, podendo esta ser obtida com o auxílio da máquina, notadamente por meio da informática, que na atualidade é utilizada inclusive para instrumentar os negócios jurídicos mais solenes, como é o caso do testamento, em sede do direito das sucessões, segundo disposições do artigo 1.864 e outros, da codificação civil em vigor.

Conforme registra certa doutrina, “Não há mais no direito brasileiro contratos mercantis solenes”, continuando o autor a afirmar que “a exigência da forma escrita para a plena eficácia das obrigações contratadas não

se confunde com o requisito da solenidade para a constituição do contrato” (como acentua Fábio Ulhoa Coelho).²⁴

DAS OPERAÇÕES DOS BANCOS EM GERAL E DOS CONTRATOS QUE AS FORMALIZAM

Como já foi explanado acima, as operações bancárias classificam-se, por sua natureza, em operações principais, essenciais ou fundamentais do comércio bancário, sendo estas subdivididas em operações ativas, nas quais o Banco figura como credor, e em operações passivas, em que o Banco assume a posição de obrigado ou devedor. De outro lado, o mesmo critério classificatório reconhece outra categoria de operações bancárias chamadas operações acessórias ou complementares, nas quais o Banco não concede empréstimos, nem recebe recursos financeiros dos poupadores em geral, mas tão somente assume o encargo de prestar serviços aos seus clientes.

DAS OPERAÇÕES ATIVAS DOS BANCOS

No elenco das operações principais, essenciais ou fundamentais do comércio bancário, que figuram como operações ativas, passam a ser examinadas, exemplificativamente, a de mútuo, a de

desconto de títulos de crédito, a de cheque especial, a de empréstimo rural, a de empréstimo industrial, a de empréstimo em consignação, a de cartão de crédito, a de empréstimo mediante penhor de jóias, metais e pedras preciosas, dentre outras da mesma espécie, todas elas formalizadas por instrumentos de contrato que são nominados com a mesma denominação própria de cada uma.

DO CONTRATO DE MÚTUO

É o instrumento formalizador da operação de mútuo, a mais comum e mais ocorrente entre os contratos bancários. Representa também a espécie contratual mais antiga, realizada em todos os tempos pelos Bancos, havendo notícias de sua prática já no distante império babilônico, onde se encontrava regida pelo Código de Hamurábi, de aproximadamente 2.600 a.C., contendo regras restritivas da usura acerca da taxa de juros, segundo às quais, se o emprestador estabelecesse taxas de juros superiores a 20%, não só perdia o direito à renda do capital emprestado, mas também ao próprio capital.

Para os romanos, foi o mútuo difundido entre os *argenti* e seus clientes, os quais exerciam atividades semelhantes aos atuais banqueiros, realizando operações de empréstimos mediante a cobrança de juros, devendo-se

²⁴ Sobre esse requisito dos contratos mercantis, v. Fábio Ulhoa Coelho, *Manual de Direito Comercial*, p.445, Saraiva, São Paulo, 2005.

ressaltar que na Idade Média essa cobrança de juros sobre os empréstimos recebeu a reprovação da Igreja Católica, que a considerou usurária, imoral e pecaminosa.

Com efeito, abandonando-se o vácuo temporal transcorrido entre o medievo e a época moderna, há que se registrar que o contrato de mútuo ingressou no direito brasileiro pelo artigo 247 do Código Comercial de 1850, encontrando-se atualmente definido no artigo 586 e ainda explicitado, quanto a cobrança de juros, no artigo 591, ambos da codificação civil de 2002.

Segundo a doutrina especializada, esta relação contratual deve ser entendida como a operação bancária realizada entre o Banco e seu cliente, mediante a qual a instituição bancária coloca à disposição daquele determinada soma em dinheiro, em moeda corrente, para ser restituída ao mutuante na mesma espécie, qualidade e quantidade, dentro de certo tempo, com acréscimo de juros remuneratórios.²⁵

O mútuo é espécie do gênero operações financeiras, que tem destacada predominância no campo das operações essenciais ou fundamentais e ativas dos Bancos. E no sentido específico, o contrato de mútuo deve ser considerado “o núcleo central do sistema creditório ou o centro de gravitação do comércio bancário segundo a expressão da doutrina especializada”.²⁶

O contrato de mútuo pode ser ajustado pura e simplesmente, amparado apenas no conceito pessoal e cadastral do tomador, ou mediante garantia fidejussória (aval, fiança) ou com garantia real (caução, penhor, hipoteca), tendo em vista que o direito creditório do credor repousa no patrimônio de devedor, segundo dispõem os artigos 391, do Código Civil e 591, do CPC. Todavia, deve ser registrado que o avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo também responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário, conforme dispõe a Súmula nº 26, do S.T.J.

Quanto aos juros remuneratórios a serem ajustados no contrato de mútuo, deve ser observada a taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central, limitada ao percentual contratado, segundo dispõe a Súmula 596, do S.T.F. e a Súmula 296, do S.T.J., salientado que a taxa de juros de 12% ao ano, fixada no § 3º, artigo 192, do texto original da Constituição Federal, foi revogada pela Emenda Constitucional nº 40, de 29.05.2003 e bem assim está afastada a Lei da Usura (Decreto 22.626/33), que fixava os juros remuneratórios no mesmo patamar de 12% ao ano (artigo 1º) e os juros moratórios em 6% a.a. (artigo 3º).

Finalmente, há que ser observado que os empréstimos desta espécie,

25 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 389, p.436; ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit. nº 32, p.94.

26 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 32, p.94.

quando concedidos pelos Bancos a pessoa física ou jurídica que se dedique à atividade comercial ou à de prestação de serviços, poderão ser operados por meio de cédula de crédito comercial ou de nota de crédito comercial, seguindo-se as disposições da Lei 6.840, de 03.11.1980, bem como as que disciplinam a cédula de crédito industrial, contida no Decreto-Lei nº 413, de 09.01.1969.

DO CONTRATO DE DESCONTO

O desconto de títulos de crédito é outra operação bancária tipicamente ativa, mediante a qual o Banco, nesse tipo de negócio jurídico, chamado descontário, antecipa ao cliente, chamado descontante, um adiantamento pecuniário, em troca de títulos de crédito sacados por este último contra terceiros, os quais são endossados ao Banco. Este endosso caracteriza-se como endosso translativo da posse-propriedade do título, segundo doutrina de tomo.²⁷

Naturalmente, a quantia antecipada pelo Banco ao cliente descontante limita-se ao valor líquido dos títulos descontados, deduzidos os juros remuneratórios incidentes sobre a operação, calculados até o vencimento e a comissão de cobrança dos mesmos.

São objeto de desconto bancário, em regra, todos os títulos cambiais com vencimento futuro, tais como os não

causais (letras de câmbio, notas promissórias) e bem assim os causais ou cambiariformes, representados pelas duplicatas de fatura, que constituem efetivos efeitos comerciais. Tanto no desconto dos títulos não causais, como nos cambiariformes, estes resultantes da compra e venda de mercadorias ou da prestação de serviços entre o comerciante, cliente do Banco e um terceiro, a instituição financeira descontária adquire a propriedade dos títulos, mediante endosso translativo, sob a figura da cessão de crédito, subrogando-se no direito de crédito do cliente.

Destarte, pelos seus elementos constitutivos, o desconto bancário configura uma relação jurídica trilateral, composta pelo cliente, sacador ou emitente dos títulos descontados, que os aliena ao Banco descontário; por este que, mediante o endosso, adquire a propriedade dos títulos; e pelo sacado, que é o obrigado a implementar o pagamento dos títulos, nos respectivos vencimentos, salientando-se que, não resgatados estes, remanesce a coobrigação do descontante de reembolsar o Banco pela quantia que recebeu antecipadamente.

Por derradeiro, cabe observar que, adquirida pelo Banco a propriedade dos títulos descontados, pela figura da cessão de crédito; compete-lhe, obviamente, proceder a cobrança dos mesmos e bem assim o respectivo aceite, se for o caso.

²⁷ Ver Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo 36, § 4.050, nº 3, p.222-223, Edição Borsoi, Rio de Janeiro, 1971.

DO CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL

Deve-se entender por contrato de cheque especial, que também é denominado contrato de cheques garantidos, a operação bancária ativa, mediante a qual o Banco concede a clientes selecionados a abertura de um crédito com limite e prazo determinados, para ser por estes utilizado por meio de cheques de categoria especial, fornecidos pela instituição creditadora. O Banco que concede o crédito é ordinariamente denominado creditor, enquanto o favorecido do empréstimo é chamado creditado.

Essa modalidade de crédito, cuja denominação se confunde com o instrumento de sua utilização, vem sendo genericamente identificada por “cheque especial”. No entanto, pode adquirir denominações diversas, segundo a preferência do Banco instituidor do crédito. Haja visto, exemplificativamente, que no Banco do Brasil recebe a denominação específica de “cheque ouro”, enquanto em outras instituições bancárias a de “cheque conterrâneo”, no Banco do Nordeste do Brasil e a de “cheque BEC”, no Banco do Estado do Ceará, segundo notícia a doutrina comercial.²⁸

O cliente ou creditado, em benefício do qual é realizada a abertura de crédito, é indenticado, para a utilização do mesmo, através de um cartão fornecido pelo Banco, no qual constam o nome e a assinatura do beneficiário, o prazo de

utilização do crédito, a indicação do estabelecimento creditor e bem assim o número da conta corrente do cliente ou creditado.

O deferimento do crédito pode ser puramente pessoal, segundo o teor de credibilidade que o creditado gozar perante o Banco creditor, aferida esta mediante avaliação criteriosa dos respectivos registros cadastrais, ou, ainda, com base no saldo médio que se verificar, por certo período, em sua conta corrente. Com efeito, essa aferição não é recomendada pelo Banco Central, segundo registra autor da área comercialista.²⁹

A operação de cheque especial pode ser periodicamente renovada. Quanto aos juros remuneratórios ajustados contratualmente, incidentes sobre as parcelas utilizadas pelo creditado, são contados e debitados mensalmente na conta corrente do mesmo, ou na oportunidade da extinção do contrato, que poderá ser cancelado pelo Banco, no caso de descumprimento, pelo devedor, das obrigações contratuais, ou por opção deste ou, ainda, por desnecessidade de continuar a utilizar-se do crédito.

DOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO RURAL

Tendo em mira os interesses que o agronegócio vem despertando no espírito das pessoas ligadas ao meio rural, o qual se expande com rara velocidade e dinamismo nos tempos modernos, agricultores e pecuaristas vêm dirigindo

28 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 401, p.443-445.

29 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 402, p.404.

suas atenções para esses dois setores da vida rural. E, diante da escassez de aportes financeiros próprios, para enfrentá-los com os recursos técnicos necessários à obtenção de resultados, recorrem esses ruralistas aos Bancos para, mediante a consecução de empréstimos especializados e destinados a esses setores da atividade rural, conseguir os recursos necessários para enfrentar e desenvolver tais empreendimentos.

Os empréstimos rurais, obedecendo os ditames traçados pela política governamental, visando o desenvolvimento técnico, metódico e dinâmico da produção primária, dispõe de estrutura organizada para atender as necessidades financeiras de cada um dos dois setores produtivos, de modo que os empréstimos a eles destinados estão divididos em agrícolas e pecuários.

Os contratos de empréstimo agrícola obedecem a limites de crédito fixados segundo o tipo de cultura a ser desenvolvida pelo agricultor, isto é, existem parâmetros limitativos para a cultura de lavouras de arroz irrigadas e não irrigadas, de soja, de trigo, de milho, de girassol, etc., mediante juros remuneratórios do capital empestado reduzidos, sendo os prazos dos financiamentos compatíveis com o período vegetativo de cada espécie de cultura, devendo-se salientar que, por disposição legal expressa, o prazo do penhor agrícola não excederá de 3 (três) anos, prorrogável por mais 3 (três), segundo o artigo 61, do Decreto-lei nº 167, de 14

de fevereiro de 1967, observado, no entanto, o prazo compatível ou necessário para cumprir o período vegetativo do tipo de cultura que for praticado. Pode haver pacto de capitalização de juros nos contratos de empréstimo rural, segundo dispõe a Súmula 93, do S.T.J.

As garantias do contrato de empréstimo agrícola, que constituem espécie de penhor rural, admitidas pela cédula rural pignoratícia, esta criada inicialmente pela tradicional Lei nº 492, de 30 de agosto de 1937, que criou também o penhor agrícola (arts. 6º ao 9º) e o penhor pecuário (art. 10 a 13),³⁰ devem constar no instrumento escrito do respectivo contrato, segundo dispõe o artigo 14, inciso V, do diploma legal referido, devendo serem integradas pelo fruto pendente a ser produzido pelo tipo de cultura praticado pelo agricultor e bem assim pelas máquinas e utensílios agrícolas empregados no empreendimento e ainda, por outros bens necessários para completar o complexo garantidor do empréstimo.

No que diz com os empréstimos da espécie, concedidos a pequenos e a micro-produtores rurais, são estes subvencionados pelo Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), com recursos do Tesouro Nacional, com o objetivo de incrementar as culturas agrícolas a que os referidos beneficiários estão habituados a praticar, sendo portadores de conhecimentos práticos e experiência, para o exercício do mister.

30 Ver Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 295, p.347.

Essa modalidade de empréstimo agrícola, que deve observar a estrutura formal da Nota de Crédito Rural, estatuída pelo Decreto-lei 167/67, em seus artigos 27 e 28, dispensada a garantia real exigida para os empréstimos de maior porte, requer que o seu instrumento formal seja levado a registro no Ofício de Imóveis, com o objetivo de conferir-lhe eficácia em relação a terceiros e, conseqüentemente, a obtenção do efeito *erga omnes*.³¹

Esse título de crédito deve estar revestido dos requisitos exigidos pelas disposições legais que regulam esta modalidade de empréstimo, cujo prazo não excederá a 2 (dois) anos, mas dito prazo deverá guardar compatibilidade com o período vegetativo do tipo de cultura a ser praticado pelo agricultor.

Por fim, extinto o prazo do empréstimo e não prorrogado este na forma permitida na lei, deve o mutuário repô-lo ao Banco financiador, pelo modo estipulado na avença, que poderá ser parcelado ou integral.

Os contratos de empréstimo pecuário, embora dirigidos para tipo de empreendimento diverso do que se destina ao empréstimo agrícola e não obstante se incluam no mesmo gênero dos empréstimos rurais, obedecem, de igual modo, a limites fixados em conformidade com o tipo de atividade pecuária empreendida pelo pecuarista postulante do empréstimo, ou seja, existem parâmetros fixadores dos limites para o financiamento à exploração de gado

bovino, ovino, suíno, etc., e bem assim quanto aos juros remuneratórios do capital emprestado, prazo de vigência da avença; regras técnicas pertinentes à manutenção da saúde do rebanho; e outras necessárias ao sucesso do empreendimento. E, no que diz respeito ao primeiro tipo de exploração pecuária, isto é, a de gado bovino, há que se realizar, ainda, a distinção quanto ao objeto do empréstimo, isto é, se destinado à criação, reprodução do rebanho ou destinado à engorda. Pode haver pacto de capitalização de juros nos contratos de empréstimo rural em geral, dos quais participa o empréstimo pecuário, segundo a Súmula 93 do S.T.J.

As garantias do contrato de empréstimo pecuário são as que constituem o objeto do penhor pecuário, cujas disposições reguladoras desse tipo de garantia encontram-se atualmente na nossa codificação civil de 2002 (artigos 1.444 a 1.446), salvo quanto ao prazo do ajuste, que encontra comando legal expresso no Decreto-lei nº 167/67, segundo o qual não é admitido para o penhor pecuário prazo superior a 5 (cinco) anos, podendo ser prorrogado por mais 3 (três) anos.

DO CONTRATO DE EMPRÉSTIMO INDUSTRIAL

Para suprir as necessidades financeiras acaso enfrentadas no desenvolvimento dos seus negócios, as pessoas físicas ou jurídicas dedicadas à ativi-

31 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 138, p.284-285.

dade industrial podem valer-se do empréstimo bancário destinado a atender financeiramente esse ramo de trabalho empresarial, o qual é operado por meio da cédula de crédito industrial ou da nota de crédito industrial, que constituem títulos de crédito de rápida e fácil operacionalidade, utilizáveis segundo a hipótese concreta que se apresentar.

Essa modalidade de empréstimo bancário foi inicialmente adotada com o advento do Decreto-lei nº 1.271, de 16 de janeiro de 1939, tendo prosseguimento com os diplomas que a este sucederam, e encontrando-se atualmente sob a regência do Decreto-lei nº 413, de 09 de janeiro de 1969.

A cédula de crédito industrial representa título certo e líquido, cujo valor é o do empréstimo concedido pelo Banco ao cliente, sendo tal importe creditado pelo Banco, em conta vinculada à operação, a ser utilizada pelo creditado por meio de cheques, saques, recibos, ordens, cartas ou quaisquer outros documentos, na forma estipulada no instrumento cedular ou no orçamento que a este é anexado (arts. 4º e 10). As importâncias fornecidas pelo Banco vencem juros remuneratórios segundo os índices fixados pelo Conselho Monetário Nacional, bem como correção monetária e taxas, incidentes sobre os saldos devedores da conta vinculada à operação, exigíveis no final de cada semestre civil e também em outras datas, fixadas no título (art. 5º). A taxa de juros remuneratórios está sujeita à capitalização, segundo dispõe a própria lei (art. 14, VI), sendo assim

entendida pela jurisprudência consolidada, constante da Súmula 93, do S.T.J.

O mencionado título de crédito encerra em seu conteúdo promessa de pagamento em dinheiro, que se encontra assegurado por garantia real, cedularmente constituída (art. 9º) em cláusula própria, na qual devem constar a descrição pormenorizada dos bens que constituem objeto do penhor, tais como a espécie, a qualidade, a quantidade, as marcas (se houver), bem como a indicação, situação, confrontações do imóvel em que se encontram depositados os bens penhorados e também o registro imobiliário do mencionado instrumento (art. 14, V), do referido diploma legal.

Além do penhor cedular (arts. 9º e 14), a cédula de crédito industrial admite outras modalidades de garantia, tais como a alienação fiduciária e a hipoteca cedular (art. 19). Esse penhor deve ser constituído pelas máquinas e aparelhos utilizados na indústria, matérias-primas, animais destinados à industrialização de carnes, sal, veículos automotores, dragas, letras de câmbio, promissórias, duplicatas, e outros (art. 20). Constituem, ainda, objeto da hipoteca cedular, as construções (pavilhões da fábrica ou do complexo industrial), o terreno em que se apóia o complexo, as instalações e benfeitorias (art. 24). Constituem objeto da alienação fiduciária, os bens indicados no Decreto-lei 911/69 e na Lei 4.728/65, esta chamada Lei do Mercado de Capitais.

Em casos especiais, o empréstimo industrial poderá ser operacionalizado por meio de nota de crédito industrial,

que consubstancia, como ocorre também com a cédula de crédito industrial, promessa de pagamento em dinheiro, constituída sem garantia real (art. 14). Os requisitos para a sua constituição encontram-se indicados no artigo 16 do Decreto-lei nº 413/69.

Goza o respectivo crédito de privilégio especial. Quanto ao mais, exceto a ausência de garantia e a inscrição imobiliária, à nota de crédito industrial aplicam-se as disposições legais pertinentes à cédula de crédito industrial (art. 18).

DO CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO

O contrato de cartão de crédito é a modalidade contratual moderna que tem por escopo suprir as carências financeiras pontuais de uma grande faixa da população, normalmente assalariada, que não dispõe de soma de dinheiro bastante para a aquisição de bens e de serviços, durante alguns dias do mês corrente.

A instituição do cartão de crédito, na sua feição atual, surgiu nos Estados Unidos, na década de 50 do século anterior, originalmente com as modalidades implantadas pelo *Diners Club* e pelo *American Express*, que permitiam a aquisição a prazo de bens e serviços no setor de hotelaria, turismo e transportes, sendo que no final dessa década o negócio passou a interessar aos Bancos

que o adotaram com celeridade e dinamismo. Da América, o uso do cartão de crédito emigrou para a Europa e daí disseminou-se pelo mundo inteiro.³²

No Brasil, foi o cartão de crédito introduzido na década de 60 do século anterior, propiciando atualmente a aquisição de uma numerosa gama de bens e serviços a curto e médio prazos, além de oferecer o saque, pelo cliente, de fundos por ele disponíveis no Banco emissor do cartão.

Deve-se entender por contrato de cartão de crédito o documento de natureza negocial destinado à aquisição de bens e serviços a curto e médio prazo, cujo titular goza de um limite de crédito perante uma instituição financeira, que o credencia também a efetuar saques de dinheiro em caixas eletrônicas do Banco emissor do cartão.³³

O cartão de crédito representa um negócio jurídico atípico e complexo, do qual participam três pessoas intervenientes, tais como o emissor, o titular do cartão ou aderente e o fornecedor. O emissor é geralmente um Banco, que realiza a intermediação do negócio entre o titular do cartão e o fornecedor dos bens e serviços; enquanto o titular é o beneficiário, autorizado pelo Banco emissor a utilizar o cartão para as aquisições mencionadas; e, finalmente, a figura do fornecedor, ou seja, o terceiro integrante do negócio jurídico, que vende os bens ou presta os serviços adquiridos pelo titular do cartão.

32 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 80, p.184-185.

33 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 80, p.186.

Há que se salientar que a relação jurídica de cartão de crédito biparte-se em dois vínculos distintos. O primeiro se estabelece pelo chamado *contrato de filiação*, em razão do qual o emissor se obriga a pagar ao fornecedor a quantia ou o preço da compra dos bens ou da realização dos serviços adquiridos pelo titular do cartão, antes mesmo de receber deste a mencionada quantia ou preço, donde passar o emissor do cartão (Banco) a ser o devedor responsável perante o fornecedor para pagar o valor das operações realizadas pelo cartão de crédito. O segundo vínculo é o que se estabelece entre o titular do cartão de crédito e o emissor do mesmo, pelo qual aquele se obriga a pagar diretamente a este o valor-preço dos bens adquiridos e dos serviços recebidos do fornecedor.

Por outro lado, o vínculo que se estabelece entre o adquirente dos bens ou serviços e o fornecedor dos mesmos é indiferente ao contrato de cartão de crédito, pois decorre exclusivamente de negócio jurídico de compra e venda, tornando-se irrelevante seja o mesmo realizado por meio de cartão de crédito ou por qualquer outra modalidade de negócio. Destarte, embora a operação de cartão de crédito possa sugerir uma relação jurídica triangular, na verdade ela é apenas bilateral, porque o terceiro vínculo acima referido, emergente da compra e venda, se estabelece entre comprador e vendedor, podendo aquele

exercer contra este as ações e execuções que resultarem de deficiências pertinentes aos bens ou serviços adquiridos, mas não em razão do negócio haver sido realizado por meio de cartão de crédito. Não integra, pois, a compra e venda, em sua essência, a relação jurídica de cartão de crédito.³⁴

A emissão de cartão de crédito é solicitada pelo cliente ao Banco com o qual mantém relações negociais, e este o confecciona em forma impressa, com a identificação do titular, número e prazo de vigência. E com a entrega do cartão ao cliente, pelo Banco, o mesmo aceita as cláusulas contratuais preestabelecidas pelo emissor, configurando, desse modo, a avença, contrato de adesão, que se submete às regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois já se manifestou a jurisprudência, atualmente consolidada, que a administradora de cartão de crédito configura instituição financeira, como dispõe a Súmula 283, do S.T.J. e, como tal, está submetida às regras especiais do CDC, como dispõe a Súmula 297, do mesmo Tribunal Superior.³⁵

Deve ser observado, por oportuno, que a emissão de cartão de crédito pelo Banco ao seu cliente, resulta da credibilidade pessoal ou patrimonial que este goza perante aquele. A par disso, a insegurança e o cometimento de atos ilícitos nos grandes centros urbanos têm levado os Bancos a exigir a contratação, pelo titular do cartão, de um seguro de

34 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 459, p.509-511; ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 82, p.190-192.

35 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 82, p. 188.

crédito, cujo prêmio é pago mensalmente por este, visando prevenir os efeitos de furto ou roubo do cartão.

O contrato de cartão de crédito é ajustado com prazo determinado, de modo que a ocorrência desse evento torna-o extinto. Pode extinguir-se também a avença antecipadamente por opção unilateral do cliente, ou ainda, por iniciativa do Banco emissor, toda vez que o beneficiado deixar de gozar da confiança daquele, resultante do uso indevido do cartão ou por descumprimento das obrigações contratuais.³⁶

DO EMPRÉSTIMO MEDIANTE PENHOR DE JÓIAS, METAIS E PEDRAS PRECIOSAS

Esta modalidade de empréstimo tem existência longínqua, pois foi inaugurada com a criação da Caixa Econômica Federal, inicialmente denominada *Monte de Socorro*, pelo Governo Imperial, com o Decreto nº 2.273, de 12 de janeiro de 1861, promulgado por Dom Pedro II, mantendo-se até agora como modalidade de empréstimo realizado pela Caixa, com exclusividade.

Para as Agências desta instituição bancária que operam neste Estado, o empréstimo vem sendo garantido exclusivamente por penhor de jóias, ao passo que em Agências sediadas em outros Estados, o penhor é estendido a outros metais e pedras preciosas, constituindo esse tipo de penhor, que tem a natureza de penhor comum, a única garantia que

assegura à entidade financiadora a reposição do capital emprestado.

Trata-se de empréstimo de pequeno valor, cujos limites partem da quantia mínima de R\$ 50,00, podendo chegar ao patamar máximo de R\$ 50.000,00, por cliente, situando-se o limite médio bem abaixo deste limite máximo, variando os prazos entre 30, 60, 90, 120, 150 e 180 dias, permitido ao cliente renovar-los ao término de cada um.

Esses limites do empréstimo são fixados em percentuais aferidos sobre o valor de avaliação dos bens pelo cliente oferecidos em garantia, os quais são avaliados por técnico da instituição emprestadora, levadas em conta, também, a qualificação e a categoria dos objetos que constituem a garantia. Assim sendo, o valor do empréstimo deve corresponder à percentagem que se situa entre dez e oitenta por cento do valor da avaliação.

Os juros remuneratórios, incidentes sobre as operações da espécie, são variáveis, segundo o limite maior ou menor do empréstimo, situando-se os mesmos entre as taxas de 1,80% a 2,85% fixadas na contratação inicial e conservadas no mesmo patamar, na eventualidade renovação do empréstimo ao final do prazo ajustado entre as partes.

Liquidado o empréstimo, integral ou parcialmente, são os objetos constitutivos da garantia desonerados e devolvidos ao financiado, na proporção dos recolhimentos realizados por este a título de pagamento parcial ou total.

36 ABRÃO, Nelson. *Direito Brasileiro*, cit., nº 84, p. 194.

DAS OPERAÇÕES PASSIVAS DOS BANCOS

Classificadas igualmente como operações principais, essenciais ou fundamentais dos Bancos, porque integrantes também, por sua natureza, da prática habitual e própria do comércio bancário, são as operações passivas, mediante as quais a instituição bancária capta recursos financeiros do público poupador, para emprestar aos que necessitam do crédito para desenvolver seus negócios, ou negocia seus ativos com outras instituições para suprir necessidades de caixa, ou ainda, recebe capitais de seus clientes para reaplicação no mercado de capitais, assumindo o Banco em todos esses casos, o papel de obrigado ou devedor.

Nesse elenco, figuram exemplificativamente, dentre outras, a operação de conta corrente credora, a de desconto de títulos, a de aplicação financeira ou de fundos de investimento, a de caderneta de poupança, etc., como os principais negócios dessa espécie, todas elas formalizadas por instrumentos de contrato, nominados com a mesma designação própria de cada uma. Assim, o contrato de conta corrente credora, o contrato de desconto de títulos, o contrato de aplicação financeira ou de investimento, o contrato de caderneta de poupança, etc.

DO CONTRATO DE CONTA CORRENTE CREDORA

O contrato de conta corrente credora apresenta-se na prática bancária como o instrumento formalizador do negócio jurídico intitulado conta corrente credora, que se inclui entre as principais operações passivas dos Bancos. Esta tem provocado as mais variadas caracterizações pela doutrina e pela legislação, a começar com a introduzida pelo Código italiano, em seu artigo 1.834, ao referir que “Nos depósitos de uma soma de dinheiro em um Banco, este lhe adquire a propriedade e é obrigado a restituí-la na mesma espécie monetária, no vencimento do prazo convencionado, ou à solicitação do depositante, com observância do período de pré-aviso estabelecido pelas partes ou pelo uso”.³⁷ E, segundo a doutrina francesa, “Para os juristas, o depósito de fundos em um banco é o contrato pelo qual uma pessoa entrega certa soma de dinheiro a seu banqueiro, que se obriga a lhe restituir, a seu pedido, nas condições previstas”.³⁸

Em palavras mais simples, definem autores nacionais, essa operação passiva dos Bancos, referindo que se pode “entender por depósito pecuniário, ou simplesmente depósito, a operação bancária segundo a qual uma pessoa entrega ao banco determinada impor-

37 É a disposição do Código Italiano revelada por Nelson Abrão, *Direito Bancário*, cit., nº 39, p.108.

38 RODIÈRE, René e RIVES-LANGE, Jean-Louis. *Droit Bancaire*, cit., p.183, Paris, 1980.

tância em dinheiro, ficando o mesmo com a obrigação de devolvê-la no prazo e nas condições convencionadas”.³⁹ Denomina-se depositante ou correntista a pessoa interveniente no contrato que efetua o depósito em dinheiro e depositário o Banco que recebe o depósito e do primeiro torna-se devedor.

Sobre o saldo credor apresentado mensalmente pela conta corrente, no passado conta gráfica escriturada em forma contábil, os Bancos abonavam juros compensatórios aos depositantes, com taxas variáveis segundo as modalidades de depósito. No entanto, esse benefício foi abolido há mais de 30 anos pelo Banco Central, com a Resolução nº 15, de 28.01.1966, de modo que na atualidade nenhum tipo de renda percebe o correntista pelo saldo credor que apresentar sua conta. Ao contrário, pela manutenção do depósito e a sua guarda, costumam os Bancos cobrar mensalmente determinada taxa, cuja variabilidade, ou até a sua isenção, resta na dependência do correntista manter outras operações com a instituição bancária.

Quanto à natureza dessa operação bancária, controvertem os autores sobre a análise de três teorias: a do depósito irregular, a do mútuo e a do contrato típico ou *sui generis*. A primeira, do depósito irregular, é inaceitável, porque a regularidade do contrato de conta corrente está patenteada pelas obrigações recíprocas que decorrem da própria contratação. Quanto à teoria do mútuo, também não merece melhor

sorte, já pelo simples fato de que este caracteriza-se por ser uma operação ativa dos Bancos, enquanto a conta corrente é uma operação passiva. Destarte, afastadas a primeira e a segunda teorias propostas, convergem os autores no sentido de admitir a teoria do contrato típico ou “*sui generis*”, tendo em vista que nesta última a instituição bancária exerce as funções de captadora, guardiã e emprestadora a outros clientes dos fundos depositados pelo poupador de capitais, beneficiando-se este com a segurança que resulta da guarda de suas economias pelo Banco. É esta a idéia que pessoalmente concebemos sobre o tema, embora não exatamente coincidente com a expressada por certos autores especializados.⁴⁰

As modalidades da operação de conta corrente classificavam-se, no passado, quanto ao escopo econômico pretendido pelo depositante, quanto à forma e quanto à titularidade do depositante. Na primeira, os depósitos podiam ser classificados em à vista ou a prazo. O depósito à vista que é a modalidade praticada na atualidade e que interessa ao depositante, ou seja, é aquela, cujo saldo credor pode a qualquer momento ser sacado pelo correntista. Por outro lado, o depósito a prazo, cuja disponibilidade só ocorria após o decurso de certo tempo, não é mais, na atualidade, interessante ao correntista, devido ao período inflacionário por que passa a nossa economia, tendo em vista haver sido absorvido ou substituído pelas

39 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 385, p.433-434.

40 Sobre esse tema, v. Nelson Abrão, *Direito Bancário*, cit., nº 40, p.110-112.

atuais aplicações financeiras, que ensejam maiores rendimentos.⁴¹

Quanto à forma, a operação de conta corrente podia ser classificada, também no passado, em simples ou de movimento. Simples, era aquela em que o ingresso do depósito e a sua retirada realizou-se em uma só vez, encontrando-se atualmente superada em razão da realidade econômica vigente. A conta corrente de movimento é a que permite fluxo contínuo de ingressos e retiradas, estas mediante a emissão de cheques pelo correntista, a qual continua a ser utilizada na atualidade.

Quanto a titularidade da pessoa ou pessoas intervenientes na operação de conta corrente, o depósito pode ser individual ou em conjunto. Individual é aquele em que uma só pessoa intervém na operação, quer seja para depositar ou retirar a quantia depositada.

Em conjunto é a operação de conta corrente que tem no pólo ativo vários depositantes, subdividindo-se esta em simples e solidária. Configura-se como simples a operação de conta corrente conjunta, quando a um dos depositantes é permitido retirar, individualmente, a quantia correspondente à sua quota, sendo que o total depositado só pode ser retirado por todos em conjunto. Solidária é a operação de conta corrente mais usual, na qual é permitido a cada depositante retirar individualmente a integralidade do depósito, situação que

libera o Banco depositário integralmente da responsabilidade pelo depósito perante todos os depositantes, como proclama a doutrina italiana⁴² e igualmente a nossa.⁴³

Assim sendo, nesta última modalidade de contrato de conta corrente conjunta e solidária a morte, a incapacidade ou a ausência superveniente de um ou mais depositantes solidários não desfaz a solidariedade ativa e não impede que um ou alguns exerçam o direito de todos.

O negócio jurídico referido exige, para sua realização válida, como regra, agente capaz. No entanto, desde a edição do Decreto nº 24.427, de 1934, estavam os menores relativamente incapazes autorizados a abrir e movimentar contas de depósito em Caixas Econômicas, a partir dos 16 anos. Essa situação foi modificada com a edição do Código Civil de 2002, que reduziu a maioria plena para 18 anos, mantendo a menoridade relativa entre 16 e 18 anos. Modernamente, essa situação de menoridade relativa vem comportando maleabilidade, em face de circunstancialidades da vida moderna, de modo que vem se tornando habitual a prática dos pais ou responsáveis prestarem assistência financeira a seus filhos, autorizando-os a abrirem e movimentar contas correntes bancárias, sem a presença e assistência paterna.

Quanto ao tempo de vigência da conta corrente bancária, é preciso notar

41 Sobre o assunto, v. Nelson Abrão, *Direito Bancário*, cit., nº 43, p.117-119.

42 MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*, p.129-130, Milão, 1973.

43 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 43, p.117-119.

que a nova lei civil estipula no artigo 205 da codificação, que a prescrição geral é de 10 anos, em relação a todos os direitos que não disponham de regra especial para esse fato prescritivo. No entanto, existe a regra especial da Lei 370, de 04.03.1937 e seu Regulamento pelo Decreto nº 1.508, de 17.03.1937, que consideram abandonados os valores em depósito, quando restarem inativos durante 30 anos, caso em que devem ser recolhidos ao Tesouro Nacional. É que a guarda dos depósitos por largo tempo gera despesas acumuladas aos Bancos, não se podendo conceber que essa situação venha a acontecer pelo abandono ou descaso do depositante, em dinamizar sua conta corrente bancária, reduzindo-a à inatividade.

Por fim, há que se aduzir que ao depositante em desacerto com o Banco depositário a respeito do saldo credor de sua conta corrente, confere a lei a providência da prestação de contas e bem assim a jurisprudência atualmente consolidada na Súmula 259, do S.T.J.

DO CONTRATO DE REDESCONTO DE TÍTULOS

É outra operação passiva, dentre as demais operações principais, essenciais ou fundamentais da atividade bancária. O redesconto de títulos de crédito configura, em realidade, uma segunda operação de desconto que um Banco descontário realiza perante outra instituição bancária, tendo por objeto títulos

de crédito emitidos por seus clientes, já anteriormente descontados pelo primeiro. A instituição bancária que realiza a operação de redesconto denomina-se redescontante e redescontário o Banco que acolhe esse negócio jurídico.

Anteriormente realizada pela Carteira de Redescontos do Banco do Brasil, autorizada pelo Decreto-lei nº 6.634, de 27.06.1944, a operação de redesconto é atualmente da competência exclusiva do Banco Central do Brasil, segundo disposição expressa no artigo 10, inciso IV, da Lei nº 4.595/64, estando dita operação interbancária regulamentada pelas Resoluções nº 2.308/96, 2.727/96 e 2.869/99, expedidas pela mencionada autarquia federal.

O redesconto caracteriza-se, destarte, como típico negócio jurídico realizado entre Bancos, no qual a instituição redescontante objetiva geralmente obter maior liquidez financeira para implementar o cumprimento de suas obrigações passivas. Assim sendo, em face dos objetivos que o determinam, o redesconto pode receber a classificação de redesconto de liquidez ou de assistência financeira à instituição bancária redescontante.

As taxas de juros remuneratórios do Banco redescontário a que está sujeita a operação de redesconto obedecem os parâmetros estabelecidos pelo sistema SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), em reuniões periódicas do COPOM - Comitê de Política Econômica, vinculado ao Ministério da Fazenda.⁴⁴

44 A respeito dessa operação interbancária, consultem-se Nelson Abrão, *Direito Bancário*, cit., nº 60, p.148-150; Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 387, p.435.

DO CONTRATO DE APLICAÇÃO FINANCEIRA

A operação de aplicação financeira é outra espécie de negócio jurídico que se inclui no elenco das operações principais, essenciais ou fundamentais realizadas pelo Banco, no exercício do papel que lhe é próprio, classificada como operação tipicamente passiva, na qual a instituição bancária receptora dos recursos financeiros do aplicador assume perante o mesmo a posição de obrigada ou devedora, devendo restituir ao cliente, em certo prazo, o capital recebido, acrescido da renda produzida no período convencionado.

Assim sendo, é a dita operação formalizada por um instrumento contratual, mediante o qual o aplicador autoriza o Banco a aplicar no mercado de capitais, em ações, títulos da dívida pública e outros, o dinheiro recebido do cliente, com a obrigação de restituí-lo, na forma acima referida, como registra a doutrina comercialista.⁴⁵

DO CONTRATO DE CADERNETA DE POUPANÇA

A operação de aplicação financeira é outra espécie de negócio financeiro bancário que se formaliza por instrumento contratual com a mesma denominação e que tem por objeto o depósito em dinheiro que o poupador entrega ao Banco, assemelhando-se à conta corrente cre-

dora. Constitui, de igual modo, uma operação passiva, na qual a instituição financeira depositária assume a posição de devedora, com a obrigação de restituir ao aplicador, quando este solicitar, o capital aplicado, acrescido dos rendimentos produzidos no período.

Essa operação bancária é definida pela doutrina como “um sistema de captação de recursos populares, incentivado pelo governo, com a finalidade de possibilitar o financiamento de bens móveis de uso durável ou de imóveis”.⁴⁶

A conta poupança, embora apresente similitude com a conta corrente credora, dela se distingue, porque enquanto esta não gera nenhum rendimento ao depositante, aquela é remunerada com um percentual de juros de 0,5% ao mês, acrescida de correção monetária, ocorrida em sua data base, chamada popularmente data de aniversário, que se verifica no mesmo dia do mês subsequente ao do depósito.

A operação de caderneta de poupança apresenta certas vantagens ao poupador, pois, além de preservar o capital aplicado contra a desvalorização do padrão monetário e de beneficiar-se da renda por ela produzida no período convencionado, ainda atende a uma relevante função social, qual a de possibilitar o financiamento de imóveis destinados à aquisição da casa própria pelos que dela carecem, inicialmente realizada pelo Banco Nacional da

45 COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*, p.448-451, 16.ed., Saraiva, São Paulo, 2005.

46 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 43, p.117-119.

Habitação (BNH) e, a partir do Decreto-Lei nº 2.291/86, pela Caixa Econômica Federal, em sua maioria.

A operação bancária desta espécie, que tem a função de receber e administrar os recursos financeiros amealhados pelo público em geral, figura entre os investimentos mais utilizados em nosso País, especialmente pela segurança que proporciona aos aplicadores, pois além de garantir rendimento fixo, não verificado em outros investimentos, ainda preserva o capital aplicado das oscilações ocorrentes no mercado de capitais.⁴⁷

DAS OPERAÇÕES ACESSÓRIAS OU COMPLEMENTARES DOS BANCOS

Por fim, considerada a classificação das operações bancárias, segundo a sua natureza, em operações principais, essenciais ou fundamentais do comércio bancário, subdivididas estas em operações ativas e passivas, acima examinadas, resta examinar-se as que o Banco realiza, como atividade acessória ou complementar, nas quais a instituição bancária não concede empréstimos, nem recebe capitais do público em geral, mas tão somente assume o encargo de prestação de serviços aos seus clientes. Tais operações são, dentre outras, as que dizem respeito à ordem de pagamento, à co-

brança de títulos, à locação de cofres de segurança, à custódia de valores e títulos.

DO CONTRATO DE ORDEM DE PAGAMENTOS

Mediante este contrato de prestação de serviço, o Banco realiza, a pedido de seu cliente, a transferência de uma quantia em dinheiro para outra instituição bancária sediada em localidade diversa, para que esta a entregue à pessoa designada como favorecida da quantia transferida. O cliente que se utiliza desse modo de transferência de numerário é chamado tomador, enquanto o que a recebe é denominado beneficiado.

A transferência do numerário objeto da ordem de pagamento bancário poderá ser realizada pelos meios de comunicação escolhidos pelo tomador, ou seja, por carta, telegrama ou telefone, segundo o desejo de urgência ou não manifestada pelo tomador. A ordem de pagamento também poderá ser realizada mediante a emissão de cheque sacado contra a instituição bancária, destinatária da transferência, no qual figura como beneficiária a pessoa que deve receber a quantia transferida.

Pela prestação dessa espécie de serviço, o Banco autor da transferência geralmente cobra do tomador da ordem de pagamento determinada taxa pelo serviço prestado.⁴⁸

47 Acerca dessa aplicação financeira, consulte-se também Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum, *Contratos Bancários*, nº 5.2.2, p.82-84, Freitas Bastos, Rio, 2005; Celso Marcelo de Oliveira, *Manual de Direito Bancário*, nº 60, p.405-406, Thomson-IOB, S. Paulo, 2006.

48 MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações comerciais*, cit., nº 398, p.442.

Por fim, é de se salientar que esse tipo de serviço bancário vem se tornando mais raro, na atualidade, devido ao dinamismo e operosidade praticamente instantânea que é oferecida pelo sistema de computação.

DO CONTRATO DE COBRANÇA DE TÍTULOS

Também classificada como prestação de serviço, o Banco realiza a cobrança e, em certos casos, o aceite do devedor, de títulos sacados por seus clientes contra terceiros, sejam representados por títulos não causais, (como as letras de câmbio) ou por títulos cambiariformes, (como as duplicatas de fatura). Em tais casos, o Banco executa dito serviço na qualidade de mero mandatário do sacador dos títulos, que lhe são entregues para esses fins, mediante endosso para cobrança.

Na execução desse encargo recebido do seu cliente, o Banco age como simples intermediário entre o sacador (credor do título) e o sacado, (devedor) e obrigado ao pagamento do mesmo, no vencimento.

Para o exercício desse mister, geralmente o Banco fá-lo gratuitamente ou cobra determinada taxa proporcionalmente ao seu valor.⁴⁹

DO CONTRATO DE LOCAÇÃO DE COFRES DE SEGURANÇA

A locação de cofres de segurança configura uma locação de coisa que o Banco realiza com seus clientes, mediante a qual o locador assegura ao locatário a invulnerabilidade do cofre posto à disposição deste, para a guarda de valores, objetos de estimação ou de grande valia. Trata-se de contrato bilateral, por implicar obrigações de ambos os contratantes, oneroso, por envolver prestações recíprocas e de execução continuada, devido ao seu uso e utilidade prolongada no tempo.

A par dessas características, esse contrato é também chamado locação de cofre-forte, sendo definido pela doutrina como “aquele pelo qual o Banco coloca à disposição do utente um compartimento ou cavidade para a guarda de dinheiro, objetos preciosos ou documentos, mediante remuneração”, cuja segurança resulta dos fatores da vigilância e do segredo.⁵⁰

O referido compartimento, no interior do qual são depositados os bens mencionados, o qual constitui o objeto mediato do contrato, é munido de uma fechadura que não pode ser aberta senão com o concurso de duas chaves

49 RODIÈRE, René e RIVES-LANGE, Jean-Louis. *Droit Bancaire*, cit., p. 188; MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 309, p.442; ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 114, p.257-258.

50 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 108, p. 247; DE OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Manual de Direito Bancário*, nº 73, p.426, Thomson-IOB, São Paulo, 2006.

diferentes, uma mantida em poder do Banco e a outra sob a guarda do usuário.

Devido ao dever de vigilância e sigilo que o incumbe com vistas à segurança desse serviço, desconhece o Banco o conteúdo do depósito feito unilateralmente pelo cliente, de modo que torna-se realmente difícil estimar ou quantificar o valor dos bens, no caso de destruição ou qualquer outro ato de violência que ofereça ou faça desaparecer as coisas que nele se encontram depositadas. Diante dessas eventualidades, os Bancos costumam fixar valores limítrofes de sua responsabilidade.⁵¹

CONTRATO DE CUSTÓDIA DE VALORES E TÍTULOS

Esse tipo de operação acessória ou complementar do Banco, também simplesmente chamada guarda, abrange a custódia de valores e títulos entregues à instituição bancária pelo seu cliente, para serem por aquela guardados, conservados e administrados, com a segurança que é a pedra de toque dessa entidade empresária. Nessa operação revelam-se interesses, recíprocos das partes, pois se de um lado reside o interesse do Banco de prestar o serviço ao cliente para mantê-lo no âmbito de sua atividade empresarial, potencialmente interessado nas operações

financeiras que realiza; de outro lado configura-se o interesse do cliente de guardar e manter os bens custodiados sob a administração segura da instituição bancária que dispõe de instalações adequadas, as quais infundem a credibilidade e a segurança pretendida pelo custodiante.⁵²

A custódia figura entre as mais antigas operações acessórias dos Bancos, consistente, segundo a doutrina, no fato de alguém confiar à instituição bancária, em depósito, títulos e outros valores móveis, ficando responsável pela boa guarda desses valores depositados. Por vezes, podem as partes convencionar a administração dos bens custodiados pelo Banco e, neste caso, essa instituição custodiante se encarregará de praticar a cobrança de dividendos das ações e o recebimento de juros dos títulos, produzidos por esses bens custodiados.⁵³

Dessa operação acessória dos Bancos decorre uma duplicidade de obrigações para as partes. O Banco está vinculado a obrigações de fazer e não fazer, quais sejam, a de custodiar e preservar a coisa, devolvê-la ao custodiante no prazo convencionado ou por este reclamado e bem assim a obrigação negativa de não usar a coisa. O cliente, por outro lado, resta obrigado a ressarcir o Banco das despesas realizadas com a guarda dos valores e títulos custodiados.⁵⁴

51 MAXIMILIAN, Paulo e SEHONBLUM, Wilhelm. *Contratos Bancários*, nº 5.11.4.2, p.260-261, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2005.

52 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nºs 102 a 105, p.236-243; DE OLIVEIRA, Celso Marcelo. *Manual de Direito Bancário*, cit., nº 72, p.425-426.

53 Sobre o assunto, v. Fran Martins, *Contratos e Obrigações Comerciais*, cit., nº 400, p.442.

54 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, cit., nº 104, p.237-241.

O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral: uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy¹

Eduardo Augusto Pohlmann*

1. INTRODUÇÃO

A popularidade de Robert Alexy, nos últimos tempos, deveu-se, em grande parte, à sua conhecida teoria dos princípios, na qual o jusfilósofo alemão faz uma análise detalhada da distinção entre regras e princípios e elabora regras e critérios para lidar com esses. Sem negar a importância e relevância atual deste tema, este artigo, contudo, procura tratar de outra importante teoria de Alexy, mais especificamente, a chamada tese do caso especial, que se situa no centro de sua teoria discursiva do Direito.

Tal teoria encontra seu fundamento principalmente na ética do discurso desenvolvida por Jürgen Habermas,

cujas premissas servem de suporte para Alexy desenvolver uma teoria do Direito centrada na argumentação. Mais do que o alicerce de uma teoria da argumentação erigida sob a idéia de discurso, a tese do caso especial possui importantes implicações para temas centrais da filosofia do Direito, nomeadamente: a relação entre Direito e moral; a relação entre Direito e razão prática; e a relação entre argumentação jurídica e argumentação prática.

O fio condutor da análise, portanto, será a tese do caso especial, segundo a qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Segundo ela, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral porque

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹ Artigo elaborado sob orientação do prof. dr. Cláudio Fortunato Michelon Júnior durante os anos de 2004 e 2005. Sou grato ao professor pelo constante apoio e disponibilidade para esclarecer aspectos fundamentais da pesquisa. Também agradeço aos vários amigos que me ajudaram na correção e revisão do original.

compartilha com ele de certas semelhanças (ambos lidam com questões práticas e erigem uma pretensão de correção), ao mesmo tempo em que se diferencia do mesmo em um aspecto crucial: a pretensão de correção levantada no Direito é restringida por uma série de condições limitadoras, como leis, precedentes e dogmática.

Primeiramente, será feita uma exposição daqueles que são os fundamentos da tese do caso especial: a teoria do discurso, o conceito de Alexy de discurso prático geral e a pretensão de correção como um elemento necessário do Direito. Aqui a preocupação será fixar o paradigma dentro do qual se procurará refletir sobre as questões acima assinaladas. Obviamente, essas mesmas questões podem ser respondidas de formas extremamente díspares em outras tradições filosóficas. No entanto, a fim de poder abordá-las de maneira mais profunda, a análise será restrita à visão de Alexy da teoria do discurso.

Posteriormente, será analisada a tese do caso especial em si, e o que ela traz de inovador com relação à teoria do Direito. Nesta parte será demonstrado que ela está substancialmente correta, e que as críticas a ela dirigidas

não se sustentam. Por fim, serão abordadas as conseqüências, tanto da tese do caso especial como de seu principal elemento, a pretensão de correção. Dentre as principais conseqüências, está não só um ataque à principal tese positivista (separação conceitual entre Direito e moral) como também o desenvolvimento de uma nova teoria do Direito fundada sobre a idéia de que este é a institucionalização da razão prática e que, por isso, não só ele deve ser concebido como um sistema de regras, princípios e procedimentos, como também a argumentação prática geral deve ser integrada na argumentação jurídica e ser utilizada a todo o momento.

2. FUNDAMENTOS DA TESE DO CASO ESPECIAL

Alexy recolheu influências de diversas origens a fim de sustentar seu projeto discursivo do Direito. No entanto, embora Hare, Baier, a Escola de Erlangen, Perelman, entre outros, tenham importância nesse projeto, é inegável que a maior contribuição surgiu da teoria do discurso.² Na primeira parte do capítulo serão expostos, em linhas gerais, os seus principais conceitos, a

2 A referência à teoria do discurso será sempre à teoria desenvolvida principalmente por Habermas e Apel, embora somente a do primeiro será analisada aqui. Para uma visão distinta do discurso, de tradição clássica, e uma crítica à ética discursiva moderna, veja-se, principalmente, FINNIS, John. Natural law and the ethics of discourse. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 354-373, 1999. Para uma crítica (embora parcial) no mesmo sentido à Alexy, ver RENTTO, J.-P. Aquinas and Alexy: a perennial view to discursive ethics. *The American Journal of Jurisprudence*, p. 157-175, 1991.

fim de tornar mais compreensível a própria teoria de Alexy, que faz uso desses termos constantemente. A abordagem dos princípios e regras do discurso prático geral é imprescindível para se entender satisfatoriamente o discurso jurídico e verificar se a tese do caso especial está correta e se este é um caso especial daquele.

Na segunda parte serão abordados alguns aspectos distintivos da teoria de Alexy com relação à teoria do discurso, como os conceitos de “discurso prático geral” e “unidade da razão prática,” que servem para fundamentar a tese do caso especial, que será o principal objeto de análise deste artigo.

Já na terceira parte o foco será naquele que é o cerne da tese do caso especial, e o principal elemento que liga

o discurso jurídico ao discurso prático geral, qual seja, a pretensão de correção. Com estes três alicerces, a tese do caso especial se estrutura não só como uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiano, mas também como uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito.³

2.1 Teoria do discurso

A teoria do discurso é uma teoria kantiana da racionalidade prática. A ética kantiana possui um caráter deontológico, cognitivista, formalista e universalista.⁴ A teoria do discurso compartilha da maior parte dessas características, embora entre ambas haja algumas diferenças.⁵ Uma das principais é

3 Cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 160.

4 Veja-se HABERMAS, Jürgen. As objeções de Hegel a Kant também se aplicam à ética do discurso? In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 15.

5 Veja-se HABERMAS, Jürgen. As objeções de Hegel a Kant também se aplicam à ética do discurso? In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 23. Além de negar a teoria dos dois mundos de Kant, a ética do discurso abandona também a concepção atomista de pessoa. Isso faz com que seja possível para Habermas afirmar que “a ética do discurso assume uma posição intermédia, na medida em que partilha com os ‘liberais’ da compreensão deontológica de liberdade, moralidade e direito decorrente da tradição kantiana, e com os ‘comunitaristas’ da compreensão intersubjectivista da individualização enquanto produto da socialização decorrente da tradição hegeliana.” (HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 196). Muito embora esteja em um meio-termo entre liberalismo e comunitarismo, a ética do discurso não reconcilia Kant com Aristóteles (HABERMAS, Jürgen. *Justiça e solidariedade: para uma discussão acerca do “estádio 6”*. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 73). Sua estrutura é eminentemente kantiana.

que a ética do discurso faz derivar os conteúdos de uma moral universalista a partir dos pressupostos gerais da argumentação, pois quem empreende a tentativa de participar numa argumentação, “admite implicitamente pressupostos pragmáticos gerais de teor normativo; é, então, possível abstrair o princípio moral a partir do teor destes pressupostos argumentativos”.⁶ Assim, segundo Habermas:

Na ética do discurso, o método da argumentação moral substitui o imperativo categórico. É ela que formula o princípio ‘D’:

- as únicas normas que têm o direito a reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático.

O imperativo categórico desce ao mesmo tempo na escala, transformando-se num princípio de universalização ‘U’, que nos discursos práticos assume o papel de uma regra de argumentação:

- no caso das normas em vigor, os resultados e as conseqüências secundárias, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas e a favor da satisfação dos interesses de cada um, terão de poder ser aceites voluntariamente por todos.⁷

O princípio da ética do discurso, portanto, assenta neste fato pragmático-universal: apenas as regras morais que podem obter a anuência de todos os indivíduos em causa, na qualidade de participantes num discurso prático, podem reclamar validade.⁸

E muito embora, no dia-a-dia, as pretensões de validade que se ligam a cada ato de fala são aceites de modo mais ou menos ingênuo, essas pretensões podem ser problematizadas. Quando o que se problematiza são as pretensões de verdade ou de correção, ocorre a passagem da ação comunicativa⁹ para o discurso. Um discurso é uma série de ações interligadas devotadas a testar a

6 HABERMAS, *As objecções...*, p. 16.

7 *Ibidem*, p. 16.

8 Nesse sentido, HABERMAS, *Comentários...*, p. 151-152.

9 A ação comunicativa é uma ação social orientada ao entendimento, por oposição à ação estratégica, que é uma ação social orientada ao êxito. Enquanto na ação estratégica os sujeitos “persiguen sus fines por via de influjo sobre las decisiones de otros actores.” (HABERMAS, Jürgen. *Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa*. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Cátedra, 1989, p. 490, na ação comunicativa “los participantes en la interacción ejecutan sus planes de acción teniendo a la vista un acuerdo comunicativamente alcanzado.” (*Ibidem*, p. 504.

verdade de asserções (caso se trate de um discurso teórico) ou a correção de afirmações normativas (caso se trate de um discurso prático).¹⁰

Feita essa distinção, deve-se analisar agora de que forma Alexy procura fundamentar racionalmente os juízos práticos ou morais em geral com a teoria do discurso. Para isso, ele procura fugir de dois extremos: de um lado, as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas ou irracionalistas; de outro, as objetivistas, absolutistas ou racionalistas. Assim, acaba aderindo a uma teoria moral procedimental,¹¹ como o é a teoria do discurso, que formula regras ou condições da argumentação ou decisão prática racional: “la pieza nuclear de la teoría del discurso está formada por un sistema de reglas del discurso y de

principios del discurso, cuya observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados”.¹²

Segundo todas as teorias procedimentais, a adequação de uma norma ou a verdade de uma proposição depende de se a norma ou a proposição é ou pode ser o resultado de um procedimento determinado.¹³ Dito de outra forma, uma norma ou diretriz isolada que satisfaça os critérios determinados pelas regras do discurso pode ser considerada justa ou correta.

Obviamente, o fato de uma norma ter passado por um teste discursivo não lhe garante algo como um selo de racionalidade absoluta. No entanto, a investigação discursiva, ainda que não leve à certeza, leva pelo menos a sair do campo da mera opinião e da crença

10 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001, p. 181. Deixando mais claro: no discurso teórico a pretensão de validade problematizada é a verdade, e sua justificação se realiza aduzindo *factos* como razões; no discurso prático a pretensão de validade problematizada é a correção normativa, e sua defesa é feita mediante a invocação de normas socialmente compartilhadas. “Un ‘discurso práctico’ surge, pues, cuando se pone en cuestión la pretensión de rectitud normativa de los actos de habla regulativos o prescriptivos.” (ARROYO, Juan Carlos Velasco. El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. *Isegoría*, n. 21, 1999, p. 58). Segundo Alexy, “un discurso racional práctico es un procedimiento para probar y fundamentar enunciados normativos y valorativos por medio de argumentos.” (ALEXY, Robert. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía*, n. 1, p. 37-49, 1994, p. 48. Veja-se também ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 94).

11 Para uma discussão sobre a noção de procedimento na argumentação jurídica, ver GIANFORMAGGIO, Letizia. La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 14, p. 159-167, 1993.

12 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 5, p. 139-151, 1988, p. 150.

13 ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, p. 244-259, 1996, p. 244-245.

subjetiva,¹⁴ já que “mais do que isso não é possível em questões práticas.”¹⁵ Uma das tarefas da teoria do discurso é precisamente a de criar normas que, por um lado, sejam suficientemente fracas, portanto, de pouco conteúdo normativo, o que permite que indivíduos com opiniões normativas muito diferentes possam concordar com elas – e, por outro lado, sejam tão fortes, que qualquer discussão feita com base nelas seja designada como ‘racional’.¹⁶ Embora as regras de racionalidade deixem um amplo espaço para diversas normas contraditórias serem consideradas racionais (discursivamente possíveis), igualmente elas definem algumas como discursivamente necessárias e outras como discursivamente impossíveis. “As regras de racionalidade já excluem certos resultados. Com elas, não é compatível que um indivíduo, mesmo um que consinta, aceite um estado duradouro sem direitos, ou seja, o estado de escravo.”¹⁷ Apesar do espaço do discursi-

vamente possível ser muito grande e o do discursivamente impossível muito pequeno, essas regras não são inúteis nem triviais. Sua principal função seria a de formular o que Alexy chama de um código de razão prática, que “no sólo complementa las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituye también la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto”.¹⁸

Agora, se uma norma, segundo uma teoria procedimental como o é a teoria do discurso, pode ser considerada correta ao passar por um determinado procedimento, ou seja, obedecer a certas regras, como, por sua vez, fundamentar essas regras? Pois uma coisa é fundamentar uma norma aludindo a sua capacidade de passar por um teste discursivo, outra é fundamentar as regras que devem formar esse teste. A fim de fazer isso, deve-se entrar num outro nível: o do discurso sobre as regras do discurso.¹⁹

14 Aqui concordando com Alexy, Rentto: “practical reason is not a mere fluctuation of emotions or the like but a rational activity as any other exercise of the mind.” (RENTTO, Aquinas and..., p.160).

15 ALEXY, Problemas..., p.259.

16 Nesse sentido ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.28.

17 ALEXY, op. cit., p. 113. Em sentido semelhante: “La teoría del discurso sostiene que una argumentación que excluye o suprime personas o argumentos – excepto por razones pragmáticas que tienen que ser justificadas – no es una argumentación racional, y que las justificaciones que se obtienen de la misma son defectuosas.” (ALEXY, Derechos..., p. 48).

18 ALEXY, Sistema..., p.168.

19 Ou “discourse-theoretical discourse”, na expressão de Alexy. Veja-se ALEXY, Robert. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. Tradução Ruth Adler; Neil MacCormick. Oxford: Clarendon, 1989, p.187.

Segundo a ética do discurso, as regras do discurso não podem ser questionadas porque subjazem à estrutura da linguagem e expressam a existência de uma moral correta enraizada nela. Quem negar validade a essas regras incorrerá necessariamente em uma contradição performativa,²⁰ pois essas regras estão implícitas em todo processo de argumentação, já que todo falante une a suas manifestações pretensões de inteligibilidade, veracidade, correção e verdade. E quem emite um juízo de valor ou de dever necessariamente erige uma pretensão de correção. Essas condições são constitutivas de toda prática argumentativa. Essa maneira de fundamentar as regras do discurso é denominada fundamentação pragmática universal (ou pragmática transcendental, para Alexy). A pragmática universal tem por objeto a reconstrução da base universal de validade da fala,²¹ e como tarefa identificar e reconstruir as condições universais do entendimento possível.²²

Alexy não aceita totalmente tal método, e procura fundamentar a validade

universal das regras do discurso com um argumento constituído de três partes. A primeira consiste em uma versão muito fraca de um argumento pragmático-transcendental. O segundo elemento parcial aponta para a maximização individual de utilidades. E esta vinculação pressupõe, como terceiro elemento, uma premissa empírica. Dito mais detalhadamente:

Las reglas del discurso expresan, primero, una competencia que pertenece a la forma más universal de vida de la persona. Todo el que participa en ella expresa alguna vez frente a alguien una aseveración, plantea a alguien la pregunta 'por qué?' y aduce alguna vez frente a alguien una razón. Al hacerlo, ejerce aquella competencia, aunque más no sea rudimentariamente. Segundo, todo aquel que tenga un interés en la corrección tiene que hacer uso de aquella competencia. Tercero, para quien no tiene ningún interés en la corrección, la observancia objetiva de las reglas del discurso es, desde el punto de vista de la maximización individual de utilidades, ventajosa al menos a largo plazo.²³

20 Veja-se HABERMAS, Comentários..., p. 134.

21 HABERMAS, Jürgen. Qué significa pragmática universal? 1976. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradução Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Cátedra, 1989, p. 302. Segundo La Torre, "the point is, then [...], to make explicit what is implicit, and universalize it. Universalization is in turn a transcendental (implicit) requirement of discourse on norms, values and principles." (LA TORRE, Massimo. Theories of legal argumentation and concepts of law. An approximation. *Ratio Juris*, v. 15, n. 4, p. 377-402, 2002, p. 396).

22 HABERMAS, op. cit., p. 299.

23 ALEXY, Robert. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 149-150. Para uma crítica dessa fundamentação, BETEGÓN, Jerónimo. Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección. *Doxa*, n. 21-I, p. 171-192, 1998.

Esses fundamentos, no entanto, não são suficientes para sustentar a tese do caso especial. A fim de fazer isso, Alexy precisa diferenciar-se da visão de Habermas em alguns pontos, principalmente no conceito de discurso prático geral.

2.2 Discurso prático geral e unidade da razão prática

Embora Alexy nunca tenha sido suficientemente claro na explicitação do conceito de discurso prático geral,²⁴ é esse conceito uma das principais linhas

diferenciadoras entre ele e Habermas, se constituindo num dos principais fundamentos da tese do caso especial.

A idéia de discurso prático geral ganhou importância na tese de Alexy ao surgir como resposta à crítica de Habermas, que afirmava não ser possível o discurso jurídico ser um caso especial do discurso prático moral,²⁵ já que o discurso moral, no sentido de Habermas,²⁶ se refere à universalização e somente à universalização de normas, enquanto o discurso jurídico “precisa manter-se aberto a argumentos de outras proce-

24 Mesmo para Habermas tal conceito permanece obscuro: “I am still not quite clear about the role of what Alexy calls ‘general practical discourse.’ Here, different types of argument – prudential, ethical, moral, legal arguments – are supposed to come in one package.” HABERMAS, Jürgen. A short reply. *Ratio Juris*, v. 12, n.4, p.445-453, 1999, p.447.

25 Veja-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1, p.287-288.

26 É importante que o discurso prático geral não seja confundido com o discurso moral, mas no sentido que Habermas dá a este termo, ou seja, como uma esfera que transcende o contexto local e onde “são decisivos os argumentos que conseguem mostrar que os interesses incorporados em normas contestadas são pura e simplesmente generalizáveis.” HABERMAS, op. cit., p. 203. Discurso prático geral talvez possa ser considerado *semelhante* a discurso moral (veja-se MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Being apart from reasons: a study on the role of reasons in public and private moral decision-making*. Doctoral Thesis. University of Edinburgh, 2000, p.158) no sentido de moral crítica, ou correta (sobre a distinção entre moral social, crítica e crítica social, veja-se GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. *Doxa*, n.22, p.195-220, 1999, p. 200). É esse uso da palavra que faz com que Alexy afirme que também MacCormick (“there is an analogy between legal reasoning and moral reasoning.” (MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978, p.272) e Habermas (“argumentações morais são institucionalizadas através de meios jurídicos” HABERMAS, Jürgen. Como é possível legitimidade através da legalidade? In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992, p.15) são defensores da tese do caso especial. Sobre isso, veja-se mais adiante. A confusão em torno desse conceito de discurso não deve nos ofuscar para o fato mais essencial que Alexy, acima de tudo, procura desenvolver a idéia de que a *argumentação* jurídica depende da *argumentação* prática geral. Por ser mais utilizado por Alexy, no entanto, continuarei a usar o termo “discurso”.

dências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais”.²⁷

No entanto, como esclarece Alexy, o *genus proximum* do discurso jurídico não é o discurso moral, mas o discurso prático geral. Por discurso prático geral Alexy entende exatamente um discurso em que participam argumentos relativos a questões pragmáticas, éticas e morais. A distinção entre esses três tipos de argumentos ele extrai igualmente de Habermas. Segundo esse: “somos assaltados por vários problemas práticos em diferentes situações. Estes ‘têm’ de ser dominados, caso contrário podem surgir conseqüências, no mínimo, importunas.”²⁸ Dessa forma a questão “O que devo fazer?” ganha um significado pragmático, ético ou moral, con-

soante a forma como o problema é apresentado. Em todos os casos se está perante a fundamentação de decisões tomadas entre possibilidades alternativas de conduta, mas cada tarefa reclama um tipo de conduta e cada questão correspondente reclama um tipo de resposta.²⁹ “O *terminus ad quem* do respectivo discurso pragmático é a recomendação de uma tecnologia adequada ou de um programa exequível.”³⁰ Já o *terminus ad quem* do respectivo discurso ético-existencial “é um conselho sobre a correcta orientação na vida e sobre a realização de uma forma de vida individual.”³¹ E o *terminus ad quem* do discurso prático-moral “é um acordo acerca da solução justa para um conflito no âmbito da acção regulada por normas.”³²

27 HABERMAS, *Direito...*, p. 287.

28 HABERMAS, Jürgen. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p.102.

29 Ibidem, p.108.

30 HABERMAS, *Acerca...*, p. 109. No singular, essa decisão diz respeito, por exemplo, ao que fazer quando emergem problemas de saúde ou quando o dinheiro necessário à satisfação de determinados desejos torna-se escasso. No plural, remetem para a necessidade de compromissos, logo que os interesses individuais têm de ser harmonizados com os interesses alheios.

31 Ibidem, p.109. Colocada no singular, essa decisão concerne, por exemplo, a escolha da profissão ou do curso, que tem a ver com as “inclinações” ou com os interesses, com o tipo de atividade que poderia contribuir para a auto-realização do indivíduo em causa. Já no plural, trata-se da clarificação de uma identidade coletiva que tem de deixar espaço para a multiplicidade de projetos de vida individuais.

32 Ibidem, p. 109. “Aproximamo-nos [...] da perspectiva moral logo que começamos a avaliar as nossas máximas quanto à sua compatibilidade com as máximas dos outros.” Por exemplo, a máxima que me permitiria cometer ocasionalmente um pequeno delito é injusta quando o seu cumprimento geral não é igualmente bom para todos. No plural, o problema da razoabilidade dessas obrigações morais motiva, para Habermas, a transição da moral para o Direito.

Assim, o discurso prático geral é mais complexo do que o discurso moral, e enfeixa argumentos de diversos tipos, os quais têm peso igualmente na argumentação especificamente jurídica. Para Habermas, tal visão:

*is not sufficiently sensitive for the desired separation of powers. Once the judge is allowed to move in the unrestrained space of reasons that such a “general practical discourse” offers, a “red line” that marks the division of powers between courts and legislation becomes blurred.*³³

Embora Alexy ofereça argumentos para defender princípios formais como a separação de poderes,³⁴ sua visão de discurso prático geral como fundamento do discurso jurídico não afeta tal separação substancialmente. A sua preocupação, diferentemente de Habermas, é não insular os argumentos morais dos argumentos jurídicos no raciocínio dos juízes,³⁵ já que um dos pontos de partida

mais importantes da argumentação jurídica são as leis que resultam do processo legislativo, e “si la argumentación jurídica debe someterse a lo que ha sido decidido en el proceso democrático tiene que tomar en consideración los tres tipos de razones presupuestas por, o conectadas con, sus resultados.”³⁶

Uma última questão deve ser vista. Foi abordado anteriormente que o discurso prático geral combina questões pragmáticas, éticas e morais num único discurso, e que os argumentos práticos gerais, portanto, podem ser definidos no mesmo sentido. Porém, de que forma tais elementos se harmonizam? Segundo Alexy há uma relação de prioridade e permeabilidade entre o adequado (discurso pragmático), o bom (discurso ético) e o justo (discurso moral).

El discurso práctico general sería, dicho brevemente, un discurso que combinara los puntos de partida de la adecuación o utilidad, del valor o identidad y de la moralidad o justicia.

33 HABERMAS, A short..., p. 447.

34 Veja-se ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 133 e p. 286 e ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 169. Apesar de dar importância a princípios formais, como o que diz que o legislador democrático deve tomar as decisões importantes para a comunidade, Alexy não procura justificar a existência e a razão de ser das instituições por trás desse princípio. Oferecer essa fundamentação é, em grande parte, o que Waldron se propõe. Veja-se, para isso, WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon, 1999 e WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

35 Veja-se MICHELON JÚNIOR, *Being apart...*, p.166.

36 ALEXY, Robert. La tesis del caso especial. *Isegoría*, n.21, p.23-35, 1999, p.27.

*Existiría tanto un orden prioritario como una relación de permeabilidad entre lo adecuado, lo bueno y lo justo.*³⁷

Há uma prioridade do justo sobre o bom nas questões mais elementares concernentes aos direitos humanos como, por exemplo, a escravidão, tortura e tratamento degradante. Tais questões de justiça, que podem ser deduzidas da argumentação pragmático-transcendental, são objetivas e independentes de qualquer concepção de bem.³⁸ Embora essa prioridade seja algo simples quando o que se ordena está claramente deslindado entre si, como quando falamos de direitos humanos elementares, não o é se se concebe a justiça como um compromisso entre todas as questões de distribuição e retribuição, pois:

los argumentos relativos a cómo comprenderse a uno mismo y a la comunidad en la que se vive desempeñan un papel esencial. Por ello, lo justo depende de lo bueno. Un cambio en la autocomprensión o la interpretación de la tradición en la que alguien ha sido educado puede implicar un cambio

*en su concepción de la justicia. Todo esto muestra que el discurso práctico general no es una simple mezcla o combinación, sino una conexión sistemáticamente necesaria que expresa la unidad sustancial de la razón práctica.*³⁹ *Éste es el fundamento de la tesis del caso especial.*⁴⁰

2.3 Pretensão de correção

O terceiro fundamento da tese do caso especial poderia ser rastreado a partir de perguntas cotidianas que frequentemente surgem quando se discute sobre o valor das sentenças e a legitimidade do juiz em proferi-las. Assim, indaga-se se serão as sentenças (ou proposições jurídicas em geral) arbitrárias, subjetivas ou refletindo somente emoções do juiz ou do falante; se pode o juiz dar uma sentença sem afirmar, mesmo que implicitamente, que ela é correta; se teriam as discussões em torno de controvérsias jurídicas algum significado se elas fossem consideradas como somente uma opinião subjetiva, sem fundamentos que poderiam ser aceitos por todos, entre outras. Segundo Alexy,

37 ALEXY, La tesis..., p.28.

38 Já que “lo justo representa el punto de vista moral universal.” E “su prioridad sólo puede ser justificada mostrando que el punto de vista moral es necesario para todos. Esto puede hacerse reconstruyendo presuposiciones necesarias implícitas en actos de habla elementales, como afirmar, preguntar y argumentar, que resultan inevitables o indispensables para todos.” (Ibidem, p.28).

39 A unidade da razão prática ganha contornos um pouco distintos em Habermas. Cf. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p.117.

40 ALEXY, op. cit., p.29.

a resposta para as três indagações seria a mesma: não. Isso porque toda proposição jurídica erige necessariamente uma pretensão de correção. Correção significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.⁴¹ Uma proposição que se pretende correta nada mais é do que uma proposição que pode ser justificada racionalmente através de uma argumentação racional, e não arbitrária e despojada de valor, ou seja, meramente subjetiva.

Implícita na afirmação de que toda proposição jurídica necessariamente erige uma pretensão de correção está algo mais além de uma disputa acerca do caráter científico da jurisprudência. É a própria legitimidade do judiciário como instância de julgamento que está em jogo. Se a sentença deve ser vista como refletindo valores subjetivos do juiz ou ela é consequência, como afirmava um dos grandes realistas americanos, “do que o juiz tomou no café da

manhã”, por que haver um corpo constituído de juízes para tomar decisões? Em que sentido a legitimidade deles seria maior do que a de qualquer outro cidadão? E por que a argumentação jurídica (que, por essa visão, não seria nada além de uma retórica para disfarçar a verdadeira intenção do julgador) não poderia ser substituída por um método mais rápido e barato de decisão como, por exemplo, jogar uma moeda?⁴²

Evidentemente, Alexy não acredita que o juiz possa se despojar de toda a carga pessoal na fundamentação. Há, por certo, na tomada de decisão, uma mistura entre a sua impressão inicial com a necessidade de justificar a decisão. Mas essa justificação não se reduz a um esclarecimento da psique do juiz. Ela deve ser feita à luz do ordenamento jurídico vigente, e vista como uma tentativa de ser a resposta mais adequada ao caso.⁴³ Num outro sentido, a pretensão de correção que necessaria-

41 HABERMAS, *Direito e...*, p.281.

42 Devo essa idéia ao professor Cláudio Michelon (MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aulas do curso de História do Pensamento Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ministrado no primeiro semestre de 2005*). Em sentido semelhante, Alexy salienta que “se os julgamentos têm como base julgamentos de valor e esses julgamentos de valor não são racionalmente fundamentados, então, no mínimo, em muitos casos as convicções normativas, respectivamente as decisões de um grupo profissional formam a base para essa regularização de conflitos, uma base que não pode nem tem mais nenhuma justificação.” (ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.20-21).

43 Como MacCormick coloca: “It is of course possible that judges always or sometimes have subjective reasons motivating them to decide cases as they do which are quite other than the justifying reasons they give. But [...] it is also possible that judges could commit themselves to trying always to give the best justified decision (as they see it) because it is the best justified decision. In that sense, it is possible that we can, and that judges do, consciously model our actions upon rules, principles, and other relevant standards.” MACCORMICK, *Legal reasoning...*, p.270.

mente todo ato de fala normativo erige visa mais criar um critério ideal de verdade prática que, embora não possa ser alcançado, deve ser incessantemente buscado a fim de que os atos dos participantes tenham sentido. É por isso que Alexy não abandona por completo a tese de Dworkin da única resposta correta:

*la idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta.*⁴⁴

Mas nenhum desses argumentos prova a existência de uma pretensão de correção enraizada nas proposições jurídicas. Pode-se vislumbrá-la como um elemento necessário do Direito pelo método da contradição performativa. Seu argumento pode ser reconstruído sinteticamente por dois exemplos: imagine-se a redação do artigo primeiro de uma nova Constituição para o Estado X, no qual a minoria oprime a maioria. A minoria deseja seguir desfrutando das vanta-

gens da opressão, mas também ser honesta. Sua assembléia constituinte, então, aprova como artigo primeiro da Constituição o seguinte:

X é uma república federal, soberana e injusta.

Esse artigo evidentemente é falho, mas em que sentido reside sua falha? Não se trata somente de uma falha técnica, moral ou convencional:⁴⁵ a falha nesse artigo é, mais do que tudo, uma falha conceitual. No ato de fazer uma constituição, uma pretensão de correção está necessariamente conectada, nesse caso uma pretensão de justiça. O autor de uma constituição comete uma contradição performativa se o conteúdo de seu ato constitucional nega essa pretensão, enquanto ele a erige com a execução desse ato.⁴⁶

Da mesma forma, um juiz que sentenciasse o réu da seguinte maneira:

O acusado é condenado, em virtude de uma falsa interpretação do direito vigente, à prisão perpétua.

O que se tem aqui é mais do que uma irregularidade social ou jurídica.⁴⁷

44 ALEXY, Sistema..., p.151.

45 Para uma explicitação do porquê, ver ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 42-43 e ALEXY, Robert. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique. *Ratio Juris*, v.13, n.2, p.138-147, 2000, p.178-179.

46 A idéia subjacente ao método da contradição performativa é explicar o absurdo como resultado de uma contradição entre o que está implícito no ato de fazer uma constituição – que ela é justa – e o que é explicitamente declarado – que ela é injusta. Segundo ALEXY, Robert. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*, v.17, n.2, p.156-167, 2004, p.164.

47 ALEXY, El concepto..., p.44 e ALEXY, On necessary..., p.179-180.

O juiz comete uma contradição performativa e, nesse sentido, um erro conceitual. Uma decisão judicial sempre pretende que se esteja aplicando o Direito corretamente. O conteúdo do veredicto contradiz a pretensão feita pelo ato institucional de anunciar a sentença.

A pretensão de correção, entretanto, possui características diferentes numa norma individual ou no sistema jurídico como um todo. Embora tanto um como outro necessariamente levante uma pretensão de correção, a ausência dessa terá conseqüências diversas caso se trate de um sistema jurídico ou uma norma jurídica:

Los sistemas normativos que no formulan explícita o implícitamente esta pretensión no son sistemas jurídicos. En este sentido, la pretensión de corrección tiene relevancia

*clasificatoria. Los sistemas jurídicos que formulan esta pretensión pero no la satisfacen son sistemas jurídicos jurídicamente deficientes. En este sentido, la pretensión de corrección tiene una relevancia cualificante. En el caso de las normas aisladas y de las decisiones judiciales aisladas, la pretensión de corrección tiene una relevancia exclusivamente cualificante. Son jurídicamente deficientes si no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección.*⁴⁸

O fato de uma sentença explicitamente não possuir uma pretensão de correção, como uma sentença de morte que fosse pronunciada somente para satisfazer um tirano, não refuta a tese de que o Direito necessariamente erige uma pretensão de correção. Da mesma forma que anteriormente, é necessário distinguir entre uma pretensão de

48 ALEXY, El concepto..., p.41-42. Uma conexão “classificatória” (ou definitiva) está em questão se uma norma ou um sistema de normas, que não preenchem um certo critério moral, tem negado seu status de norma jurídica ou de sistema jurídico. Uma conexão “qualificatória” (ou ideal) está em questão se alguém reivindica que uma norma ou um sistema de normas, que não preenchem um certo critério moral, podem ser considerados como uma norma jurídica ou um sistema jurídico, mas são, entretanto, uma norma jurídica ou sistema jurídico falho por razões conceituais. ALEXY, On necessary..., p.171-172. Há que se ressaltar, no entanto, que, para Alexy (ALEXY, El concepto..., p.45-46) quando normas isoladas ultrapassam um certo “umbral de injustiça”, podendo ser consideradas “extremamente injustas”, a vinculação entre Direito e moral possui um caráter definitivo, ou seja, também o caráter jurídico dessas normas é destruído. Obviamente, como o próprio Alexy assume, isso não é nada mais do que o argumento da injustiça de Radbruch, com seu postulado clássico que “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto y inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insuportable, que deba considerarse ‘como falso derecho’ y ceder el paso a la justicia.” (RADBRUCH, Gustav. *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*. In: RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Tradução Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992, p.35).

correção erigida subjetivamente e outra objetivamente. Pois embora o tirano possa subjetivamente não ter levantado a pretensão na sua sentença, devido a ele agir como uma autoridade jurídica tal pretensão está objetivamente ligada a seu cargo. Em segundo lugar, deve-se ater ao fato de que decisões individuais, bem como normas, estão imersas num sistema jurídico. Esse necessariamente erige uma pretensão de correção, caso contrário, não pode ser considerado um sistema jurídico.⁴⁹ Sistemas jurídicos só perdem seu caráter jurídico no caso de uma grande quantidade de decisões e normas seguirem esse padrão de injustiça, quando então poderia se dizer que o sistema como um todo abandonou a pretensão de correção.⁵⁰

A pretensão de correção, portanto, é uma necessidade resultante da própria estrutura dos atos jurídicos e do raciocínio jurídico.⁵¹ Como afirma Alexy, “this claim necessarily connects the correctness as an ideal dimension and milestone of criticism with the law. The faultiness is therefore more than a merely deplorable negative property. It is something that according to the concept of law should not be there.”⁵² E se o Direito está necessariamente conectado com uma pretensão de correção, ele consiste em mais do que puro poder, ordens fundadas em ameaças ou uma espécie de “coerção organizada”.⁵³ Sua natureza compreende não só um lado real, mas também um crítico, ou ideal.⁵⁴ Esta conexão,

49 Sobre o assunto, ALEXY, El concepto... p.40.

50 ALEXY, On the thesis..., p.142.

51 Cf. ALEXY, The nature..., p.164.

52 ALEXY, Robert. Bulygin's Kritik des Richtigkeitsarguments. In: NORMATIVE systems in legal and moral theory.: Festschrift für Carlos E. Alchourrón und Eugenio Bulygin. Ed. Ernesto Garzón Valdés *et al.*, 235-50. Berlin: Duncker & Humblot apud BULYGIN, Eugenio. Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality. *Ratio Juris*, v.13, n.2, p.133-137, 2000, p.135.

53 Veja-se, nessa linha, o argumento de Postema: “La propiedad que distingue al derecho de otros ejercicios del poder social es que el derecho – o más bien la parte oficial – pretende autoridad para la formulación de sus directrices lo mismo que para respaldarlas con la amenaza de la fuerza. [...] Si la parte oficial no puede pretender legitimidad para ella misma, no tenemos base sobre la cual podamos acordarle, ni siquiera *de facto*, legitimidad. Pero, entonces, hay un sentido directo en el cual la fuerza coactiva institucionalizada no puede ser considerada como derecho.” Postema (1987, p. 92s.) *apud* GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. *Doxa*, n. 8, p.111-130, 1990, p.119.

54 ALEXY, On the thesis... p. 138. Em sentido semelhante: “Two properties are essential for law: coercion or force on the one hand, and correctness or rightness on the other. The first concerns a central element of the social efficacy of law, the second expresses its ideal or critical dimension.” (ALEXY, The nature..., p.163).

além do mais, é o principal fundamento tanto para um ataque àquele que é o principal alicerce do positivismo, a separação conceitual entre Direito e moral, como também é o principal argumento de Alexy para estabelecer uma ligação entre discurso jurídico e discurso prático geral. Isso realiza a transição para o próximo capítulo.

3. A TESE DO CASO ESPECIAL

A tese do caso especial advoga que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. Como já foi ressaltado, isso ocorre porque o discurso jurídico compartilha com o discurso prático geral de certas semelhanças, ao mesmo tempo em que se diferencia do mesmo em alguns aspectos cruciais. As semelhanças residem no fato de tanto um quanto outro lidarem com questões práticas e suas proposições erigirem uma pretensão de correção. A diferença crucial é a de que a pretensão de correção erigida por uma proposição jurídica é limitada, no sentido de que ela deve ser considerada correta dentro do ordenamento jurídico vigente e suas condições limitadoras (basicamente a lei, os precedentes e a dogmática).

Alexy em nenhum momento é claro quanto ao que ele entende por discurso jurídico. Em um nível mais amplo ele seria um discurso prático geral operando

sob condições limitadoras. Em um nível mais estrito, ele seria um procedimento intermédio entre a criação estatal do Direito e o processo judicial.⁵⁵ Isso não é de todo relevante, já que:

*la tesis del caso especial puede ser relativa tanto a los procedimientos judiciales como a la argumentación jurídica en cuanto tal, esto es, la argumentación jurídica tal como tiene lugar, por ejemplo, en los libros, artículos o discusiones académicas. La primera se encuentra institucionalizada, mientras que la segunda no.*⁵⁶

Dessa forma, embora haja diversos tipos de discurso jurídico, desde aquele que se desenrola na dogmática como os que se desenvolvem no tribunal ou numa sala de aula, todos eles, ao mesmo tempo em que se diferenciam em vários pontos, como as restrições institucionais a que alguns estão submetidos, compartilham de dois pontos essenciais: em todas as formas de argumentação o argumento é, ao menos em parte, jurídico, e em todos eles nem todas as questões estão abertas ao debate.

Assim, como há diversos tipos de discurso jurídico, também haverá diferenças entre eles concernentes à extensão e aos tipos de limitações. Uma discussão acadêmica é mais livre, enquanto num processo os limites são maiores. A cada nível as restrições e, consequen-

55 Sobre essas distinções, veja-se mais adiante, 4.2.

56 ALEXY, La tesis..., p.25.

temente, a diferenciação e o afastamento do discurso jurídico com relação ao discurso prático geral aumentam, embora nunca se rompa o vínculo estabelecido entre os dois pela pretensão de correção que ambos possuem.

O conceito central da tese do caso especial, portanto, é que as afirmações jurídicas, em todo e qualquer nível, sempre erigem uma pretensão de correção. A pretensão de correção implícita nas proposições jurídicas é tornada explícita pela institucionalização do dever dos juízes de justificarem suas decisões.⁵⁷ Mas, diferentemente da pretensão de correção do discurso prático geral, a pretensão de correção jurídica reivindica que, mesmo sujeita às limitações estabelecidas por essas condições limitadoras, a afirmação é racionalmente justificável. Um juiz deverá, portanto, de uma forma ou outra, demonstrar que sua sentença não se baseia em convicções pessoais, mas que pode ser racionalmente justificada no contexto da ordem vigente. E, embora a pretensão

de correção se manifeste de maneira mais explícita nas discussões travadas num tribunal, já que ali se desenvolvem longas e intensas discussões sobre a correção de uma decisão (que são, além disso, entendidas pelos participantes como uma busca pela decisão correta),⁵⁸ os argumentos justificativos são apresentados em todas as formas de discurso jurídico.

A tese do caso especial, dessa forma, estaria errada caso se comprovasse que o discurso jurídico não lida com questões práticas ou que os limites que regem as discussões jurídicas tornam injustificável designá-las como discursos. Eles seriam algo qualitativamente diferente de um discurso prático geral.

Quanto ao primeiro argumento, de que o discurso jurídico não trata de questões práticas, é bastante óbvio que, embora em algumas matérias seu conteúdo é teórico e descritivo, na maioria das vezes ele é orientado para a resolução de questões práticas. O problema, obviamente, não é tão simples. No

57 Já que “não é permissível nos discursos jurídicos assim como não o é nos discursos práticos gerais afirmar algo e depois se negar a justificá-lo sem dar razões para isso.” ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.213. No Direito brasileiro, esse dever está expresso no art. 93, inc. IX da Constituição Federal e arts. 131, 165 e 458, inc. II, do Código de Processo Civil.

58 Assim, ALEXY, op. cit., p. 215. No mesmo sentido, Wieacker: “Nas deliberações substantivas de uma bancada de juízes ou nas discussões científicas de juristas profissionais, a troca de argumentos se torna totalmente o meio para o avanço comum rumo à verdade prática.” (WIEACKER, Franz. *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, p.330 *apud* ALEXY, op. cit., p.276.

entanto, não será debatido aqui.⁵⁹ Para os objetivos do artigo basta a consideração, bastante genérica, de que sempre que uma norma jurídica é desafiada, é conceitualmente necessário entrar num discurso prático.⁶⁰

Já o argumento de que o discurso jurídico é algo qualitativamente diferente de um discurso prático geral se assenta, basicamente, sobre três pressupostos: 1) o de que as discussões jurídicas ocorrem sob limitações muito fortes; 2) o de que as partes num processo buscam mais a vantagem própria do que a correção da decisão; e 3) o fato de muitas decisões terem de ser tomadas com base numa lei injusta ou irracional.

Quanto à primeira questão, deve-se admitir que há limitações,⁶¹ como as impostas pelas regras processuais, prazos, o fato de não serem as partes a

participarem, mas sim seus representantes legais, entre outras, que em princípio nos inclinariam a considerar o discurso jurídico como algo completamente distinto do discurso prático geral. Quanto a isso pode se levantar que, embora as condições a que estão submetidas as partes fazem do discurso que elas estão empreendendo algo inequivocamente diferente do que ocorre no âmbito de um discurso prático geral, é nisso que consiste a tese do caso especial. Ela nem afirma que o discurso jurídico está dissolvido em um discurso prático geral, e nem que ele é totalmente independente do mesmo, mas sim que, juntamente com semelhanças, há peculiaridades, como as condições limitadoras citadas, que lhe dão um caráter distinto.⁶²

59 Segundo os críticos (basicamente Ulfrid Neumann) da tese de que o Direito não trata de questões práticas, questões jurídicas não seriam práticas, pois são tratadas como teóricas pelos agentes do discurso jurídico, além de serem predeterminadas fortemente pelos precedentes e pela lei. No entanto, como explica Pavlakos, o fato de uma série de restrições limitarem seu tratamento como prática não pode por si só destituir questões jurídicas de seu caráter prático. As questões jurídicas, além do mais, não podem ser tratadas como teóricas, pois essas devem considerar somente fatos empíricos, enquanto questões práticas devem considerar também normas. (PAVLAKOS, Georgios. The special case thesis. An assessment of R. Alexy's discursive theory of law. *Ratio Juris*, v.11, n.2, p.126-154, 1998, p.128. Para uma defesa do caráter prático, ver também ALEXY, op. cit., p.319-320).

60 PAVLAKOS, op. cit., p.133.

61 A referência, agora, é ao discurso jurídico que acontece num processo judicial, já que, evidentemente, tais limitações não existem numa discussão dogmática ou acadêmica.

62 Essa flexibilidade da tese do caso especial também foi igualmente criticada (NEUMANN, Ulfrid. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1986, p. 90-91 *apud* ATIENZA, *As razões...*, p. 195). Pois, dependendo das críticas que a ela se dirigem, ora ela se esconde atrás da sua ligação com o discurso prático geral, ora atrás da sua especificidade. Não há porque insistir nesse ponto: a medida da sua especificidade não pode ser calculada. O importante é que as proposições jurídicas erijam uma pretensão de correção, mesmo que limitada.

Quanto à segunda questão, se parece quase indiscutível que no âmbito da doutrina ou até mesmo da sala de aula a pretensão de correção está sempre presente, no caso de um litígio envolvendo partes e seus respectivos advogados a questão é mais complicada. É bastante óbvio que geralmente (se não sempre) as partes num processo buscam o próprio interesse. O processo, ao menos da perspectiva dos litigantes, não é um processo de busca cooperativa pela solução mais justa, mas sim um conflito em que cada parte quer sair vitoriosa. Isso, entretanto, não afeta a tese do caso especial por uma série de razões.

Em primeiro lugar, como salienta o próprio Alexy:

*This claim to correctness is not rendered invalid by the fact that the person justifying some position is only following his or her subjective interests. What holds true here is similar to the case of promising. The fact that in making a promise I may secretly intend not to keep it, in no way affects the obligation which has objectively come into existence as a result of the promise.*⁶³

Embora subjetivamente a parte busque seu próprio interesse e o advogado freqüentemente faça uso de figuras retóricas para influenciar o juiz a seu favor, isso não elimina o caráter objetivo da pretensão de correção. A subjetivi-

dade das partes não é argumento para eliminar a pretensão de correção; embora elas não desejem convencer uma à outra, pretendem falar de um modo que toda pessoa racional teria de concordar com seu ponto de vista. “Elas ao menos pretendem estar apresentando argumentos tais que obteriam concordância em condições ideais.”⁶⁴ Uma argumentação num tribunal é fundamentalmente diferente daquela que acontece numa negociação que visa um acordo. Mesmo que, no fundo, estejam perseguindo seus interesses, a forma da argumentação utilizada explicita que as razões que são apresentadas a favor de certa decisão poderiam, ao menos em princípio, ser incluídas, por exemplo, num tratado jurídico-científico. O fato de muitos argumentos utilizados pelas partes serem utilizados inclusive em decisões posteriores deixa mais explícito o caráter discursivo mesmo de uma discussão que ocorre no âmbito de um processo.

Em último caso, igualmente, contribuem a um discurso que da perspectiva do juiz serve à obtenção de um juízo imparcial. Isso não reduz os participantes a meras fontes de informação. Pois se o tribunal quer decidir corretamente, deve ouvir todos os argumentos, e se a correção da sua decisão está sujeita a controle, o tribunal deverá justificar seu juízo ante os participantes e ante o público geral e jurídico. Por isso, está submetido aos discursos frente

63 ALEXY, *A theory of legal...*, p.214.

64 ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.217.

aos tribunais superiores, à profissão jurídica e ao público.⁶⁵

Se as partes, no entanto, devem ao menos *fingir* que seus argumentos estão construídos de maneira tal que, sob condições ideais, poderiam encontrar o acordo de todos,⁶⁶ não seria isso mais uma condição para realizar uma ação estratégica bem sucedida, ao invés de ser uma condição para a existência de um discurso? Nesse sentido, a pretensão de correção seria mais uma pretensão de seriedade, isto é, um “jogo” onde “as partes – ou seus representantes – propõem seus argumentos le-

vando a sério as regras do ‘jogo’ e seu papel nele.”⁶⁷

A pretensão de correção, no entanto, não é uma mera *condição de sucesso* , porém uma *condição do jogo* .⁶⁸ Num processo em que as partes argumentassem procurando convencer o juiz a proferir uma decisão que lhes fosse favorável, mas não utilizassem para isso argumentos que visassem que essa decisão fosse correta ou justa, e o juiz desse uma sentença do tipo: “Dou uma vantagem ao sr. N, porque ele me deixou mais bem disposto a seu favor”, o jogo que foi feito não poderia ser

65 Nesse sentido, ALEXY, La tesis..., p.26.

66 ALEXY, Robert. Resposta a alguns críticos. 1996. Esse trabalho integra o posfácio da edição em português de ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica* . Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001. p.324.

67 ATIENZA, *As razões...* , p.197. Atienza, dessa forma, se une à antiga posição de Habermas, que igualmente via no processo judicial uma ação estratégica, ao invés de um discurso. Quanto ao último, embora no seu “Teoria da ação comunicativa” tenha mudado de opinião (“R. Alexy me ha convencido de que las argumentaciones jurídicas, en todas sus actuaciones institucionales, han de entenderse como un caso especial de discurso práctico.” (HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social* . Tradução Manuel Jimenez Redondo. 4. ed. Taurus. 1987, p. 60), na sua obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade” acaba criticando a tese do caso especial e aderindo à tese de Klaus Günther (veja-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* . p. 144 e 289), que distingue discursos de justificação de discursos de aplicação (veja-se GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal justification. *Ratio Juris* , v.2, n.2, p.155-166, 1989). As críticas de Günther e no que elas afetam a tese do caso especial não serão abordadas aqui. Para isso, veja-se GÜNTHER, Klaus. Critical remarks on Robert Alexy’s “special-case thesis”. *Ratio Juris* , v.6, n.2, p.143-156, 1993.

68 ALEXY, Resposta..., p.324.

caracterizado como uma negociação jurídica, mesmo que aconteça no contexto de um sistema jurídico.⁶⁹

Por fim, resta analisar o terceiro argumento contra a tese do caso especial, qual seja, o que afirma que uma discussão jurídica não pode ser entendida como um discurso, principalmente pela vinculação da argumentação jurídica com a lei. Essa conclusão seria facilmente demonstrável quando uma sentença tem que se basear numa lei injusta ou irracional. Nesse caso, não haveria pretensão de correção, desaparecendo, portanto, o principal elemento da conexão entre o discurso jurídico e o discurso prático geral. Caso esse argumento esteja correto, aquele seria algo

distinto deste, já que a racionalidade de uma argumentação baseada numa lei irracional não seria algo menos, mas algo diferente do que a racionalidade substantiva que tem lugar de acordo com as regras do discurso racional prático.

Esse argumento falha,⁷⁰ contudo, por compreender somente de maneira parcial a pretensão de correção. Pois deve-se distinguir entre dois aspectos da pretensão de correção levantada pelas decisões jurídicas. O primeiro aspecto se refere ao fato de a decisão ser corretamente justificada, quando se parte do Direito vigente. O segundo aspecto se relaciona com o fato de o Direito válido ser racional ou justo. A pretensão de correção levantada

69 Conforme ALEXY, op. cit., p.324. É possível, aqui, fazer uma analogia com o que Alexy fala sobre a fundamentação das regras do discurso: “Quien ingresa en el discurso simplemente por razones estratégicas tiene tan sólo que hacer como si aceptase la libertad y la igualdad de los otros como partes en el discurso. Sin embargo, ésta sería una objeción sólo si uno tuviera que considerar la creación de una motivación que, por su contenido, respondiera a las reglas del discurso como elemento constitutivo necesario de una fundamentación de reglas del discurso. Pero tal no es el caso. También el ámbito del discurso puede distinguirse entre una validez subjetiva, es decir, referida a la motivación, y una objetiva, es decir, referida al comportamiento externo.” (ALEXY, El concepto..., p.149). O mesmo se aplica no âmbito de um processo: a parte não precisa, subjetivamente, ser motivada pela correção; mas deve comportar-se como se fosse, devido a ligação objetiva dessa pretensão ao discurso jurídico. O mesmo se aplica a fundamentação da sentença por um juiz.

70 Para Pavlakos essa crítica está correta, mas não afeta a tese do caso especial. Isso porque, segundo ele, em sociedades modernas não há discussão ou procedimento comunicativo puramente prático; todos esses tipos de comunicação tomam lugar dentro de dadas instituições que permitem o uso de argumentos estratégicos. Simultaneamente, contudo, todos esses tipos de ações comunicativas estão estruturadas de acordo com o ideal do discurso prático e precisamente neste sentido eles constituem casos especiais do discurso prático geral. (PAVLAKOS, The special case..., p.151).

pelas decisões judiciais contém ambos os aspectos.⁷¹

Muitas vezes, devido a princípios formais como segurança jurídica e separação dos poderes, é necessário basear a decisão numa lei desse tipo. No entanto, isso de forma alguma altera seus defeitos. Apesar da falta de uma pretensão de correção com respeito a certa decisão não tirar dessa decisão seu caráter como decisão válida, ela sempre será defeituosa em mais do que um sentido moral relevante.⁷² Se essa decisão deve ser tomada com base nessa lei, isso não ocorre *por força* da pretensão de correção, mas *apesar* da pretensão de correção.

Essa limitação também não leva à conclusão de que a tese do caso especial pressupõe a justiça do Direito positivo, como Atienza aponta.⁷³ Pois embora quando uma decisão deve se basear numa lei injusta seja impossível satisfazer os dois aspectos da pretensão de correção, a única conclusão que podemos tirar é que não é possível argumentar racionalmente com base numa lei irracional. Mas isso não retira o caráter ideal da pretensão de correção, pois, embora o espaço para o discurso jurídico seja reduzido quase a zero no

âmbito de utilização dessa lei, o inter-relacionamento entre a racionalidade discursiva e o Direito não se rompe. “A racionalidade discursiva não pode mais estabelecer o conteúdo da decisão, porém forma a razão para sua falibilidade e a medida para sua crítica.”⁷⁴

Com isso foi feito um avanço importante, e deve-se agora vislumbrar a integração da argumentação jurídica no inter-relacionamento da racionalidade de um sistema jurídico mais abrangente. Esse tema será abordado a seguir.

4. CONSEQÜÊNCIAS DA TESE DO CASO ESPECIAL

Neste capítulo serão diferenciadas tanto as conseqüências da tese do caso especial como de seu principal elemento, a pretensão de correção. A pretensão de correção que está conectada ao Direito não só faz dele um caso especial do discurso prático geral como também, segundo Alexy, estabelece uma conexão conceitualmente necessária entre Direito e moral, no que sua teoria se torna essencialmente não-positivista, pois o positivismo jurídico tem na separação conceitual entre Direito e moral (além de na tese das fontes sociais) um

71 Assim, se uma decisão é justa quando está de acordo com o Direito, e este tem um caráter autoritário e um ideal (veja-se a seguir, 4.2), ser justo é cumprir plenamente essas duas características: ser de acordo com a lei (aspecto autoritário) e de acordo com a moral (aspecto ideal). Isso significa preencher o caráter duplo da pretensão de correção.

72 ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.214.

73 ATIENZA, *As razões...*, p.199.

74 ALEXY, *Resposta...*, p.323.

de seus principais alicerces. Por ela, o Direito é visto como um conjunto de normas não necessariamente justas, mas, como obra de homens que podem errar, falíveis.⁷⁵

A partir disso será feita uma análise da maneira como a pretensão de correção conduz a uma conexão entre Direito e moral,⁷⁶ e de que forma a tese do caso especial leva à conclusão de que tal moral deve ser concebida como universalista.

Num segundo e terceiro momento, será tratado tanto a necessidade do discurso jurídico do ponto de vista do discurso prático geral, como a necessidade do discurso prático geral do ponto de vista do discurso jurídico. Essa dupla necessidade, será visto, é conseqüência de uma dupla vulnerabilidade (ou limitação) constitutiva tanto de um como de outro, e são facilmente deduzidas da própria estrutura da tese do caso especial que, se por um lado deixa manifesto que argumentos práticos gerais são necessários na argumentação jurídica, por

outro evidencia a própria necessidade de argumentos jurídicos (e, portanto, da instituição “Direito”) a fim de resolver questões práticas surgidas na sociedade (no contexto do discurso prático geral, portanto). Assim, será demonstrado que o Direito deve ser visto como a institucionalização da razão prática, e, a fim de que ele não perca suas raízes nesta, os argumentos práticos gerais devem ser integrados aos argumentos jurídicos a todo o momento.

4.1 Conexão conceitualmente necessária entre Direito e moral

A pretensão de correção implica uma pretensão de justificação, ou fundamentabilidade. Apesar de diversas justificações serem possíveis, a essência de todas elas é a mesma, já que, quem justifica algo:

at least pretends that he accepts the other person as an equal partner, at

75 O que o positivismo insiste, portanto, não é que não possa haver conexão fática entre uma ou outra norma jurídica e uma norma moral, mas sim que o Direito não precisa ser moralmente correto para ser Direito. “O positivismo não é a doutrina que separa o Direito da moral, só afirma que eles não se acham necessariamente vinculados.” (GARCÍA FIGUEROA, La tesis..., p.203).

76 É importante, desde logo, esclarecermos o ponto de vista pelo qual analisaremos a conexão conceitual entre Direito e moral pois, como muito acertadamente diz Alexy, “en la polémica acerca de las relaciones necesarias entre derecho y moral se trata de una serie de aseveraciones diferentes.[...] A menudo, sus participantes no reconocen que la tesis que ellos defienden es de un tipo totalmente distinto al de la tesis que atacan, es decir, que mantienen diálogos paralelos.” (ALEXY, El concepto..., p.33). Segundo ele, caso se analisassem todos os pontos de vista possíveis, chegaríamos a 64 teses sobre a conexão ou não entre Direito e moral. Aqui se analisará somente a questão de que há uma conexão conceitualmente necessária desde a perspectiva do participante (do ponto de vista interno, por exemplo, o de um juiz).

least in discourse and that he neither exercises coercion himself nor is supported by coercion exercised by others. He furthermore claims to be able to defend his thesis not only against his partner in discourse but against everyone. These claims to equality and universality form the basis of a procedural ethic built on the idea of generalizability. This is the discourse-ethic.⁷⁷

A conexão que a teoria do discurso cria entre correção, justificação e generalizabilidade é transferida para o Direito pela tese do caso especial. Dessa forma, é estabelecida uma conexão necessária entre o Direito e uma moralidade universalista. O argumento, dessa forma, pode ser sintetizado da seguinte maneira: quem afirma que algo é correto implicitamente aceita que pode justificar isso; quem pretende justificar algo deve aceitar diversas premissas inerentes ao processo de justificação, como a aceitação do outro como um parceiro de discurso; essas premissas ligam o ato de justificar a uma moralidade universalista construída sob a idéia de generalizabilidade e universalizabilidade; como, da mesma forma que no discurso prático, no discurso jurídico está necessariamente presente uma pretensão de correção, o Direito está necessariamente ligado, ao menos idealmente, a essa moralidade universalista.

A conexão que Alexy estabeleceu entre Direito e moral foi criticada severamente.

Uma das críticas veio de Habermas,⁷⁸ que afirmou que a tese do caso especial assumia que havia de fato sempre uma consonância entre moral e Direito. Mas a tese de Alexy assume, entretanto, somente que tal consonância está sempre implícita nas pretensões do Direito. A conexão entre Direito e moral é só uma pretensão, não é exigido que essa conexão *sempre* se cumpra.

A principal crítica dirigida à conexão entre Direito e moral é que Alexy, ao idealizar demasiadamente as categorias jurídicas do Estado contemporâneo, estendeu a moralidade implícita nesse para todos os demais sistemas jurídicos. Essa crítica foi expressa da seguinte maneira por Bulygin:

The thesis of the necessary connection between law and morality implies that there is a conceptual link between any legal system, on the one hand, and one and the same morality, not just any moral system, on the other. In the case of Alexy it is the universalistic morality, based on a procedural discourse ethics.⁷⁹

Parece bastante óbvio, no entanto, que a maioria dos sistemas jurídicos historicamente existentes não compartilham dessa moralidade. Se essa crítica estivesse correta, então ou a tese da

77 ALEXY, On necessary..., p.180.

78 Cf. ALEXY, La tesis..., p.32.

79 BULYGIN, Alexy's..., p.134. Para um argumento semelhante, TUORI, Kaarlo. *Ética discursiva y legitimidad del derecho. Doxa*, n.5, p.47-67, 1988, p.49.

conexão entre Direito e moral estaria equivocada, ou bem o que Alexy entende por Direito é um fenômeno que só ocorreu na modernidade. A crítica de Bulygin, entretanto, equivoca-se num ponto chave. A fim de provar isso, o argumento da conexão deve ser refinado: em primeiro lugar, é um erro conceder que o Direito está conectado com uma moralidade concreta, determinada; em segundo lugar, é igualmente um erro afirmar-se que o Direito está conectado com uma moral, qualquer que ela seja. A fim de restringir o campo de qual moralidade deve estar conectada ao Direito, deve-se interpretar a pretensão de correção moral que uma proposição jurídica levanta num sentido forte. Interpretada nesse sentido, ela pode ser preenchida somente se o julgamento é justificável sob a base de uma moralidade correta, de uma moralidade que é justificável. A idéia de correção demanda a inter-

pretação forte. Um julgamento moral que é justificável sob a base de uma moralidade que não é ela mesma justificável não é correto. Dessa maneira, a conexão necessária entre o Direito e a moral correta é criada no sentido de que a pretensão de correção inclui uma pretensão de correção moral que se estende também aos princípios subjacentes.⁸⁰ Como esclarece Alexy, portanto, “a necessary connection between law and morality does not presuppose a morality actually shared by all. It is compatible with moral dispute.”⁸¹

A fim de se obter uma conexão entre Direito e moralidade, portanto, não é necessário que haja uma mesma moralidade, objetiva, compartilhada por todos. A idéia de moralidade correta, a prática de uma argumentação racional sobre o que é moralmente correto, e a possibilidade de construir uma racionalidade prática basta.⁸² Se o Direito é constituído por uma pretensão de cor-

80 Cf. ALEXY, El concepto..., p.82. “Law’s claim to correctness is on no account identical with the claim to moral correctness, but it includes a claim to moral correctness.” (ALEXY, On the thesis..., p.146).

81 ALEXY, op.cit., p.143.

82 Nesse sentido, ALEXY, op. cit., p.144. Por outro lado, toda e qualquer moralidade conectada ao Direito possui, mesmo que implicitamente, ideais discursivos e universalistas. É importante entender o pensamento de Alexy dentro da estrutura de uma era pós-metafísica, que “não pode recuperar *todo* o potencial semântico do que foi outrora concebido pelas éticas clássicas como sendo justiça evangélica ou cósmica.” HABERMAS, Justiça e..., p.73, e em que o mundo, para usar uma expressão consagrada, sofreu um “desencantamento”, e está despido de qualquer explicação metafísica ou religiosa. A ruptura com tal ordem abre a possibilidade para a realização do que Habermas e Alexy chamam de “potencial de razão”. Tal potencial encontra-se mais plenamente realizado, portanto, na sociedade moderna, daí a tendência em ver o Estado Constitucional Democrático, como (a expressão é de TUGENDHAT, Ernst. Zur Entwicklung von

reção, e essa implica uma pretensão de justificação, quem justifica algo necessariamente terá que aceitar a generalizabilidade e universalizabilidade como padrão de argumentação. Nesse sentido, uma moralidade correta pode abarcar várias moralidades e ser, portanto, compatível com ordenamentos jurídicos que possuam moralidades diversas. Essa conexão qualificatória não conduz, portanto, a uma conexão necessária do Direito com uma determinada moral concreta designada como correta, mas sim a uma conexão necessária do Direito com a idéia de uma moral correta no sentido de uma moral fundamentada. Esta idéia não é, de modo algum, vazia. Sua vinculação com o Direito significa que a ele pertencem não só as regras

especiais da fundamentação jurídica, como também as regras gerais da argumentação prática geral. Além disso, a idéia de uma moral correta, da mesma forma que a única resposta correta, tem o caráter de uma idéia regulativa no sentido de um objetivo a aspirar. Nessa medida, a pretensão de correção conduz a uma dimensão ideal necessariamente vinculada com o Direito.⁸³

A tese de Alexy, portanto, leva à conclusão de que o Direito não pode ser corretamente entendido sem referências à correção de suas decisões. Um sistema jurídico possui uma dimensão ideal que o liga à idéia de justiça,⁸⁴ pois, como inclusive Radbruch já havia assinalado nos seus últimos escritos, é simplesmente impossível “definir el

moralischen Begründungsstrukturen in modernen Recht. *A.R.S.P.*, nova série, caderno 14, 1980, p. 4 *apud* ATIENZA, *As razões...*, p. 204) “o melhor de todos os mundos jurídicos imagináveis” (sobre essa idealização em Alexy: ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, n.24, p.671-687, 2001, p. 685). O fato de o Direito estar conectado com a idéia de uma moral correta e potencialmente universalista e esta ligação ser mais visível no Estado Constitucional Democrático parece ser aceito de bom grado por Alexy, quando ele afirma que essa moralidade universalista “is directly valid for modern legal systems and possibly justifiable for pre-modern legal systems within the frame of a normative theory of legal evolution.” Veja-se ALEXY, *On necessary...*, p.180-181. Isso não depõe necessariamente contra a tese de Alexy. A semelhança entre a sua visão idealizada com a era de origem de sua teoria não é, de maneira nenhuma, um argumento quanto à correção dessa teoria. O que importa na crítica de uma teoria, unicamente, é se ela está certa ou não: explicações históricas, psicológicas e sociológicas, embora possam justificar o início de um debate sobre a teoria em questão, são marginais às investigações quanto à correção da mesma (esse é também o argumento de Dworkin contra as teorias “desmascaradoras”. Cf. BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.222).

83 Veja-se ALEXY, *El concepto...*, p.84-85.

84 Entre outros, veja-se ATIENZA, *As razões...*, p.684.

derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como un orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia.”⁸⁵

4.2 Direito como um sistema de regras, princípios e procedimentos

A teoria de Alexy pretende lançar bases sólidas para uma teoria não positivista do Direito. Isso é feito basicamente pela já vista conexão conceitualmente necessária entre Direito e

moral. Porém, essa conexão demonstra somente que o positivismo falha em sua tentativa de compreender a natureza do Direito, mas ainda não oferece um novo projeto para substituí-lo. Em grande parte, uma nova teoria do Direito já se fazia necessária após a “Teoria da Argumentação Jurídica”, cujos fundamentos não poderiam ser encontrados numa teoria positivista do Direito,⁸⁶ como a teoria da argumentação de Mac Cormick, por ele considerada um complemento à teoria de Hart.⁸⁷ Essa teoria, ao mesmo tempo que parte da distinção

85 RADBRUCH, *Arbitrariedad legal...*, p.36. Garzón Valdés argumenta em um sentido semelhante: “no es posible excluir del concepto de derecho (existente, positivo) su vinculación con la moral, si es que se lo quiere entender tal como es y como funciona en la realidad.” GARZÓN VALDÉS, *Algo más...* p.121. Sobre as consequências práticas da conexão conceitual entre Direito e moral, ALEXY, *op. cit.*, p.14-19 e ALEXY, *La tesis...*, p.32.

86 Já que a teoria da argumentação pressupõe alguma teoria do Direito e alguma teoria sobre as relações conceituais entre Direito e moral. E, como salienta Garcia Figueroa, “a pesar de que conceptualmente una teoría de la argumentación jurídica no es incompatible con una teoría positivista del derecho, de hecho la tesis del caso especial ha reforzado la vinculación conceptual de derecho y moral y, en este sentido, ha sido tendencialmente antipositivista.” (GARCÍA FIGUEROA, *La tesis...*, p.197).

87 Enquanto MacCormick parte da justificação de decisões judiciais para então elaborar uma teoria da argumentação jurídica que ele acaba por considerar como parte de uma teoria geral da argumentação prática, Alexy parte de uma teoria da argumentação prática geral para projetá-la sobre o Direito. Porém, enquanto MacCormick desenvolve sua teoria no seio de uma teoria positivista do Direito hartiana (“La visión del razonamiento jurídico se muestra esencialmente hartiana, basada em el análisis del concepto de Derecho hartiano o al menos plenamente compatible com éste.” MACCORMICK, *op. cit.*, p.XIV, *apud* GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El “derecho como argumentación” y el derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante. *Doxa*, n.24, p.629-653, 2001, p.633), Alexy procura, em artigos posteriores, inserir sua teoria de argumentação numa teoria discursiva do Direito. Contudo, é importante ressaltar que o próprio MacCormick, em escritos recentes, tem mudado sua posição. Conforme esclarece Garcia Figueroa, no prólogo a “Legal Reasoning and Legal Theory”, revisado em 1994, “MacCormick pone de relieve que sus planteamientos inicialmente positivistas hartianos se han visto matizados en los últimos años. En ese mismo prólogo el profesor escocés señala que Alexy y Habermas le han convencido de la vinculación entre la razón práctica

entre regras e princípios de Dworkin,⁸⁸ a aprofunda, adicionando um novo nível a esses dois. Assim, o Direito, para Alexy, deve ser visto como um sistema de regras, princípios e procedimentos.

Aqui, é importante somente uma breve síntese sobre o conceito de regra e princípio.⁸⁹ Tanto regras como princípios são espécies de um gênero maior, normas, e “ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición.”⁹⁰ A diferença fundamental é que, para Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os

princípios são mandatos de otimização. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Nesse sentido, as regras contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível.

Agora, o Direito não pode ser concebido de forma estática, somente como um conjunto de normas.⁹¹ A esse lado passivo, deve ser adicionado um lado ativo: o dos procedimentos.⁹² Este lado surge da necessidade de fornecer uma resposta a uma indagação prática bastante simples: com relação a um problema prático, como chegar a uma única resposta correta que seja, além do mais,

discursiva y el razonamiento jurídico.” GARCÍA FIGUEROA, *La tesis...*, p.206. MacCormick, na verdade, como já é reconhecido e inclusive por ele assumido, conceitualizou uma intuição muito semelhante à de Alexy com relação à ligação entre argumentação jurídica e argumentação prática, o que já era visível na sua obra mais famosa (veja-se, para isso, o capítulo X, onde ele diz explicitamente: “legal reasoning is a special, highly institutionalized and formalized, type of moral reasoning.” MACCORMICK, *Legal...*, p. 272).

88 Alexy, ao mesmo tempo em que aceita essa distinção, considera os princípios de forma diferente de Dworkin. Tais diferenças não serão levantadas aqui. Sobre a evolução da distinção entre princípios e regras, veja-se ÁVILA, Humberto. *Teoría dos principios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.26-31.

89 Uma análise mais aprofundada pode ser encontrada em ALEXY, *Teoría de los derechos...*, p.81-135.

90 ALEXY, op. cit., p.83.

91 “En tanto sistema de *normas*, el sistema jurídico es un sistema de resultados o productos de procedimientos de creación de normas, cualesquiera que sean sus características.” (ALEXY, *El concepto...*, p.31).

92 “Como un sistema de *procedimientos*, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por reglas, a través de las cuales las normas son promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impuestas.” (ALEXY, op. cit., p.31).

vinculante? No âmbito do discurso prático geral isso não é possível basicamente por dois motivos: as regras do discurso não garantem que se possa alcançar uma única solução correta para cada questão prática (problema do conteúdo), nem tampouco que, caso se alcançasse esse acordo, todo o mundo estaria disposto a segui-lo (problema da imposição). As razões para o primeiro ponto são basicamente três: as regras do discurso só podem ser cumpridas de modo aproximado; nem todos os passos da argumentação estão determinados; todo discurso deve começar a partir das convicções normativas dos participantes, que estão determinadas historicamente e são, além do mais, variáveis. A razão para o segundo ponto reside numa distinção, que Alexy toma de Kant, entre o *principium diudicationis* e o *principium executionis*, isto é, entre a formação do juízo e a formação da vontade: saber o que é certo não significa necessariamente agir nesse sentido.

O problema da imposição faz surgir a necessidade do Direito, ou seja, de um sistema coercitivo que estabeleça regras dotadas de sanção para quem não estiver disposto a segui-las de bom grado.⁹³ Já a resolução do problema do conteúdo passa, em primeiro lugar, pelo estabelecimento de alguns resultados discursivamente necessários e outros discursivamente impossíveis. Os mais importantes dentre os primeiros são os direitos humanos, os quais Alexy procura fundamentar sobre a base da teoria do discurso.⁹⁴ No entanto, o espaço do discursivamente possível continua demasiado grande, e nem tudo que pode ser justificado discursivamente pode valer juridicamente. Isso levanta a necessidade de procedimentos jurídicos que garantam, ao final, somente um resultado definitivo e obrigatório.⁹⁵ Alexy distingue três tipos de procedimentos que seria preciso acrescentar ao procedimento do discurso prático geral: a criação estatal do Direito, o discurso jurídico e o processo judicial.

93 ALEXY, Resposta..., p. 306. Talvez não seja a visão de Alexy, mas o fato é que ele passa ao largo de outro fator importante para resolver o problema da fraqueza da vontade: a força da socialização, tão ressaltada pela ética do discurso. O Direito, evidentemente, permanece como *ultima ratio*, mas dificilmente ele consegue estabilizar por si próprio uma sociedade de sujeitos que só são motivados a fazer o que é certo devido ao medo de uma sanção. Além de contextos normativos são necessários, como salienta Habermas, “processos complementares de socialização e de identidade”, caso contrário, “um juízo moral aceite como válido só poderá assegurar uma coisa: o destinatário inteligente tem, então, consciência de que não tem boas razões para agir *de outra forma*.” (HABERMAS, Comentários..., p.134).

94 Veja-se ALEXY, Una concepción..., p.152-155.

95 Para Alexy, é por isso que “la teoría del discurso puede alcanzar importancia práctica sólo si es inserta en una teoría del derecho.” ALEXY, op. cit., p.151. Veja-se também HABERMAS, Justiça e..., p.63.

A passagem do primeiro para o segundo ocorre devido a ampla gama de soluções para uma questão prática que podem ser consideradas *discursivamente possíveis*. Assim, através da criação estatal de normas, certos padrões são firmados em detrimento de outros. Porém, também as normas não especificam suficientemente qual seria a solução obrigatória, seja pelo aspecto vago da linguagem jurídica, a imprecisão das regras do método jurídico ou a impossibilidade de prever todas as constelações possíveis de casos. O terceiro procedimento é o discurso jurídico,⁹⁶ marcado pelas condições limitadoras já referidas. Aqui o grau do discursivamente possível é consideravelmente menor, mas a grande controvérsia doutrinária, empiricamente verificável, demonstra que ainda é necessário um quarto procedimento, em que o elemen-

to decisório novamente está ao lado da argumentação: o procedimento judicial. Findo todo esse processo, só restará uma resposta para ser considerada obrigatória.

Nesse sistema de quatro procedimentos, dois são institucionalizados, e dois não. O discurso prático geral e a argumentação dogmática em geral pertencem ao grupo dos não institucionalizados, e a criação legislativa e o processo, aos institucionalizados. A principal diferença entre um e outro é que nos procedimentos institucionalizados, que surgem para resolver o problema dos debates potencialmente intermináveis que ocorrem nos momentos anteriores, é necessário se chegar a uma resposta: neles não só se argumenta, também se decide.⁹⁷ A fim de que isso ocorra, regras e limitações são impostas aos participantes, como as regras legislativas e as regras processuais.⁹⁸

96 Aqui em sentido estrito, no sentido de argumentação da dogmática jurídica.

97 “Une procédure est à considérer comme ‘institutionnalisée’ si elle a été réglée par des normes juridiques, de telle manière que l’aboutissement à un résultat définitif est assuré et que celui-ci est juridiquement obligatoire.” (ALEXY, Robert. *Idée et structure d’un système du droit rationnel. Archives de Philosophie du Droit*, v.33, p.23-38, 1988, p.31).

98 É possível refinar o argumento dos 4 níveis do Direito de Alexy. Como já foi anteriormente reforçado, discurso prático geral deve ser entendido mais como argumentação prática geral, ou argumentação moral (com a ressalva do ponto 2.2), bem como discurso jurídico, como argumentação jurídica. Da mesma forma que Alexy distingue discurso jurídico enquanto tal, ou argumentação da dogmática jurídica (discussões acadêmicas, doutrina) do discurso jurídico que ocorre no âmbito de um processo, é possível distinguir discurso prático geral enquanto tal (que ocorre nos mais diversos âmbitos da sociedade) do discurso prático geral que ocorre no âmbito da criação estatal de normas. Sempre no segundo momento a diferença é que uma decisão deve ser tomada, e daí a necessidade seja de regras processuais, seja de regras de criação legislativa (limitação de tempo, prazos, regra da maioria...). É importante ressaltar que o tipo de condições limitadoras é distinto caso fale-se de regras que impõem a necessidade de uma decisão ou das condições a que está submetido o discurso jurídico como um todo. Tanto a técnica legislativa como as regras

É importante ressaltar que a passagem de um nível para o outro não deve ser considerada como um abandono dos princípios do discurso e seus ideais: eles devem ser considerados, muito mais, como necessários para a realização destes e justificados com referência a eles. O nível seguinte surge não só para sanar falhas do anterior, mas é exigido por ele por poder chegar a resultados que o outro não conseguiria.⁹⁹ Por exemplo, no âmbito do discurso prático geral tanto o alcance do que é discursivamente possível, que é muito amplo, como também a necessidade de resolver muitas questões práticas num curto espaço de tempo consti-

tuem bons motivos para a inserção de limitações. Assim, a necessidade de decisão, a correção relativa, o respeito à lei e aos precedentes e a consideração pelos dogmas jurídicos (no sentido de verdades provisórias) fazem com que uma decisão possa ser alcançada mesmo havendo divergências, o que não aconteceria num discurso prático geral, onde a discussão poderia se tornar infundável. Todavia, como já foi salientado, essas limitações devem ser entendidas no sentido de assegurar a possibilidade do discurso prático geral.¹⁰⁰

É por esse lado ativo do Direito que fica clara a ligação entre discurso prático geral e discurso jurídico. Concebê-

de ordem processual são um mesmo tipo de limite, diferente do limite ao qual o discurso jurídico como um todo está submetido. As primeiras são limites, mas formais, que garantem um caráter institucional, mas não de especialidade.

Na criação estatal as condições limitadoras são definidas pela necessidade de decisão, embora o argumento seja livre; no discurso jurídico, além das limitações processuais no processo, ele, como um todo, apresenta um horizonte argumentativo reduzido para as partes, ou seja, ele está limitado também pelo tipo de argumento que pode ser utilizado, que deve ser jurídico (embora os argumentos práticos gerais não sejam proibidos; mas eles entram, embora livres, ou não institucionalizados, sob formas e condições especiais, como será mais bem explicado no próximo ponto). O discurso jurídico, portanto, é constitutivamente restrito pelas condições limitadoras (lei, precedentes, dogmática), e daí seu caráter especial. Caso contrário, a criação estatal do direito deveria ser considerada um caso especial do discurso prático geral e o processo um caso especial do discurso jurídico em sentido estrito.

99 “Uma das tarefas da teoria do discurso é investigar como [...] a possibilidade do argumento racional pode ser melhorada na presença de condições limitadoras.” ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p. 108. Um dos melhores modos para ver-se de que forma as condições limitadoras podem melhorar a busca de uma solução adequada é investigando o papel da dogmática jurídica. Para isso, veja-se o ponto 4.3.

100 Dito de outra forma, “para a tese do caso especial isso significa que o discurso jurídico não é uma variante do discurso prático, que é exigida para sanar as falhas do sistema jurídico racional. Muito mais ele é em sua estrutura um elemento necessário realizado da racionalidade discursiva.” ALEXY, *Resposta...*, p.322.

lo também dessa forma dinâmica é essencial para traçarmos tanto sua origem como também a sua necessidade. A tese do caso especial, entendida por esse ponto de vista, é a afirmação desse seu aspecto dinâmico. É nessa linha que tem sentido afirmar que o Direito não só é a institucionalização da razão prática, como também um meio necessário para a realização dessa na sociedade. Como o discurso jurídico é concebido como conectado ao discurso prático geral, conseqüência e afirmação de seus princípios, também o Direito não pode ser concebido de forma autônoma. Isso não é nada mais do que outra forma de expressar a unidade da razão prática.¹⁰¹

Portanto, visto por esse prisma, tanto como regra e princípio (no âmbito passivo) e como institucionalização e argumentação livre (no âmbito ativo), o Direito pode ser visto como possuindo uma dupla vertente real e uma dupla vertente ideal.

*La double dimension idéale se montre au niveau des procédures dans la "réalisabilité" seulement approximative des règles du discours et au niveau des principes dans leur caractère de dépassement. La double dimension réelle correspond, au niveau procédural à la nécessité des institutions, et au niveau des normes au fait que les règles sont indispensables.*¹⁰²

Na sua dupla vertente real está implícita a necessidade de ordem, seu caráter dogmático e a necessidade de certeza do Direito; na sua dupla vertente ideal, seu aspecto dinâmico, o caráter argumentável e provisório de toda proposição jurídica.¹⁰³ É nesta "dialética da ordem e da liberdade"¹⁰⁴ que a tese do caso especial busca se inserir, procurando estabelecer uma ligação entre esses dois aspectos sem cair num extremo ou em outro. Não procura nem sobrevalorizar o aspecto real, caindo num legalismo rígido em que

101 Aqui, de novo, MacCormick, que expressa uma visão semelhante: "There must be a unity in practical reason as well as a diversity in its particular operation in special contexts." MACCORMICK, *Legal reasoning...*, p.274.

102 ALEXY, *Idée...*, p.38.

103 O que também está por trás dessa distinção entre caráter real e ideal é que, se quisermos dar conta do fenômeno jurídico, devemos não vê-lo somente como algo pronto, acabado, coisificado, independente dos processos que dão lugar a sua criação. Nas palavras de Lifante Vidal: "Al desatender el aspecto dinámico del Derecho [...], se olvida que un rasgo esencial de las prácticas sociales es precisamente que se encuentran permanentemente en construcción". LIFANTE VIDAL, Isabel. Una crítica a un crítico del "no positivismo". A propósito de "la tesis del caso especial y el positivismo jurídico", de Alfonso García Figueroa. *Doxa*, n.23, p.709-728, 2000, p.726).

104 A expressão é de PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.281.

o juiz é a boca da lei, nem o aspecto ideal, caindo num principialismo arbitrário em que o juiz toma o lugar do legislador.¹⁰⁵ A análise de qual deve prevalecer sobre qual será feita no próximo ponto.

4.3 Tese da integração

O discurso jurídico, portanto, é necessário do ponto de vista do discurso prático geral, e é exigido por motivos práticos gerais a fim de realizar o princípio da racionalidade discursiva. Entretanto, seria um erro pensar que o discurso jurídico acaba com todas as incertezas existentes no discurso prático

geral e se torna independente dele. Muito pelo contrário, o discurso jurídico, apesar de reduzir o campo do discursivamente possível sensivelmente, dificilmente produz, se operando somente por seus termos, uma única resposta. É dessa limitação que emerge a necessidade de integração de argumentos práticos gerais na argumentação jurídica.

A questão que se analisará agora é sob que forma esses argumentos práticos gerais¹⁰⁶ entram na argumentação jurídica e em que sentido eles se harmonizam com os argumentos especificamente jurídicos. Segundo Alexy existem, basicamente, três teorias diferentes para responder essa questão. Pela

105 Sobre a oscilação da argumentação jurídica entre rigidez e arbitrariedade, veja-se ATRIA, Fernando. *The irony of legal positivism* (inédito), p.16-19.

106 A incerteza quanto a uma definição clara de discurso prático geral também se reflete no conceito de argumento prático geral. Segundo Alexy: “los argumentos prácticos generales son argumentos no institucionales.” ALEXY, Robert. *La tesis del caso especial*, p.34. Isso é um tanto vago. O conceito fica mais claro ao deslindar-se onde eles são necessários. Segundo Alexy (ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.266), a argumentação prática geral pode ser requerida (1) na justificação de premissas normativas necessárias para satisfazer as diferentes formas de argumento, (2) na justificação de uma escolha entre diferentes formas de argumento que levam a diferentes resultados, (3) na justificação e exame de proposições da dogmática jurídica, (4) na justificação de quaisquer casos de distinguir ou prevalecer, e (5) diretamente na justificação de afirmações usadas na justificação interna. Poderia-se ainda adicionar que argumentos práticos gerais são particularmente importantes no processamento de balanceamento de princípios: “moral arguments enter the realm of legal discourse every time that someone undertakes a weighing of principles in order to state what is postulated within a legal system.” PAVLAKOS, *The special...*, p.149. Argumentos práticos gerais, portanto, devem ser entendidos mais como “dogmas práticos”, que são necessários sempre que são feitos julgamentos de valor, que não podem ser derivados do material normativo. Mas eles igualmente são necessários mesmo onde há material normativo anterior. Isso fica mais evidente, por exemplo, na análise e crítica de conceitos da dogmática jurídica, como legítima defesa, terceiro, dever de informar, boa-fé... A abertura para argumentos práticos gerais é constitutiva de tais conceitos e, em todos esses casos, somente (ou principalmente) através desses argumentos é que é possível esclarecê-los, criticá-los e reformulá-los (veja-se ALEXY, op. cit., p.250).

tese da subordinação, sempre que houver casos em que a solução não possa ser derivada conclusivamente da lei, o discurso jurídico não passa de um discurso prático geral por trás de uma fachada jurídica. Já a tese da suplementação afirma que a argumentação jurídica só pode ir até uma parte do caminho, chegando a um ponto em que os argumentos especificamente jurídicos não estão mais disponíveis. É aqui que deve intervir a argumentação prática geral. A teoria adotada por Alexy, entretanto, afirma que argumentos especificamente jurídicos e argumentos práticos gerais devem ser combinados em todos os níveis e aplicados conjuntamente.¹⁰⁷ Essa é a tese da integração.¹⁰⁸ Segundo essa tese, no entanto, apesar de argumentos práticos gerais serem utilizados conjuntamente com

argumentos jurídicos, eles só entram na argumentação sob condições e formas especiais, que aumentam consideravelmente sua capacidade de determinação, devido, principalmente, à natureza institucionalizada do discurso jurídico.

A necessidade de argumentos práticos gerais decorre igualmente da incapacidade do discurso jurídico de resolver todos os problemas que lhe são propostos a partir de seu próprio universo. Os chamados “casos difíceis” constituem um bom exemplo de como muitas vezes é necessário chegar a uma conclusão que não pode ser derivada logicamente do conjunto de normas ou princípios. Nesses casos, o discurso jurídico cede espaço ao discurso prático geral e seus princípios.¹⁰⁹ Isso não transforma a tese da integração na tese da suplementação: o discurso prático, do ponto de vista da

107 “Los argumentos no institucionales que están inmersos en las instituciones pueden ser insertados, integrados y especificados tanto como se quiera, siempre y cuando continúen conservando lo que es esencial para ese tipo de argumentos: su carácter libre y no institucional.” (ALEXY, *La tesis...*, p. 34. Embora tais argumentos sejam inseridos “tanto como se quiera”, eles não conformam, por si só, a decisão. Eles complementam e muitas vezes são imprescindíveis, mas a argumentação jurídica é caracterizada pelo uso e pela decisão a partir de argumentos especificamente jurídicos, sempre que possível.

108 Um exemplo da tese da integração é a regra J.10, do seu código de razão jurídica: “toda proposição dogmática tem de ser justificada recorrendo-se ao menos a um argumento prático geral sempre que seja objeto de dúvida.” (ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.252).

109 “Si l’on ne peut trouver une réponse à ces questions à l’aide des moyens spécifiques du droit, il ne reste que le recours au discours pratique général.” ALEXY, *Idée...*, p.33. Em sentido semelhante: “moral reasons can and must participate in the justification of legal decisions when authoritative reasons run out.” ALEXY, *The nature...*, p.165. A questão de se tais julgamentos de valor tomados sem referência ao material normativo autoritativamente fixado são passíveis de controle e justificação racional é a questão central do “Teoria da Argumentação Jurídica”. Esse problema não será debatido em detalhes aqui, mas para Alexy esse controle pode ser feito ao que ele chama de código de razão jurídica, que se situa no interior de um, mais amplo, código de razão prática. Nesse sentido, ver

primeira, é necessário não somente quando o discurso jurídico não consegue fornecer uma resposta, mas em todos os momentos da argumentação.

Da mesma forma, a pretensão de justificação no Direito, além de o conectar com a moral, cria uma dimensão crítica que lhe dá um caráter ideal. Quem justifica algo, mesmo no contexto de um discurso jurídico, da mesma forma que pretende que sua afirmação seja correta dentro desse contexto, igualmente espera, como já foi visto, que o próprio Direito seja racional. Embora isso nem sempre possa acontecer, o fato de interpretações da lei há muito tempo mantidas serem modificadas, decisões serem revistas, leis criticadas, e mesmo algumas decisões serem proferidas *contra legem*, denunciam o fato evidente da falibilidade,¹¹⁰ e, portanto, da mutabilidade das interpretações. Essa dimensão de justificação leva a novos níveis, mais elevados, de justificação, embora a provisoriedade das decisões sempre seja um componente constitutivo das mesmas. Isso não significa, obviamente, que as decisões

devem ser incessantemente revistas a fim de serem alçadas a graus de justificação mais elevados. O importante, aqui, é que através dessa pretensão é criada a possibilidade de surgirem contra-argumentos que podem ser melhores e eventualmente mudarem a prática de justificação: “con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del derecho.”¹¹¹

Isso só evidencia o que já foi ressaltado e constitui um dos pilares da tese do caso especial: o Direito é dinâmico. Esse dinamismo reflete-se na tese da integração de maneira clara. Porém, esse mesmo dinamismo, advindo do caráter argumentável e livre do Direito, entra em conflito com a necessidade de segurança e certeza jurídica.¹¹² É necessário que haja, portanto, no Direito, alguns elementos estabilizadores, que nem sejam rígidos o suficiente a ponto de impedirem mudanças, nem flexíveis demais a ponto de comprometerem a estabilidade do ordenamento: esse é, em grande parte, um dos papéis da dogmática.

ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.293-299. Para uma crítica do código de razão jurídica, DWARS, Ingrid. La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy. *Archives de Philosophie du Droit*, v..32, p.291-304, 1987, p.302.

110 A falibilidade do Direito evidencia não só o seu caráter dinâmico, como também, como aponta Peczenik, o faz moralmente aceitável: “whoever eliminates defeasibility from the law, must end up with a law open to moral criticism.” (PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v.14, n.1, p.75-105, 2001, p.87).

111 ALEXY, El concepto..., p.126.

112 MacCormick procura resolver essa tensão exatamente através da tese do caso especial. Veja-se MACCORMICK, Neil. Retórica y estado de derecho. *Isegoria*, n.21, p.5-21, 1999.

Dogmatismo, no Direito, é mais do que “the inclination to identify the goal of our thinking with the point at which we have become tired of thinking”.¹¹³ Embora uma investigação mais detalhada já tenha sido feita em outro lugar,¹¹⁴ é importante ressaltar que conceitos da dogmática jurídica não são onde a discussão necessariamente termina, mas onde ela começa; eles fixam pontos de partida a partir dos quais avançamos, sem a necessidade de reabrir a discussão desde o início a todo momento.¹¹⁵ E, apesar de que em algum momento, a fim de se alcançar uma decisão, a discussão terá que parar, isso não torna os dogmas em proposições irrefutáveis.¹¹⁶ A dogmática possui esse duplo viés: por um lado, uma vez aceita uma proposição, ela não precisa ser retida por um período ilimitado; por outro, ela cria uma presunção a seu favor que pelo menos exclui o seu

simples abandono sem nenhuma razão: “a razão para a nova solução tem de ser suficientemente forte para justificar não só a nova solução, mas também o rompimento da tradição.”¹¹⁷

Voltando ao ponto inicial, se argumentos práticos gerais são necessários em todos os momentos da argumentação jurídica, isso não levaria a tese do caso especial a enfrentar uma contradição? Pois a necessidade do discurso jurídico é derivada exatamente da limitação do discurso prático geral, que não oferece pautas definitivas de conduta. Argumentos práticos gerais, ao serem inseridos na argumentação jurídica, realmente levam com eles toda a carga de incerteza presente no discurso prático geral; esse paradoxo é, no entanto, aparente. Isso tanto pelo fato de que o discurso jurídico não se reduz ao discurso prático geral como também à verdade clara e evidente de que o

113 Carta de Lessing para Mendelssohn de 9 de janeiro de 1771 *apud* STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: The University of Chicago, 1953, p.22.

114 ALEXY, *Teoria da argumentação...*, p.252-257.

115 Em sentido semelhante, Jeremy Waldron coloca que o jurista não se aproxima de seu tópico como se ele fosse iniciar a discussão a partir do “Year Zero”: “more often [...], jurist identify a number of fixed points of existing doctrine which a good account [...] of the law must ‘fit’.” WALDRON, *Law and...*, p.5.

116 Muito pelo contrário: eles são sempre “derrotáveis” (defeasible). Isso porque a realidade que o Direito procura ordenar está em constante mudança, e continuamente produz casos difíceis, onde uma exceção a palavra da lei parece ser razoável. Como coloca muito bem Peczenick: “The main source of the defeasibility of legal rules is that our moral reason – which is behind all law – has a spontaneous capacity to find exceptions from old rules, once life confronts us with new situations.” (PECZNENIK, *A theory...*, p.88).

117 ALEXY, *op. cit.*, p.253. Em sentido semelhante, o princípio da inércia de PERELMAN, *Ética...*, *passim*.

Direito nunca pode oferecer uma resposta definitiva e cabal na resolução de conflitos práticos. Isso não o torna menos racional, pois:

*si la racionalidad fuera equiparada con la certeza, ello daría origen a una objeción fundada. Sin embargo, tal no es el caso. La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o no en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan sólo relativa.*¹¹⁸

As questões jurídicas nunca estão completamente encerradas, o que, por certo, traz ao Direito um certo grau de insegurança. Porém, “bajo las condiciones humanas no es posible superar esta medida de razón práctica en el derecho.”¹¹⁹ Não é permitido, portanto, esperar do Direito mais certeza que ele pode oferecer: assim como no homem, a vulnerabilidade¹²⁰ e as incertezas dela decorrentes são essenciais na caracterização também do Direito,¹²¹ ignorar este fato é possuir uma visão deturpada das suas características mais fundamentais.

118 ALEXY, Sistema..., p.176. Em outras tradições esse fato também é reconhecido: “la razón práctica versa acerca de lo operable, que es singular y contingente, pero no acerca de lo necesario, que es objeto propio de la razón especulativa. De aquí que las leyes humanas no puedan gozar de la infalibilidad que tienen las conclusiones demostrativas de las ciencias. Pero no es necesario que toda medida sea completamente cierta e infalible; basta que lo sea en el grado posible dentro de su determinado orden de cosas.” (TOMÁS DE AQUINO. *Summa teologica*. Madrid: Editorial Católica, 1956. v.4, I-II, q. 91, a.3, ad tertium. Para uma discussão mais aprofundada das semelhanças e diferenças entre São Tomás de Aquino e Alexy, RENTTO, Aquinas and Alexy...).

119 ALEXY, Robert. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*, p.176.

120 Recorrendo ao paradigma que sustentou esse artigo, a ética do discurso, é interessante notar que Habermas aponta a moral como fonte de equilíbrio dessa *extrema vulnerabilidade* de sujeitos que se individualizam à medida que se socializam. “As interações sociais que formam o Eu também o ameaçam – através das dependências em que ele se implica e das contingências a que ele se expõe.” HABERMAS, Jürgen. Lawrence Kohlberg e o neo-aristotelismo. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991, p. 96. É nesse sentido que é possível entender a moral “como um dispositivo de protecção que compensa uma vulnerabilidade estruturalmente instalada em formas de vida socio-culturais.” (HABERMAS, As objecções..., p.18.

121 Embora, e esse foi um dos principais pontos debatidos neste artigo, o Direito possua elementos que reduzem (embora não eliminem) essa incerteza, como as condições limitadoras citadas e o fato de a argumentação jurídica ocorrer em formas especiais, segundo regras especiais e em condições especiais.

5. CONCLUSÃO

A tese do caso especial procura conceitualizar uma intuição muito simples e comum na reflexão jurídica: a de que o Direito não pode operar hermeticamente por seus próprios termos. Porém, o fato de a argumentação jurídica depender da argumentação prática geral não diz muita coisa. É preciso especificar em que sentido ocorre essa dependência, quando argumentos práticos gerais devem ser inseridos na argumentação jurídica, como eles podem ser controlados e quais conclusões podem-se deduzir dessa ligação.

Da mesma forma, apesar de simples, não só ela nem sempre foi unânime no Direito como também, ao refiná-la,

é possível fazer-se algumas reflexões que não são tão triviais assim. Através da análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy este artigo procurou tecer alguns comentários sobre a ligação da tese do caso especial com alguns dos temas mais importantes da teoria do Direito, como a relação entre Direito e moral e entre Direito e razão prática.

Se esse ensaio e, obviamente, a tese do caso especial, estiverem corretos, o Direito está conceitualmente conectado com a moral, a dependência do discurso jurídico para com o discurso prático geral ocorre a todo o momento e em todos os níveis, e argumentos práticos gerais devem ser integrados e inseridos a todo o momento na argumentação jurídica a fim de que essa não perca suas raízes na razão prática.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. El concepto y la validez del derecho. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- _____. Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional. *Isonomía*, n. 1, p. 37-49, 1994.
- _____. Idée et structure d'un système du droit rationnel. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 33, p. 23-38, 1988.
- _____. The nature of legal philosophy. *Ratio Juris*, v. 17, n. 2, p. 156-167, 2004.
- _____. On necessary relations between law and morality. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, p. 167-183, 1989.
- _____. Problemas da teoria do discurso. *Revista Notícia do Direito Brasileiro*, p. 244-259, 1996.
- _____. Resposta a alguns críticos. 1996. Esse trabalho integra o posfácio da edição em português de ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001. p. 301-324.
- _____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, n. 5, p. 139-151, 1988.
- _____. Sistema jurídico y razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y*

- otros ensayos*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- _____. *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification*. Tradução Ruth Adler; Neil MacCormick. Oxford: Clarendon, 1989.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. La tesis del caso especial. *Isegoría*, n. 21, p. 23-35, 1999.
- _____. On the thesis of a necessary connection between law and morality: Bulygin's critique. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 138-147, 2000.
- _____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.
- _____. Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica. In: ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho y otros ensayos*. Tradução Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ARROYO, Juan Carlos Velasco. El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas. *Isegoría*, n. 21, 1999.
- ATIENZA, Manuel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, n. 24, p. 671-687, 2001.
- _____. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- ATRIA, Fernando. *The irony of legal positivism*. (Inédito).
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BETEGÓN, Jerónimo. Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección. *Doxa*, n. 21-I, p. 171-192, 1998.
- BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- BULYGIN, Eugenio. Alexy's thesis of the necessary connection between law and morality. *Ratio Juris*, v. 13, n. 2, p. 133-137, 2000.
- DWARS, Ingrid. La rationalité du discours pratique selon Robert Alexy. *Archives de Philosophie du Droit*, v. 32, p. 291-304, 1987.
- FINNIS, John. Natural law and the ethics of discourse. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 354-373, 1999.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. El "derecho como argumentación" y el derecho para la argumentación: consideraciones metateóricas en respuesta a Isabel Lifante. *Doxa*, n. 24, p. 629-653, 2001.
- _____. La tesis del caso especial y el positivismo jurídico. *Doxa*, n. 22, p. 195-220, 1999.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Algo más acerca de la relación entre derecho y moral. *Doxa*, n. 8, p. 111-130, 1990.
- GIANFORMAGGIO, Letizia. La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 14, p. 159-167, 1993.
- GÜNTHER, Klaus. A normative conception of coherence for a discursive theory of legal

- justification. *Ratio Juris*, v. 2, n. 2, p. 155-166, 1989.
- _____. Critical remarks on Robert Alexy's "special-case thesis". *Ratio Juris*, v. 6, n. 2, p. 143-156, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. Acerca do uso pragmático, ético e moral da razão prática. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. *Comentários à ética do discurso*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. Como é possível legitimidade através da legalidade? In: HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- _____. Justiça e solidariedade: para uma discussão acerca do "estádio 6". In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. Lawrence Kohlberg e o neo-aristotelismo. In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. As objeções de Hegel a Kant também se aplicam à ética do discurso? In: HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Tradução Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.
- _____. Observaciones sobre el concepto de acción comunicativa. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Cátedra, 1989.
- _____. Qué significa pragmática universal? 1976. In: HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*. Tradução Manuel Jimenez Redondo. Madrid: Cátedra, 1989.
- _____. A short reply. *Ratio Juris*, v. 12, n. 4, p. 445-453, 1999.
- _____. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*. Tradução Manuel Jimenez Redondo. 4. ed. Taurus. 1987.
- LA TORRE, Massimo. Theories of legal argumentation and concepts of law. An approximation. *Ratio Juris*, v. 15, n. 4, p. 377-402, 2002.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. Una crítica a un crítico del "no positivismo". A propósito de "la tesis del caso especial y el positivismo jurídico", de Alfonso García Figueroa. *Doxa*, n. 23, p. 709-728, 2000.
- MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1978.
- _____. Retórica y estado de derecho. *Isegoria*, n. 21, p. 5-21, 1999.
- MICHELON JÚNIOR, Cláudio Fortunato. *Aulas do curso de História do Pensamento Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ministrado no primeiro semestre de 2005*.
- _____. *Being apart from reasons: a study on the role of reasons in public and private moral decision-making*. Doctoral Thesis. University of Edinburgh, 2000.

- PAVLAKOS, Georgios. The special case thesis. An assessment of R. Alexy's discursive theory of law. *Ratio Juris*, v. 11, n. 2, p. 126-154, 1998.
- PECZENIK, Aleksander. A theory of legal doctrine. *Ratio Juris*, v. 14, n. 1, p. 75-105, 2001.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. In: RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y derecho*. Tradução Luis Villar Borda. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1992.
- RENTTO, J.-P. Aquinas and Alexy: a perennial view to discursive ethics. *The American Journal of Jurisprudence*, p. 157-175, 1991.
- STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: The University of Chicago, 1953.
- TOMÁS DE AQUINO. *Summa teologica*. Madrid: Editorial Católica, 1956. v. 4.
- TUORI, Kaarlo. Etica discursiva y legitimidad del derecho. *Doxa*, n. 5, p. 47-67, 1988.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon, 1999.
- _____. *A dignidade da legislação*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Carta pela valorização das comissões parlamentares de inquérito

Eduardo Kroeff Machado Carrion*

NOTA EXPLICATIVA

O documento abaixo transcrito foi entregue ao Presidente da República, em reunião realizada no Palácio do Planalto em 2 de agosto 2006, por comissão de dez membros, entre os quais quatro (4) ex-presidentes do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, constituída por iniciativa da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República. A minuta do texto, que, para a conformação final do documento, recebeu importantes contribuições dos demais membros da comissão, foi de minha autoria, tendo assumido, ao mesmo tempo, a condição de relator da mesma. Na sessão ordinária do dia 30 de outubro de 2006, o Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil proferiu, por unanimidade, decisão “acolhendo os termos do voto do eminente Conselheiro Federal Alberto Zacharias Toron, no sentido de que a OAB se some à proposta pela ‘atualização e modernização da normatividade infraconstitucional com relação ao funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito’, propondo, como alvitado na ‘Carta Pela Valorização das Comissões Parlamentares de Inquérito’, que, “respeitadas as competências constitucionais dos Poderes da República, a matéria seja discutida pelas entidades da sociedade civil, pelos cidadãos em geral e seus

* Ex-diretor e professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UFRGS. Leciona, atualmente, no Curso de Especialização em Direito Constitucional e na Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP), bem como no Curso Oficial de Preparação à Magistratura do Trabalho da Fundação Escola da Magistratura do Trabalho/RS (FEMARGS).

representantes políticos” (Ofício COP/213/2006 dirigido, em 20 de novembro de 2006, pelo Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. Roberto Antonio Busato, ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Relações Institucionais, Dr. Tarso Genro). Em seu voto, o Conselheiro Federal Alberto Zacharias Toron, designado relator, entre outras observações, salienta: “De minha parte penso que o documento apresentado para análise deste E. Conselho é dessas peças que não merecem nenhum retoque ou acréscimo. Mais: entusiasticamente a subscreveria e, por igual, concludaria este Conselho a fazê-lo”. Acrescenta ainda: “O quanto registrado, por si só, já recomendaria

encampar a idéia consolidada no documento em exame, qual seja, sobre a necessidade de atualização e modernização da legislação que regula o funcionamento das CPIs”. E conclui: “Por estas e muitas outras razões que poderiam ser alinhavadas, opino no sentido de que a OAB se some à proposta pela ‘atualização e modernização da normatividade infraconstitucional com relação ao funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito’, propondo, como alvitrado no documento, que, respeitadas as competências constitucionais dos Poderes da República, a matéria seja discutida pelas entidades da sociedade civil, pelos cidadãos em geral e seus representantes políticos”. EKMC

A CARTA

Excelentíssimo Senhor Luiz Inácio Lula da Silva

Digníssimo Presidente da República Federativa do Brasil

Assunto: Carta Pela Valorização das Comissões Parlamentares de Inquérito

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), previstas no § 3º do artigo 58 da Constituição, são um instrumento importante do controle parlamentar da Administração Pública. Embora a *legislação* seja uma incumbência essencial do Poder Legislativo, o *controle* torna-se crescentemente uma de suas principais

atribuições, favorecendo igualmente um melhor equilíbrio e colaboração entre os Poderes, a responsabilização do Executivo e a transparência da Administração Pública. Podendo ser criadas “pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros”, as Comissões Parlamentares de Inquérito, sem deixarem de ser uma emanção e representação do órgão, expressam também o poder e o papel das minorias parlamentares, eventualmente da própria oposição, que exercem uma função indispensável na cena política democrática.

A origem histórica das Comissões Parlamentares de Inquérito remonta pelo menos ao século XVII na Inglaterra, alguns apontando mesmo suas raízes no século

XIV. Desde então, os mais diversos regimes políticos democráticos recepcionaram, sob diferentes denominações e distintas modalidades, as Comissões Parlamentares de Inquérito em suas Constituições. Revestem-se elas, assim, de dignidade e importância democráticas, tal como tem ensinado a prática histórica.

No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a expressamente prever as Comissões Parlamentares de Inquérito. A partir de então, salvo o interregno das experiências autoritárias, o instituto tem sido aperfeiçoado. A Constituição de 1988, significando novos tempos e reconhecendo sua importância, ampliou o papel e as atribuições das Comissões Parlamentares de Inquérito, em correspondência, aliás, com a ampliação do papel e das atribuições do Congresso Nacional. Passaram, assim, a ter “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”, devendo, entretanto, ser sempre respeitada a competência exclusiva do Poder Judiciário para a prática de determinados atos, a denominada “cláusula de reserva jurisdicional”. Com o novo regime constitucional, sucessivas Comissões Parlamentares de Inquérito foram instaladas, nas mais diversas áreas da atividade social, a denotar sua presença cada vez mais marcante na vida política nacional. A título de exemplo, cabe lembrar a CPI do Caso Collor (1992), a CPI do Orçamento (1993), a CPI dos Precatórios (1997), a CPI dos Bancos (1999), a CPI do Judiciário (1999), a CPI do Narcotráfico (1999/2000), a CPI do Roubo de Cargas (2000/2002), sem referir as mais recentes.

Reconhecida e ressaltada a importância das Comissões Parlamentares de Inquérito, convém sempre lembrar que devem elas, no exercício de suas atribuições, submeter-se ao império da lei e, em especial, da

Constituição. Por isso mesmo, já de há muito e reiteradamente, tem agido, quando provocado, o Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de definir as faculdades e limites constitucionais das Comissões Parlamentares de Inquérito. Nesse particular, cabe destacar o Acórdão prolatado pelo Plenário do STF no MS nº 23.452-1-RJ, relator o Ministro Celso de Mello, paradigmático em grande parte.

Antes de tudo, não se deve pautar-se pelo *princípio da finalidade*. No caso, significa uma investigação para “apuração de fato determinado”. Isso não impede que possam, as Comissões Parlamentares de Inquérito, no decorrer de suas investigações, debruçar-se, nem que seja sob a forma de aditamento, sobre fatos novos que guardem conexão ou íntima ligação com os fatos apurados. Mas não podem, desviar o foco e mudar o rumo das investigações, com o risco ainda de perder-se no emaranhado de temas trazidos a exame. Da mesma forma, embora possam proporcionar momento de exercício agudo da disputa política, não podem transformar-se em elemento rasteiro da luta política conjuntural, contrariando seus altos objetivos institucionais, tal como se deduz do texto constitucional.

Destaque especial deve ser dado aos direitos do cidadão. Inadmissível que as Comissões Parlamentares de Inquérito se transformem em instrumento de abusos e devassas contra particulares, atentando contra direitos constitucionais, máxime quando inexistente nexo causal com os fatos apurados. Muitas vezes, a intimidade das pessoas e das famílias, assim como os negócios particulares do cidadão são levados a público, sem respeito a quaisquer limites. Quando se fala em direitos do cidadão, fala-se igualmente em direitos de defesa do cidadão e, portanto, em prerrogativas de seus advogados, tal como,

aliás, vem sendo reiteradamente reconhecido pelo STF.

Tão ou mais importante do que o pedido de responsabilização civil e criminal dos infratores, tal como previsto no texto constitucional, talvez sejam os resultados e as propostas de aperfeiçoamento das instituições e de medidas, administrativas e legislativas, de prevenção com relação a eventuais futuras infrações. Nesse sentido, importante que os relatórios finais das Comissões Parlamentares de Inquérito concluam-se sempre por propostas legislativas, quando isso for necessário ou conveniente para o resguardo do interesse público.

Seguramente, obedecidos parâmetros mínimos em sua atuação, as Comissões Parlamentares de Inquérito poderão cada vez mais contribuir para o aperfeiçoamento das instituições e para o processo democrático, legitimando-se crescentemente junto à sociedade e à cidadania.

Atualmente, regem, no plano infraconstitucional, o funcionamento e a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, a Lei nº 1.579 de 18/03/1952, alterada pela Lei nº 10.679 de 23/05/2003, a Lei nº 10.001 de 04/09/2000, bem como as normas regimentais: Regimento Interno da Câmara dos Deputados, Regimento Interno do Senado Federal e Regimento Comum do Congresso Nacional.

Desde 1952, quando da edição da Lei nº 1.579, já houve uma rica experiência acumulada com relação às Comissões Parlamentares de Inquérito, que aponta para a oportunidade de um aperfeiçoamento da legislação vigente. Aliás, por iniciativa da atual Presidência do STF, está se consolidando a jurisprudência de nosso Tribunal Constitucional com referência ao tema.

A atualização e modernização da normatividade infraconstitucional com relação ao funcionamento das Comissões Parlamentares de Inquérito, sem que isso possa significar qualquer limitação ao seu importante papel institucional na vida democrática, podem representar um fator de progresso, evitando ademais conflitos desnecessários entre os Poderes da República. Respeitando as competências constitucionais dos Poderes da República, do Executivo, que poderá tomar a iniciativa de um projeto de lei e que terá ainda a responsabilidade da sanção, do Legislativo, a quem cabe finalmente discutir e deliberar, seria de todo conveniente que o debate se tornasse público, trazendo assim a colaboração dos mais diversos segmentos e setores.

Vossa Excelência, na condição de chefe do Poder Executivo da República Federativa do Brasil, poderia propiciar, em conjunto e harmonia com as Chefias dos demais poderes, iniciativas neste sentido.

Esse, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, nosso entendimento sobre a matéria e nossa despretensiosa colaboração para o aperfeiçoamento das instituições republicanas e democráticas.

Atenciosamente,

Américo Lacombe
Dalmo de Abreu Dallari
Eduardo Kroeff Machado Carrion
Eduardo Seabra Fagundes
Hermann Assis Baeta
Luis Carlos Madeira
Marcelo Lavenère Machado
Ovídio Rocha Barros Sandoval
Reginaldo Oscar de Castro
Roberto de Figueiredo Caldas

Família e adoção no melhor interesse da criança

Haikel Weidner Maluf*

INTRODUÇÃO

Ao se falar em adoção, pensamos logo nos procedimentos que levarão ao envolvimento entre uma criança abandonada ou retirada dos pais e um casal impotente desejoso de ter filhos. Também emerge em nosso imaginário a idéia de solução ao problema da criança em situação de risco, criança na rua, vulnerável, sofredora de maus tratos ou negligenciada pelos pais. Porém, a adoção nem sempre corresponde a esta vaga idéia que se faz, um tanto clássica e romântica, de uma infância idílica, que encontra, de uma forma ou de outra, uma saída ou salvação social, cuja imagem está impressa em nosso inconsciente, e, por tantas vezes, vem retratada em filmes. É uma instituição que perpassa os tempos, desde os mais remotos da história do homem, mas não

se mostra de uma forma estática, pois varia de acordo com as concepções de família e infância e as relações que se tecem com o Estado e a sociedade.

Temos, pois, de nos valer de múltiplos campos de conhecimento que nos permitirão visualizar o instituto da adoção, com o maior número de efeitos subjacentes a fim de abordá-lo de uma forma conveniente, isto é, com o mais amplo leque de significados que o mesmo pode ter.

Considerando-se a variedade de enfoques que o tema suscita (tais como: a questão da perda do poder familiar, ou caracterização da situação de abandono da criança; a criação do vínculo com a família substituta; as formas irregulares de adoção; a adoção internacional; adoção por homossexuais; a (im)possibilidade de o adotado conhecer seus pais biológicos, etc), faz-se

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

necessário delimitar a abordagem pretendida, ou seja, estabelecer por qual viés percorrerá o presente artigo.

Com efeito, a legislação acerca da adoção introduzida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e agora praticamente reiterada no Código Civil de 2002, reflete os princípios que foram consagrados pelo referido estatuto, tratando a criança e o adolescente como sujeitos de *todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa* (art. 3º), a partir da doutrina da proteção integral. O debate em torno dessa legislação vem causando polêmica não só entre os profissionais da área do direito, mas mobilizando intelectuais de diversas áreas de conhecimento, uma vez que sua incidência tem importante conotação social, abrangendo aspectos socioculturais, psicológicos, éticos, religiosos e morais.

Como características importantes desta nova legislação, mais que a finalidade em satisfazer casais ou pessoas sozinhas, dando-lhes o que a natureza não permitiu, tem-se a orientação central em conseguir um lar às crianças em situação de vulnerabilidade social e econômica. Em nome do interesse da criança e do adolescente, com o fim de tratá-los de forma mais digna, modificam-se as concepções em relação à criança, por conseqüência, uma nova terminologia é adotada: abandona-se o termo “menor”, carregado de preconceito e estigma, para se referir ora às

crianças abandonadas, órfãos e pobres, ora a delinqüentes, ligados ao mundo do crime, da contravenção e da infração, passando a se referir a “crianças de rua” e “crianças na rua”, “crianças em situação de risco”, ou “crianças em situação de vulnerabilidade social e econômica”.

Sobre os princípios norteadores da adoção, os autores são uníssomos em identificá-la aos princípios constitucionais da prioridade absoluta da criança e da igualdade entre os filhos. Cláudia Fonseca ainda identifica um terceiro princípio emergente, conforme refere:

Vemos então na evolução da legislação a emergência de três princípios “modernos”: além da centralidade do bem-estar da criança, aparecem claramente os princípios de igualdade (dos filhos da família) e da liberdade individual (os pais adotivos impõem a criança aos membros de sua linhagem consanguínea quer estes queiram ou não).¹

Neste contexto, não se pode deixar de referir que a Lei nº 8.069/90 é norma regulamentadora da Constituição Federal, que em seu art. 227 determina:

Art 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além

1 FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo: Cortez, 1995, p.123.

de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

.....

§5º - *A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.*

§6º - *Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.*

Trata-se, dessa forma, de conceber um conjunto de regras que se coadunam com o princípio geral no qual a criança e o adolescente passam a ser vistos como sujeitos de direitos, isto é, detentores de direitos que os colocam na condição de pessoa. Redefine-se o papel do Poder Público, que passa da esfera de órgão responsável pela tutela da criança em estado irregular, conforme a doutrina da situação irregular que embasa o Código de Menores de 1979, para uma função de proteção e garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, conforme a doutrina da proteção integral.

No que concerne à regularização estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, observa-se ainda uma distinção particularmente importante em relação à legislação anterior: “Art. 43 – A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o ado-

tando e fundar-se em motivos legítimos”, ainda em voga em nosso entender apesar de o Novo Código Civil, em seu art. 1625, ter reduzido para apenas um critério, substituindo a expressão reais vantagens por efetivo benefício.

A existência de *motivos legítimos* como condição para o deferimento da adoção remete fundamentalmente à intenção do adotante e sua correspondência com os princípios gerais do ECA e a garantia do bem-estar do menor. A expressão “motivos legítimos” como condição para a adoção foi desenvolvida por Sandra Maria Lisboa (1996). Segundo ela, ao buscar os motivos do pedido, o juiz tem o papel de encontrar nas intenções do adotante os fins próprios do instituto, prevalecendo o bem-estar da criança e do adolescente.²

Já a expressão *reais vantagens* se refere à necessidade de se resguardar prioritariamente os interesses da criança diante dos demais sujeitos envolvidos. Estas prerrogativas reforçam o já constante no art. 29, segundo o qual: “Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.”

A doutrina e jurisprudência vêm, em passos largos, sopesando as dificuldades e contradições do sistema, de modo a torná-lo eficaz, isto é, atingir o fim precípua de colocar a criança em

2 LISBOA, Sandra Maria. *A adoção no estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.63.

família, observados os princípios do maior interesse da criança e seus desdobramentos, conforme já referido. A preocupação em aprofundar o estudo acerca da caracterização do que são *reais vantagens* e *motivos legítimos*, pois, tem sua importância na medida em que são inúmeras as dificuldades que podem emergir quando da caracterização do ambiente sociocultural, econômico, etc, em que será inserido o adotando. Neste sentido, cabe à autoridade judicial o poder/dever de averiguação, já que a adoção de criança ou de adolescente, conforme dispõe o art. 1623 do Código Civil, necessariamente passa por processo judicial.

O problema que se examina é de que maneira vem sendo abordado pelos doutrinadores e pela jurisprudência o princípio do maior interesse da criança e como têm sido asseguradas as *reais vantagens* ou *efeitos benéficos* ao adotando no processo de adoção quando diante de uma situação não prevista, ou seja, quando o procedimento de colocação em família substituta não se deu na via judicial e não observados os passos prescritos na lei.

Sugere-se que, em nome do bem-estar da criança, muitas vezes tem sido desconsiderado pela autoridade judicial o contexto psicológico e social em que

está inserida a criança, circunstância que pode ser decorrência da rigidez da norma, que opta pelo sistema de “adoção fechada” que, de acordo com Maria Antonieta Pisano Motta:

[...] é o modelo de adoção normalmente praticado em nosso país. Refere-se à confidencialidade total. Nele a mãe biológica e os pais adotivos não têm nenhum contato nem trocam qualquer informação. A interação futura entre a mãe biológica e a criança não tem previsão legal. Os pais biológicos deixam de existir ou de ter importância de qualquer ordem, para o desenvolvimento da criança.³

Ao ter como premissa básica a consideração da equiparação da família adotiva com a família “natural”, de maneira única e irrevogável, parecendo, em princípio, representar um avanço por dar fim a qualquer distinção entre filhos naturais e adotivos, o estabelecimento da adoção plena como forma única, conforme refere Cláudia Fonseca⁴ está ligada à noção de família moderna e reflete um determinado contexto histórico, questionando a pesquisadora se ela leva em consideração a importância da rede familiar na realidade brasileira.

Mesmo não desconhecendo a prescrição do art. 167 da Lei nº 8069/90, que possibilita à autoridade judiciária

3 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. “Adoção pronta X adoção pelo cadastro” In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.251.

4 FONSECA, Cláudia. *Op cit*, p.126.

auxiliar-se do trabalho de assistentes sociais e psicólogos envolvidos junto à Vara da Infância e da Juventude, supõe-se que no âmbito processual não há condições de auferir a real situação pessoal, social e econômica que recomenda a lei para fazer frente ao impacto que o processo de adoção implica não só ao adotando como ao adotante, tendo-se claro que nem todas as pessoas têm capacidade para assumir e criar uma criança ou tratar com um adolescente.

1. CONCEPÇÕES DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO NA ESFERA JURÍDICA

A colocação da criança em família é o centro das preocupações do legislador quando refere o maior interesse em termos da adoção. Faz-se necessário, pois, situar a família no tempo e espaço, considerando os aspectos históricos, sociais e jurídicos. A família aqui não só vista enquanto núcleo de primeiro convívio social, no seio do qual a criança será formada, fonte de proteção, segurança, acolhimento, carinho, amor, pertencimento, necessários para sua estruturação pessoal, mas também do ponto de vista jurídico formal, que nem sempre traduz aquela primeira acepção, mas com ela interage e se transforma.

Além de ser o lugar onde se desenvolve a pessoa, na sociedade moderna ocidental, conforme enfatizou

o professor civilista Perlingieri,⁵ a família é um valor constitucionalmente garantido, não contrariando os valores que regem a sociedade civil, e tendo a finalidade precípua de prover a educação e promover os sujeitos a ela pertencentes. A noção de família, então, é potencializada enquanto o *locus* privilegiado de manutenção e reprodução de valores sociais, recebendo, em contrapartida, a tutela do Estado.

De acordo com o doutrinador, o perfil consensual e o afeto são os denominadores comuns do núcleo familiar. O merecimento da tutela não se restringe às questões de sangue, mas sobretudo às afetivas. Dentro disto, garante-se através da adoção aos menores desprovidos deste convívio comunal de afeto, por nunca terem tido ou por terem perdido, a possibilidade de uma estável relação de filiação, com a mesma dignidade da família consanguínea, conforme também refere a constituição.

A formação familiar é digna de tutela, contudo, somente se em seu interior forem respeitados os valores de igual dignidade, moral e jurídica entre seus componentes e a democracia, traduzida esta na igualdade entre seus membros, que agregados à solidariedade, compõem o rol dos direitos e deveres inerentes à família.

Não só à família é observada esta condição, mas é uma exigência a qualquer comunidade integrada na

5 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p.244.

sociedade civil. Há nexos entre as comunidades que intermediam a relação do indivíduo com o Estado, que se baseia no respeito ao pluralismo. Na família, estes princípios se traduzem na igualdade moral e jurídica dos cônjuges e na igual dignidade dos filhos.

À noção restritiva de família atenta exclusivamente na relação entre os cônjuges, justificada pelo aspecto econômico de maximização da capacidade de renda, passa-se, pois, ao princípio do direito do menor à família estendido ao direito de qualquer pessoa a ter família, isto é, desloca-se a problemática da família do âmbito patrimonial para o âmbito dos direitos fundamentais da pessoa. O reconhecimento da paternidade socioafetiva insere o instituto da adoção neste contexto da família eudemonista.

Conforme enfatiza Fachin,⁶ no século XX, vigorou o critério da consanguinidade na definição de família. Citando Clóvis Bevilacqua, arremata a definição de família então vigente como sendo “o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade”.

Porém, nem sempre o fator da consanguinidade legitima uma situação de parentesco e nem todo o parentesco

é definido em razão de relação consanguínea. Ilustra-se a primeira com a inviabilidade do reconhecimento da filiação dos filhos naturais, isto é consanguíneos, tidos de relações extraconjugais na vigência do Código Civil de 1916 até o advento da Lei nº 7.250/84, que alterou a Lei nº 883/49, permitindo o reconhecimento do filho tido fora do casamento pelo cônjuge separado de fato há mais de cinco anos.⁷

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer o *status* de família à união estável, através do parágrafo 3º do art. 226, efetuou louvável avanço à noção até então em voga que reduzia a família àquela situação típica de casamento e da necessária existência de prole. No dizer de Genofre,⁸ entre os juristas conservadores, o reconhecimento da tutela do Estado à família proveniente do concubinato sofreu duas críticas, que reproduzo a seguir:

a) O discriminatório conceito de que, sem prole, sem filhos, não há família, foi defendido por famosos doutrinadores, como Clóvis Bevilacqua, que prelecionava: “designam-se por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie”; Sá Pereira: “Só

6 FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.21 e ss.

7 FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p.23, faz referência à decisão do Superior Tribunal de Justiça, mencionando a limiar abertura das portas dos Tribunais à permissão do reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, ilustrando com decisão do Recurso Especial nº 1109, baseando-se na lei citada.

8 GENOFRE, Roberto Maurício. Família: uma leitura jurídica. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: EDUC/Cortez, 2000, p.99.

será possível se falar em família, quer no campo jurídico, quer na ciência, quando se estiver diante de coisas, pessoas ou idéias ligadas por filiação. b) No tocante ao concubinato, as críticas prosseguem: Pontes de Miranda: “o concubinato não constitui, no Direito brasileiro, instituição do Direito de Família”.

Para estes e outros juristas citados por Genofre, a família legítima restou enfraquecida com o advento da Constituição de 1988. Porém, operou-se uma mudança de paradigma em relação ao conceito de família legítima, resultando no reconhecimento da relevância jurídica da família natural, isto é, aquela não-fundada no casamento (gize-se que o problema é de costume e não de lei e não caberia ao legislador manter uma situação já superada de fato).

Ademais, a revogação da vedação da legitimação do filho natural, bem como o princípio da igualdade entre os cônjuges e da igualdade entre os filhos, vão alterar a estrutura da família, dando-lhe novas roupagens, revelado sobretudo no reconhecimento prioritário do vínculo afetivo, conforme vem se orientando a jurisprudência nas questões referentes aos litígios sobre a adoção entre os pretendentes adotantes com os genitores biológicos.

De outra banda, as novas formas da tecnologia genética, propiciando certeza quase que inequívoca da filiação através dos exames de DNA, revitaliza, por isso mesmo, o respeito à filiação biológica, que ganha novo fôlego nas últimas décadas. Neste sentido, com sagaz sutileza que lhe é comum, a antropóloga professora Cláudia Fonseca⁹ bem sintetizou a implicação do avanço das técnicas de DNA nas relações de parentesco, pontuando que:

Enquanto a legitimidade versus ilegitimidade era a dicotomia reinante da era pré-contemporânea (separando esposas de concubinas, filhos legítimos de bastardos), o sistema atual de classificação tem acentuado a divisão entre parentes “eletivos” e os consangüíneos (Ouellette, 1998). Dito de outra forma, a tendência atual é de comparar o “parentesco de escolha” (baseado acima de tudo na afeição mútua), com o parentesco baseado naquilo que é percebido como os fatos imutáveis da biologia. O mais intrigante na atual configuração é que ambos os termos da equação – tanto as afinidades eletivas quanto os dados biológicos – são altamente valorizados.

Segundo a autora supra citada, ao colocar a afeição como centro, a família nuclear está em desmistificação, com a redefinição das rígidas convenções

9 FONSECA, Cláudia. A vingança de Capitu: DNA, escolha e destino na família brasileira contemporânea. In BRUSCHINI, Cristina; UNBEGAUM, Sandra G. (Org.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, 2002, p.271.

morais por valores centrados na busca pela auto-realização e satisfação emocional, mitigando a concepção de ruptura causada pelo descasamento, tratado como “extensão normal dos valores da família moderna”, desmistificando a máxima freudiana de que produz infelicidade às crianças. Por outro lado há um recrudescimento das concepções biológicas de parentesco, conforme assinala a professora:

*[...] durante as últimas décadas, houve uma recrudescência também das concepções biológicas de parentesco. “O sangue é mais espesso do que a água” é um adágio de extrema importância no modo euro-americano de pensar as relações de parentesco. [...] Enquanto a família de “escolha” descrita acima parece enquadrar o lugar da família no âmbito de uma cultura moldada pelo homem, a noção de sangue, com toda a sua conotação genética, faz com que a família recaia nos imutáveis fatos da natureza”.*¹⁰

Exemplos disto, diz a autora, seriam as freqüentes buscas efetuadas pelas crianças adotadas pelo conhecimento das origens genealógicas ou as tentativas de gerar filhos com vínculos biológicos entre parceiras do mesmo sexo, através de dolorosas técnicas de doação de óvulo ao útero da outra.

A família evolui e confunde-se com a história. E como tal é dinâmica. Esta

dinamicidade permite que identifiquemos hoje uma multiplicidade de configurações familiares, algumas delas já devidamente reconhecidas legalmente como a união estável e a monoparentalidade. Dentre todas estas formas, contudo, resta um denominador comum, bem traduzido por Hironaka,¹¹ nas linhas que seguem:

Mudam os costumes, mudam os homens, muda a história; só parece não mudar esta verdade, vale dizer, a atávica necessidade que cada um de nós sente de saber que, em algum lugar, encontra-se o seu porto e o seu refúgio, isto é, o seio de sua família, este locus que se renova sempre como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social.

2. A ADOÇÃO

Levando em consideração o fato de que a adoção é constituída no sistema legal brasileiro necessariamente através de sentença, ainda que abundem os casos em que ocorrem ao arrepio da lei, através de registro direto ou da simples entrega da criança à família substituta, com vista à posterior regulamentação ou não, assume uma singular importância o exame minucioso

10 Id. *Ibidem*, p.273.

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n 1/7, abril e junho de 1999.

da legislação. Retomando a inserção legislativa do instituto, lembramos que, em âmbito constitucional: 1) o direito à convivência familiar é garantido (art. 227, *caput*, da CF); 2) o Estado tem que assegurá-lo, isto é, promovê-lo. Contudo, pouco tem sido feito em relação à sorte das crianças que, por fatores diversos, acabam em internatos e por lá permanecem até atingirem a maioridade. Em razão disto, pode-se dizer que as práticas de entrega ou empréstimo dos filhos são mais eficazes do que o procedimento formal de adoção para satisfazer o ideal de colocação de toda criança em família.

Ao eger a legislação uma forma ideal de convivência que define como familiar, não exclui outras formas não preconcebidas em lei. Vê-se que por muito tempo não era reconhecida a união estável como formadora do vínculo familiar, mas nem por isso deixou de ser expressiva esta manifestação, acabando por ser reconhecida legalmente.

Também a adoção deve ser tomada como uma instituição, que se manifesta às vezes de forma tangencial à lei, como no caso da *adoção à brasileira*,¹² às vezes de forma displicente com a lei, como na *adoção irregular*,¹³ ou até

mesmo como forma contrária à lei, através de seqüestros ou roubos de crianças de enfermaria, submetidas, ou não, à legitimação pelo judiciário. Os julgadores têm sido sensíveis ao reconhecer a adoção informal socioafetiva como forma suficiente para conferir o estado de filho adotivo, como demonstra a ementa a seguir descrita:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. ADOÇÃO INFORMAL. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO. PATERNIDADE AFETIVA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. PRINCÍPIO DA APARÊNCIA. ESTADO DE FILHO AFETIVO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ATIVISMO JUDICIAL. JUIZ DE FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DA PATERNIDADE. REGISTRO. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja a concentração entre as paternidades jurídica, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades

12 Utilizo-me aqui do esclarecedor artigo de ALMEIDA, Júlio Alfredo de. *Adoção intuitu personae* – uma proposta de agir. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, nº 54 – outubro de 2004 a abril/2005, p.197, em que define: “Como adoção à brasileira, deve ser entendida a situação em que alguém procede ao registro do nascimento e uma criança como se genitor biológico fosse.”

13 “Já adoção irregular, aquela onde o pretendente recolhe a criança ao seu convívio e depois de determinado tempo ingressa com pedido de adoção, valendo-se da alegação de formação de vínculo.” Id. *ibidem*.

familiares. Uma de suas formas é a “posse do estado de filho”, que é a exteriorização da condição filial, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o “estado de filho afetivo”, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõe, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva, e todos os seus consectários. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70008795775, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 23/06/2004.

E não poderia ser diferente, pois, ao Estado compete, diante dos preceitos constitucionalmente previstos, promover a inclusão da criança no

convívio familiar, bem como regularizar as formas de adoção que escapam ao seu controle, por não observarem os procedimentos legislativos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra direitos à criança e ao adolescente, imbuído que está no reconhecimento em tratá-los enquanto sujeitos de direito em situação especial de desenvolvimento e, como tal, merecedores da tutela do Estado. Dentre tais direitos, como desdobramento de norma constitucional, às crianças e aos adolescentes é garantida a convivência familiar. Assim, prioritariamente, ao Estado cabe promover a manutenção dos vínculos da criança com a família de origem.

Somente excepcionalmente (art. 19¹⁴), poderá ser colocada a criança em família substituta, sendo proibidas discriminações relativas à filiação (art. 20¹⁵), observadas as três formas legais para tanto, estabelecidas pelo art. 28 do ECA, quais sejam: a adoção, a guarda e a tutela. A adoção assume importância como instituição que propicia a transferência do menor à família substituta por seu caráter irrevogável em relação aos demais institutos.

Os motivos para a saída da família natural são amplos, desde a perda do poder familiar, abandono, orfandade ou

14 Art. 19. “Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.”

15 Art. 20. “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

simples entrega. Quanto à perda do poder familiar, observa-se o constante no art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente que afirma que: “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.” Ou seja, estas situações podem ser consideradas de intervenção do Estado com o fim de garantia de proteção à criança vítima de quaisquer situações que possam expô-la a tais riscos, não sendo a pobreza motivo para a destituição do Poder Familiar (art. 23 do ECA). Uma vez configurada uma das situações referidas no art. 5º do ECA, as crianças devem ser colocadas em programas de auxílio, comumente, em abrigos de acolhimento.

Porém, as políticas devem-se pautar pela necessidade da reaproximação da criança com a família de origem, geralmente a família de origem. Veja-se a decisão que segue:

EMENTA: ECA. SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER. Em que pese a comprovação do indevido exercício do pátrio poder, impositivo o encaminhamento da família a tratamento e a programas de auxílio com vista à manutenção do vínculo, mormente em face da idade dos infantes, o que praticamente inviabiliza a colocação em família substituta. Apelo desprovido, com a adoção, de ofício, da sugestão ministerial. (Apelação Cível Nº 70005488473, Sétima Câmara Cível,

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/02/2003).

Somente sendo consentida pelos pais biológicos ou atestada sua incapacidade, seja pela falta de interesse, ou por seu comportamento obstrutivo, como uso de drogas, espancamento, ou abuso sexual, é que então se permite falar em extinção do poder familiar.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tratou de instituir uma única forma de adoção, que não só consagra a “adoção plena” prevista no Código de Menores, quanto rechaça outras formas, revogando por completo a “adoção simples”. Foi esta mesma orientação dada pelo art. 1626 do NCC para os casos de adotandos maiores de idade, não vigorando mais nem na forma dos arts. 368 e 378 do antigo Código Civil (adoção simples, revogável, ...).

A padronização do instituto através de uma única forma deve ser entendida à luz dos valores subjacentes à norma, alicerçados na teoria da proteção integral, tratando o interesse da criança como prioridade absoluta.

Com relação ao procedimento da adoção, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como preocupação a necessidade da colocação da criança em família substituta apta (ficando o questionamento do que pode ser considerado como apta). Prevê, em seu art. 50, a necessidade da manutenção pela autoridade judicial de cadastros de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de candidatos a

adotantes,¹⁶ passando estes por avaliação prévia com diferentes profissionais para fins de atestar sua aptidão – compatibilidade e possibilidade de oferecimento de ambiente familiar adequado, nos termos do art. 29. Mediante o sistema de cadastros pode-se garantir o desligamento com a família de origem, evitando que os pais venham a reivindicar a paternidade, indo de encontro às formas de adoção baseadas em convívio prévio, em que prepondera a mera vontade dos pais, em detrimento muitas vezes do interesse dos filhos.

No que se refere aos candidatos adotantes, o procedimento da adoção, conforme estabelece o Estatuto, não se restringe à análise da formalidade do pedido, mas da tomada de medidas para auferir a condição pessoal, social e econômica do adotante, lançando-se mão de estudo psicossocial, se necessário, bem como de visitação *in loco*, conforme recomenda o art. 167, sendo importante os pareceres que constituirão o laudo para a tomada da decisão sobre as condições do adotante, conforme prevê o art. 29, *Não se deferirá a colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado.*

Além disto, aconselha-se acompanhamento psicológico para se inteirar

acerca da visão que o adotante faz do processo de ser pai, de como encarar o filho, e se tem condições de suportar toda a nova situação que a este se impõe.

Convém salientar que a efetivação do procedimento da habilitação tem se tornado uma prioridade, tendo em vista as práticas de adoção dirigidas pelos Juízes da infância e da juventude, conforme demonstram as conclusões nos encontros que se efetivam no RS, particularmente a conclusão de número 10, na matéria cível, do 1º Encontro Estadual de Juízes da Infância e da Juventude, realizado em dezembro de 2002, que refere:

10. Em que pese não ser a priori ilegal, a adoção dirigida não é recomendável, devendo-se adotar cautelas quanto à legitimidade do consentimento materno, bem como promover, como regra, a observância do Cadastro de Pretendentes à Adoção, inclusive advertindo e responsabilizando entidades e pessoas que promovam o agenciamento de crianças para adoção. (Aprovado por unanimidade).

O procedimento legal da adoção, uma vez respeitado, deveria garantir o rompimento dos vínculos, o distanciamento e a ausência de contatos entre os pais adotantes e os pais naturais, em resguardo da criança, para que não venha, posteriormente, a sofrer qualquer tipo de constrangimento. Também visa

16 Ficam excluídas da necessidade do cadastro em se tratando os adotantes com grau de parentesco ou relação de afinidade (art. 28, §2º).

permitir o controle do efetivo cumprimento dos preceitos das reais vantagens à criança, uma vez que submete os pais, pretensos adotantes, à habilitação prévia. Contudo, os julgadores têm entendido que esta não é condição para a adoção, conforme segue:

EMENTA: APELAÇÃO. ECA. ADOÇÃO. HABILITAÇÃO DOS ADOTANTES. AUSÊNCIA. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. A habilitação prévia dos adotantes no registro a que se refere o artigo 50, do ECA, não é condição da ação. Sua inexistência não impõe o indeferimento da inicial. Os candidatos à adotante devem preencher, na ação proposta, os requisitos e pressupostos autorizativos da adoção, respeitando-se eventuais outros interessados, habilitados ou não. Pedido de guarda provisória indeferido, na medida que a análise deve ser feita no primeiro grau. DERAMPARCIAL PROVIMENTO. (SEGredo DE JUSTIÇA). (Apelação Cível Nº 70007563406, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/02/2004).

A persistência de casos de “adoção à brasileira” e de adoção irregular seriam práticas tão contrárias assim ao sistema? Não teria ainda o judiciário formas de apreciar a aptidão dos adotantes, de modo a assegurar as reais vantagens ao infante? E, aprofundando um pouco mais o debate, a antiga “adoção simples” prevista no Código de Menores, que estabelecia espécie de guarda prolongada, seria de todo inadequada, diante das práticas

costumeiras de entrega direta dos filhos para outros cuidarem?

Certo é que, quando posta em juízo, já estabelecidos os vínculos, torna-se difícil a reversão. E é em nome do superior interesse da criança que os julgadores têm legitimado a situação de fato já consolidada, em detrimento dos requisitos formais. A adaptação da criança é condição importante e formal da concessão, assim como a garantia do oferecimento de condições sociais, ambiente familiar adequado, condições morais e econômicas. O interesse preponderante na adoção, enfim, conforme previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a ser do adotado, em nome não de uma prestação de assistência, mas de garantia de direitos fundamentais (ver art. 3º do ECA).

3. PROBLEMATIZANDO AS “REAIS VANTAGENS”, “OS MOTIVOS LEGÍTIMOS” E “OS EFEITOS BENÉFICOS”

Através dos princípios do melhor interesse e doutrina da prioridade absoluta à criança, temos hoje uma legislação preocupada em resgatar a dignidade da criança, em olhá-la como sujeito de direitos, fruto das conquistas dos direitos humanos experimentadas ao longo da idade moderna. Esta legislação trouxe algo de novo na sistemática das leis em nosso direito, em especial no que se refere ao direito de família, substituindo uma tradicional fórmula fechada de descrição de condutas

hipotéticas, com atribuições de conseqüências, legado da época da codificação, em que o Estado de feição liberal colocava o direito de família sob o cânone do direito privado. Seus artigos textualizam princípios, como se pode ver no art. 227 da Constituição Federal e nos arts. 1º, 3º, 4º, 5º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, dando ênfase aos valores que deverão ser considerados quando da aplicação deste ou daquele dispositivo.

Refletindo sobre este conjunto de princípios e valores que dizem respeito à adoção de crianças e adolescentes, principalmente sobre as *reais vantagens, motivos legítimos e efeitos benéficos* conferidos à criança no momento de decidir acerca da adoção, algumas questões merecem ser enunciadas. Primeiro, sobre o destino da criança quando em situação de conflito em que há entrega da criança pela mãe biológica para que outros dela tomem conta, as situações já descritas da *adoção à brasileira* ou da *adoção irregular*, vislumbramos diversas maneiras de conceber as configurações familiares contemporâneas. Em segundo lugar, a entrega dos filhos a familiares ou conhecidos, antes de representar uma exceção, trata-se de prática cristalizada, que por vezes chega aos tribunais. Seja por motivos de falta de condições econômicas, por força de circunstância excepcional (viagem a

trabalho, troca de moradia, etc), por falta de interesse em criar filhos, as crianças acabam formando novos vínculos afetivos, circunstâncias que colocam desafios aos profissionais que lidam com a criança e o adolescente.

Observa-se que há no Brasil expectativas conflitantes entre a mãe natural e os pais adotivos. A primeira, por não ter condições de criar o filho, entrega-o à família onde será o mesmo criado, mas espera que o filho venha a lhe amparar em um momento futuro. Os segundos, que empreenderam todo um esforço na educação, esperam por um retorno. Os conflitos, então, se tornam mais ásperos no momento em que o filho entra na idade adulta tendo condições de auxiliar na “rede de ajuda mútua”.

A genitora que aceita colocar seu filho pode achar que está agindo pelo bem tanto do filho quanto da mãe adotiva. Pode esperar, em troca, uma certa retribuição da mãe adotiva. Não considera necessariamente que tenha aberto mão de seu direito de ser amparada pelo filho, uma vez que este tenha crescido. [...] A mãe adotiva, ..., a acentuar as tribulações provenientes da lida materna cotidiana, apresenta a criança como um ‘peso’, deixando subentendido ser ela a merecedora de eventuais recompensas futuras.¹⁷

Indaga-se se o que ocorre entre uma família e outra é passível de se

17 FONSECA, Cláudia. 1995, *Op. cit.*, p.127-128.

reduzir a uma única forma de resolver o problema da adoção. Sob este aspecto, a plena adoção, tal qual foi legislada, primeiro no Código de Menores e, após, na Constituição, não seria um recurso acionado principalmente por pais adotivos das camadas médias?

Observa-se que em determinados países ocorrem casos distintos de adoção, considerada como adoção aberta, em que os pais contribuem na decisão de qual família é a mais adequada para a criação do filho, ou seja, a mãe biológica não é excluída deste poder decisório. No Brasil, nosso sistema optou pela “adoção fechada”, em que não há ligação entre as famílias, tendo os vínculos rompidos e o registro “apaga” as origens. Através deste procedimento, obedece-se às listas de espera de pretendentes adotantes.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. DOIS CASAS HABILITADOS NO JUIZADO. DISPUTA. Criança recém nascida sem laços afetivos formados. Neste caso, a questão deve ser resolvida pela ordem de preferência da lista de adoção. Critério objetivo que busca colocar em ordem as pessoas interessadas em adotar e evita eventual transação de criança pelos genitores. PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DESPROVIDO.¹⁸

Sucintamente, a decisão veio de encontro à chamada “adoção pronta”, também denominada de “*intuito persona*”, que, segundo MOTTA,¹⁹ trata-se da “*escolha dos pretendentes pela mãe biológica*”. As adoções prontas não são comumente aceitas pelos juízes, por ocultarem situações ilegais ou perigosas para a criança, ou por não se saber da intenção da mãe biológica, tampouco das condições dos candidatos adotantes, ou ainda, por prevenção de dificuldades que poderiam advir do contato entre as famílias. Há nestas decisões a crença de se estar garantindo o melhor interesse da criança. Porém, Motta identifica que:

[...] a atualmente tão decantada busca do maior interesse da criança é por vezes tratada como elemento isolado, alienado e que deve ser perseguida sem que nos demos conta que não podemos isolar a criança de seu contexto, das pessoas que a cercam, para perseguir seu interesse. Sem isso, a ‘busca do maior interesse da criança’ será retórica vazia, carente de significação.²⁰

A resistência das mulheres em enfrentar o processo legal de entrega acarreta prejuízos não só à criança, que

18 Apelação Cível nº 70013077656, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Guilherme Englert, julgado em 15/12/2005. *in*: Revista de Jurisprudência. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 254, maio, 2006, p.216-219.

19 MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Op. cit.*, p.248.

20 *Id. Ibidem*, p.259.

é levada e acaba por permanecer em instituições, ou é entregue à “adoção à brasileira”, às avessas do Poder Judiciário, como também à própria mãe, que acaba por não conseguir superar a dor da perda, buscando em nova gravidez substituir o filho perdido, caindo assim em círculo vicioso. Urge, pois, viabilizar o caminho legal da entrega, buscando atrair a mãe biológica; para tanto, porém, faz-se necessário repensar a sistemática procedimental da adoção. Quem sabe a inclusão da mãe biológica na vida da criança adotada não seria uma forma menos traumática e que melhor responde aos interesses dos envolvidos?

Outro aspecto a salientar é que o ato de entrega da criança para adoção nem sempre pode ser entendido como definitivo, pois depende das circunstâncias em que a mãe e/ou pai encontram-se envolvidos, inúmeras vezes em situação econômica e social precária – como desemprego e alcoolismo – levando-os a uma situação limite e até mesmo desesperadora sob o ponto de vista do equilíbrio emocional. Segundo pesquisa da antropóloga Cláudia Fonseca esta é uma situação que envolve muita ambigüidade, pois refere à forma de que cada um vê a posição de filho e de mãe. Veja-se neste sentido a citação abaixo:

Mães que entregam os filhos a outros consideram que sacrificaram suas

prerrogativas maternas em benefício destes; elas regalaram os pais adotivos com a graciosa presença de uma criança, assegurando ao mesmo tempo um contexto familiar decente para seus rebentos. Esta idéia de sacrifício materno é subjacente aos esforços que ocasionalmente se vê uma mãe biológica fazer para extrair ajuda material do tutor de sua criança; a idéia implícita é: ‘Eu te emprestei meu filho, agora o que tu vais me emprestar?’²¹

Neste sentido, seria talvez forçosa a constatação de que o agir da mãe caracterizaria uma situação de negligência e abandono da criança; porém, é um dos fundamentos que se utilizam os julgadores para solucionar a questão do ponto de vista legal, em nome do melhor interesse da criança. Veja-se, nestes termos, a decisão que segue:

Apelação Cível nº 70001790039 – 7ª Câmara Cível – Des. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos. Apelação. Adoção. Estando a criança no convívio do casal-adotante há aproximadamente 04 anos, já tendo desenvolvido vínculos afetivos e sociais com os mesmos, é inconcebível retirá-la da guarda daqueles que reconhece como pais, mormente, quando a mãe biológica demonstrou interesse em dá-la em adoção, arrependendo-se posteriormente. É perceptível que o vínculo afetivo da menor, a esta altura da vida, se encontra bem definido na pessoa dos

21 FONSECA, Claudia, 1995. *Op. cit.*, p.36.

*apelados, e que deve-se prestigiar, como reiteradamente temos decidido neste Colegiado, a paternidade sócio-afetiva sobre a paternidade biológica, considerando-se o superior interesse na criança. Negaram provimento.*²²

Conforme se denota, há uma centralização nas informações obtidas pelo laudo da assistente social e pelo laudo psicológico, em que são detectadas situações que caracterizam um bem-estar da criança. Apesar de não haver referências ao Estatuto da Criança e do Adolescente no acórdão em questão, subentende-se que a decisão está imbuída dos princípios norteadores da referida legislação: a família substitui a família natural e o que importa é a “garantia dos interesses do infante”, e estes residem basicamente em ser “bem ajustada” ao núcleo familiar; “bem cuidada” (assistência integral compatível) e tendo o “indispensável afeto”.

Contudo, cabe questionar em quais circunstâncias a mãe “demitiu-se do pátrio-poder”, para utilizar uma linguagem corrente. Parece ter havido um momento difícil. A mãe, ao buscar emprego em Porto Alegre, deixou a filha em Rio Grande com os adotantes, de forma provisória, projetando para um futuro a vida com a filha, momento em que estaria mais segura sob o ponto de vista financeiro e afetivo. Suas ações são no sentido de estruturar uma família, nutrindo a esperança de recompor os

laços de filiação e assumi-los em melhores condições.

As condições econômicas, embora explicitamente dito no acórdão que não são fundamentais para a destituição do *Poder Familiar*, também não são irrelevantes no momento de conflito e decisão entre a filiação biológica e a filiação afetiva. Apesar de não se considerar como fundamento para a destituição do *Poder Familiar* a situação econômica, há uma recorrência em tantas decisões de casos similares em caracterizar a fragilidade infantil do ponto de vista material antes de fatores psicológicos, no que se refere às atribuições e compromissos das mães biológicas para com seus filhos.

CONCLUSÃO

Preocupado em entender a atual sistemática legislativa da adoção, considerando seu necessário envolvimento com a vida das crianças e adolescentes, bem como a preocupação em mantê-los no convívio familiar, e a responsabilidade do Estado em promover este bem estar, analisando a transformação da legislação e observando sua aplicação das decisões judiciais, busquei visualizar a adoção enquanto um instituto que abriga toda uma complexidade que a transferência da criança da família biológica à família substituta acarreta.

Fez-se necessário, para tanto, observar as alterações do olhar dos

²² *Revista de Jurisprudência*. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 207, agosto, 2001, p. 347-350.

entes públicos sobre a criança, que recaia, em princípio, na criança pobre e desassistida, já que a ela residiam as atenções e preocupações dos representantes do poder público, quando ainda não se falava em promoção da inclusão social ou manutenção da família, mas no potencial risco que representavam os menores nas ruas.

Fruto da doutrina da proteção integral à criança, disposta tanto na Constituição Federal de 1988, como advindas das discussões entre a ONU e UNICEF que desembocaram na Convenção dos Direitos da Criança de 1989, em 13 de julho de 1990 foi promulgada a Lei nº 8.069 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Inserido nos mesmos princípios norteadores que viam assegurar às crianças e aos adolescentes a proteção integral, ou seja, o tratamento com dignidade, como sujeito de direitos, o procedimento da adoção sofrerá transformações. Além da garantia da igualdade do filho adotivo com o filho natural, novos critérios mais específicos deslocam o olhar dos julgadores dos aspectos formais do processo para os aspectos mais ligados à realidade das famílias envolvidas, a fim de que sejam respeitados os melhores interesses da criança.

A existência de formas institucionalizadas socialmente mencionadas, chamadas de “adoção à brasileira” e “adoção irregular” apesar de revelarem ambigüidades de intenções das pessoas envolvidas, acabam por cumprir o objetivo de assegurar os interesses da

criança, como prioridade. Há uma forte predisposição dos magistrados em equiparar a filiação biológica à filiação afetiva e, assim, albergar tais situações de fato constituídas, conferindo-lhes legitimidade.

Contudo, há um apego em uma visão ideal de família, com uma idéia preconcebida de paternidade, maternidade e filiação. Nestes casos de entrega direta do filho aos pais pretensamente adotivos, há uma dificuldade em aceitar a vontade dos pais biológicos, identificando uma situação de negligência e renúncia do *Poder Familiar*, dando pouca importância às justificativas destes pais, em nome do interesse da criança. Há uma dificuldade em aceitar a idéia de que tenha-se dado um “empréstimo” do filho, isto é, uma entrega de forma temporária (provisória) e, ainda que a situação acabe por perdurar, há uma credibilidade que não pode ser desconsiderada de que a mãe biológica agiu em favor do bem-estar da criança ao escolher uma família que possa vir a deixar marcas na criança que considera importante.

Se a entrega do filho a outros pais dá-se em razão de desespero por dificuldades pessoais, estreitamente vinculadas à carência financeira, com a pretensão da mãe a vir a melhorar de vida e então reconstituir o lar, a decisão que caracteriza a renúncia ou negligência representa uma violência contra estas expectativas, que não podem ser, de maneira alguma, opostas aos interesses da criança.

Por estas razões, a adoção se coloca enquanto um desafio para os profissionais do direito, que são levados a conhecer a fundo a realidade das partes envolvidas, tendo que se familiarizar com os conhecimentos de outras disciplinas que se pautam nos estudos da família. Fundamentalmente, observa-se que a interpretação das razões que levaram aos

pais agirem deste ou daquele modo acaba por ser central na decisão. Neste sentido, noções emprestadas da sociologia, da antropologia e da psicologia são de muita valia, já que há a demanda por um esforço em desapegar-se dos valores e preconceitos e ouvir a voz do outro para que sejam garantidas as reais vantagens à criança.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Júlio Alfredo de. Adoção *intuitu personae* – uma proposta de agir. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 54 – outubro de 2004 a abril/2005.
- FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade: relação biológica e afetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- FONSECA, Cláudia. A vingança de Capitu: DNA, escolha e destino na família brasileira contemporânea. In BRUSCHINI, Cristina; UNBEGAUM, Sandra G. (Org.) *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo, Fundação Carlos Chagas, 2002.
- FONSECA, Cláudia. *Caminhos da adoção*. São Paulo: Cortez, 1995.
- GENOFRE, Roberto Maurício. Família: uma leitura jurídica. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (org.). *A família contemporânea em debate*. 3. ed. São Paulo: EDUC/Cortez, 2000.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 1/7– Abril, Maio e Junho de 1999.
- LISBOA, Sandra Maria. *A adoção no estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. “Adoção pronta X adoção pelo cadastro” In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Revista de Jurisprudência*. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 207, agosto, 2001.
- Revista de Jurisprudência*. Estado do Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça, nº 254, maio, 2006.

Aceitação, interpretação e objetividade: um ensaio sobre a juridicidade de regras e princípios no projeto *hart-dworkiano*¹

Lucas Dutra Bortolozzo*

INTRODUÇÃO

Este artigo é, antes de tudo, uma tentativa de compreender o debate entre Hart e Dworkin. O filósofo Ronald Dworkin, em seu *The Model of Rules*,² ao criticar a posição juspositivista, mais especificamente na concepção de H.L.A. Hart, começa este debate, o qual termina com o pós-escrito de Hart ao “Conceito de Direito”. O debate Hart/Dworkin é habitualmente compreendido como um conflito entre duas posições – positivismo e, digamos, reconstrutivismo – absolutamente antagônicas. Neste ensaio, tentar-se-á mostrar que, subjacente ao positivismo hartiano

e ao reconstrutivismo dworkiano, está um mesmo projeto filosófico, a saber, sobre a objetividade e a certeza no fenômeno jurídico. E que, neste projeto, ambos são complementares.

O ensaio está dividido em duas partes. Primeiro, propõe-se uma interpretação da obra de Herbert Hart, qual seja, sobre: 1) os limites da noção de aceitação compartilhada – fundamento da regra de reconhecimento hartiana – para a compreensão do fenômeno jurídico e 2) a objetividade do conceito de regra proposto por Hart como uma resposta à concepção autonômica de objetividade denominada “ceticismo externo”.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1 Este texto é o resultado da etapa inicial de uma pesquisa orientada pelo professor Cláudio Michelin, ao qual muito agradeço pelas críticas e sugestões.

2 Utilizo, ao invés do artigo original, a reformulação feita por Dworkin no segundo capítulo de DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira) São Paulo: Martins Fontes. 2002. 568 p., denominado Modelo de Regras I., a partir de agora LDS.

Na segunda parte, tenta-se analisar Dworkin, por assim dizer, dworkianamente. Tenta-se compreender a obra de Dworkin como um todo coerente e, deste todo: 1) retirar conceitos fundamentais sobre o projeto filosófico referido, por exemplo, o conceito – tão mal compreendido – de princípio jurídico ou da tese da única resposta correta e 2) perceber como estes conceitos, em conjunto com a interpretação da regra de reconhecimento proposta anteriormente se interlaçam em uma mesma teoria sobre a objetividade no fenômeno jurídico.

1. HART E O CETICISMO EXTERNO

Herbert Hart, ao construir sua teoria, descarta a noção de objetividade como autonomia, ou seja, a posição segundo a qual os participantes de determinada prática social – aqui nos interessa o direito – não podem determinar o conteúdo dessa prática, mas somente recebê-lo. Em outras palavras, não compreende a proposta que há uma completa oposição entre o sujeito (participante da prática) e o objeto (prática em si). Neste ponto, portanto, tentar-se-á explicar: 1) a concepção de objetividade subjacente à teoria hartiana, 2) como esta concepção enfrenta a concepção autonômica, 3) os limites da

posição de Hart e 4) como ela está pressuposta na teoria de Dworkin.

Segundo Hart, os conceitos que utilizamos estão intrinsecamente conectados aos ambientes nos quais o apreendemos. Ao adentrarmos, como estranhos, em um determinado grupo social, passaríamos a reconhecer autoridade quando integrantes deste grupo utilizam o que para nós são novos termos.³ No entanto, após apreendermos esta relação termo-situação, passamos, igualmente aos outros integrantes do grupo, a participar desta comunidade. Isso significa que aceitamos suas regras, mas também que temos autoridade, como os primeiros participantes, para constituí-las. Podemos também determinar seu significado através de um consenso social.

O grande insight de Hart, neste ponto, foi conseguir construir critérios públicos, não somente subjetivos, mas, e essencialmente, compartilhados pelos sujeitos dentro de uma determinada comunidade. Desta forma estabeleceu um método de teorizar contra o ceticismo jurídico, principalmente em relação à objetividade nos domínios normativos.⁴ Por isso, a postura cética que somente “admite a utilização de enunciados jurídicos (como a de qualquer outro enunciado) desde que esses enunciados

3 Para a relação entre o direito e a moral no pensamento de Hart, Cf. HART, Herbert. *Positivism and the separation of law and morals*. In: DWORKIN, Ronald (Org.). *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press. 1977. cap. 1, p.17-37.

4 MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*,... p.119.

não sejam considerados afirmações sobre como as coisas realmente são”⁵ deve ser descartada.

O critério de objetividade de qualquer regra social (regras jurídicas, por exemplo) é esta ser um padrão de crítica compartilhado que nós utilizamos para julgar nossas perspectivas subjetivas. Baseando-se, então, na análise da linguagem ordinária utilizada nos tribunais, Hart busca mostrar que é possível depreender, deste fenômeno social, um enunciado que explicita a origem do fundamento de juridicidade para qualquer sistema jurídico. Só é necessário uma aceitação compartilhada deste enunciado pelos participantes desta prática social (em nosso caso principalmente juízes).

O que significa, no entanto, aceitação? Hart afirma que “aceitar” não é

somente observar um comportamento. E não poderia sê-lo, obviamente, já que hábitos sociais possuem igualmente essa observância, não sendo possível a distinção entre hábitos e regras⁶ devido somente a este critério. “Aceitar” também não significa ter uma aprovação ético-política.⁷ “É possível aceitar um padrão de comportamento ainda que o consideremos desvalioso do ponto de vista ético-político”.⁸

A aceitação de um comportamento pode ser percebida quando o seu desvio é visto como um erro, existindo uma compartilhada pressão social negativa como resposta a este erro. “Aceitar”, portanto, é utilizar um padrão como um modelo ideal, que possa justificar e estabelecer críticas aos comportamentos considerados inadequados.⁹

Para Hart, é fundamental perceber que a aceitação é um fenô-

5 MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*,... p.123.

6 A distinção entre hábitos e regras é, dentro da teoria hartiana, fundamental. Ambos, de fato, possuem um mesmo aspecto externo, uma convergência de comportamentos. No entanto, diferem com relação à capacidade de provocar uma posição crítica, um aspecto interno que o hábito não possui. De fato, não criticaríamos um casal que tem por hábito alugar filmes todos os finais de semana por não tê-lo feito neste último. Por outro lado, tranquilamente criticaríamos aqueles que passaram por um sinal vermelho durante o dia. Este aspecto interno que possui a regra constitui em uma atitude crítico-reflexiva daqueles que percebem uma obrigatoriedade neste comportamento, tornando-o não-facultativo. A regularidade de comportamento é condição necessária e suficiente para a existência de um hábito, mas é apenas condição necessária para a existência de uma regra. Sobre a distinção entre hábitos e regras no pensamento de Hart. Cf. MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*,... p.136.

7 CATANIA, Alfonso. *L'acetazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, v. 48, n. 4, p.261-279, 1971, p.262.

8 MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*,... p.138.

9 O uso e a aceitação de padrões estão intrinsecamente conectados. Não pode haver a aceitação de qualquer critério (inclusive da validade jurídica) se estão sendo utilizados outros distintos. “Quando usamos outros critérios, significa que não aceitamos o mais precedente, mas sim aqueles dos quais estamos nos servindo”. CATANIA, Alfonso. *L'acetazione* ,... p.278.

meno social, não individual, é o compartilhamento de um critério público de julgamento. Isso significa que não se pode falar em regras individuais,¹⁰ já que de aceitação social depreende-se uma utilização de um padrão por larga camada do grupo.¹¹ Também não é a aceitação o resultado de uma deliberação. Não se escolhe viver em uma comunidade, visto que estar em uma não é uma questão física. É, principalmente, uma questão de compartilhar uma cultura, uma linguagem.

A posição de Hart possui, no entanto, seus problemas: os critérios de aceitação precisam ser públicos, compartilhados, consensuais. A questão é perceber que mesmo que exista certo consenso, é necessário descobrir até que ponto ele existe.

Criticando Hart no que toca aos limites de sua concepção de objetividade como consenso social, Dworkin aponta para a possibilidade três discussões possíveis dentro de um processo jurisdicional: sobre fatos (o que aconteceu?), sobre o direito (qual a

regra pertinente?) e sobre a moralidade política (a regra é justa, e, se não for, deve ser ignorada pelo juiz?).¹² Nos importa aqui somente a segunda questão. O que significa o fato, por exemplo, de dois advogados discutirem o significado e, conseqüentemente, a forma de aplicação de um mesmo artigo ou conjunto de artigos? Que discussão é essa? Onde reside esta divergência? A pertinência destas perguntas reflete a existência do que Dworkin chama de divergência teórica. Distinta de uma divergência empírica, quando se discute a existência de uma regra para o caso,¹³ os juristas, na absoluta maioria dos casos, também discutem sobre o que esta regra “quer dizer”. Discutem, em suma, qual o sentido de uma mesma proposição jurídica.

O direito, para Dworkin, não está determinado antes que se faça nenhum juízo sobre ele. Hart, de fato, nos diz quais são as regras que devem ser utilizadas, entretanto, não explica como utilizá-las. Esta visão de que o direito está “determinado antes e indepen-

10 MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*,... p.139.

11 A quantidade de pessoas que aceitam um padrão não algo fundamental para a determinação de seu caráter público. É o resultado de um grande consenso, algo paradigmático. Como explica o professor Michelon “a pergunta sobre quão genérica deve ser essa aceitação é um mal entendido no mesmo sentido de que a pergunta sobre quantos fios de cabelo deve ter para não ser careca é um mal entendido. Em outras palavras, a diferença é lógica, não estatística.” Cf. MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*,... p.140.

12 DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002, p.6. A partir de agora, ID.

13 DWORKIN, Ronald. *Império*..., p.8.

dentemente dos juízos que sobre ele façam”¹⁴ é chamada por Ronald Dworkin de ‘agulhão semântico’

Hart sofreu este agulhão. Ele construiu o que Dworkin chama de uma “teoria semântica”, que tem como pressuposto que os juristas, ao utilizarem os mesmos critérios para decidir quando uma proposição jurídica é verdadeira, estariam igualmente de acordo com relação ao que o direito é.¹⁵ Este fenômeno, entretanto, não ocorre. Os fundamentos do direito na teoria hartiana, uma aceitação compartilhada dos juizes e funcionários públicos sobre os critérios de juridicidade, uma aceitação que pode ser percebida pela análise da linguagem ordinária utilizada por estas pessoas, pressupõe um consenso que não existe, ou pelo menos não existe nos exatos termos de Hart.¹⁶

A linguagem, e mesmo Hart aponta para esse fato,¹⁷ não é sempre clara ou precisa, existindo, então, casos cinzentos. Para Hart, esses casos seriam apenas limítrofes, tendo na grande

maioria dos casos um grau maior de certeza. Essa constatação, quando se percebe a existência – e a importância – da divergência teórica, mostra-se falsa. A utilização do que Hart denomina de poder discricionário, antes de ser uma exceção, seria a regra, isto é, aconteceria em quase todos os casos. Dworkin, por isso, pergunta-se:

*Como poderiam pensar ter argumentos favoráveis à decisão essencialmente arbitrária de usar a palavra em um sentido, e não em outro? Como poderiam pensar que decisões importantes sobre o uso do poder do Estado pudessem se transformar em um mero jogo de palavras?*¹⁸

Para que se possa admitir que o direito não seja somente um jogo de palavras, segundo Dworkin, deve-se aceitar a divergência e passar a trabalhar com ela. Os juristas precisam perceber que, ao falarem sobre o direito, acabam – mesmo que involuntariamente – invocando a paternidade sobre seu

14 GESSINGER, Rafael Koerig. *O Direito e a Filosofia Prática no Pensamento de Ronald Dworkin*. Dissertação de mestrado, UFRGS, 2002. p.11.

15 DWORKIN, Ronald. *Império...*, p.41.

16 Endicott afirma que este é o desafio mais fundamental que Dworkin fez a Herbert Hart: is the interpretativist chalange: (i) that Hart thought that the fulcrum of disagreement is a set of shared criteria for the application of legal concepts, and (ii) that we typically do not share such criteria. [...] That means that Hart’s theory cannot explain how law accomplishes what Hart considered its basic function: to provide standards that guide behaviour. ENDICOTT, Timothy. *Herbert Hart and the Semantic Sting*. In COLEMAN, Jules (ed.). *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.39.

17 HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 3.ed. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1994, p.139.

18 DWORKIN, Ronald. *Império...*, p.50.

significado, supondo que o ser humano é capaz de perceber o conteúdo de textos e práticas realizados por outros homens, até em épocas distintas, sem contaminar o conhecimento com suas próprias idéias.¹⁹

Segundo Dworkin, a única forma de *extrair* o aguilhão semântico é ignorar as teorias semânticas do direito e admitir que o direito precisa ser considerado como uma prática interpretativa. Ressalva-se que Dworkin está oferecendo, não uma teoria sobre a interpretação jurídica, mas uma teoria *interpretativa do direito*. O direito seria dividido em três fases: uma pré-interpretativa, na qual se reúne o material consensualmente admitido como jurídico; uma interpretativa, na qual o intérprete constrói uma teoria moral para explicar os elementos dispostos na primeira fase e uma fase pós-interpretativa, quando o intérprete conecta o resultado de sua teoria moral com o material jurídico da primeira fase, a modificando para o próximo caso. Para o filósofo americano, este novo conceito de direito seria a única forma possível de mostrar como um problema interno e subjetivo (dissenso sobre o significado do material jurídico utilizado) não acabará por justificar algo objetivo (a coerção estatal).

Devido às críticas de Dworkin centrarem-se nas falhas do conceito

semântico de objetividade de Hart, um dos principais pilares da teoria positivista hartiana, a regra de reconhecimento, sofre igualmente importantes apreciações. Para Dworkin, a regra de reconhecimento não poderia identificar todo o material jurídico porque:²⁰

Argumentamos em favor de princípios debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. [...] Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única ‘regra’, por mais complexa que fosse.

A teoria interpretativa de Dworkin, no entanto, pressupõe uma espécie de regra de reconhecimento. Hart, apesar de não perceber as verdadeiras críticas de Dworkin, aponta para este fato, já que mesmo o processo interpretativo de Dworkin possui aberturas para a doutrina da regra secundária. No momento em que o americano distingue uma etapa pré-interpretativa, no qual se determina qual material institucional será interpretado, aceita, de fato, algo muito semelhante à regra de reconhecimento. A diferença reside no fato que Dworkin, ao invés de falar em uma regra baseada na aceitação daqueles que aplicam o direito, fala em “consenso” e “paradigmas” que aqueles que irão interpretar compartilham.²¹

19 GESSINGER, Rafael Koerig. *O Direito*,... p.40-53.

20 DWORKIN, Ronald. *Levando*,... p.65.

21 HART, Herbert. *O Conceito*,... p.329.

Apesar de Hart, acertadamente, afirmar que a teoria de Dworkin pressupõe uma regra de reconhecimento, esta é absolutamente distinta da maneira como é apresentada pelo autor inglês, já que não visa mostrar o fenômeno jurídico “como ele é” e aceita que, na verdade, parte do fenômeno jurídico trabalha diretamente, e sempre, com a moralidade subjetiva do juiz, ou seja, de qual sentido deve ter o material jurídico.²² No intento de mostrar o direito como ele é,²³ Hart acaba compreendendo a parte como se fosse o todo. Dworkin, então, não está negando a possibilidade da existência de uma regra de reconhecimento, mas seu limite e, tendo este em vista, sua verdadeira função.

Paul Gaffney faz uma distinção que clarifica as propostas de Dworkin no que toca a regra de reconhecimento:

esta possuiria duas funções, uma epistemológica (identificar o material jurídico) e outra semântica (conhecer o direito).²⁴ Hart, obviamente, não faz esta distinção, já que, para ele, essas duas funções estão intrinsecamente conectadas. O direito estaria pronto (a regra de reconhecimento o teria identificado previamente ao caso) e só precisaria ser aplicado.

Dworkin, por seu turno, considera as duas funções absolutamente distintas, mostrando que a regra de reconhecimento hartiana, na verdade, só poderia cumprir a primeira função plenamente, ou seja, identificar as fontes do direito consensualmente estabelecido. Em outras palavras, mostra quais padrões são compartilhados como jurídicos, mas não diz o que fazer com eles. Para Dworkin, ao

22 Hart, como mostramos no capítulo anterior, não analisa no fenômeno jurídico o problema da justificação das decisões judiciais. Como diz Stavropoulos, “Relations of justifications are not legitimate for Hart. Not only does he say thios account is descriptive; moreover, what justifies use is too far way from the surface of use, too deep to be acceptable to him.” Cf. STAVROPOULOS, Nicos. *Hart's Semantics*. in COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.77.

23 Na verdade, a relação entre o direito e a moral sempre foi encarada por Hart tendo em vista duas crenças filosóficas: primeiro, suas dúvidas sobre a objetividade da ética e de todos os juízos valorativos, e segundo, sua crença na objetividade do direito. Cf. RAZ, Joseph. *Two Views of the Nature of the Theory of The Law*, in COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p.5.

24 “A rule of recognition serves an epistemic purpose when it sets out tests for verifying the legality of other rules and norms. It serves a semantic purpose when it sets out truth conditions for propositions of law. The two purposes are not the same, and not every rule of recognition serves both purposes at once.” GAFFNEY, Paul. *Ronald Dworkin on Law as Integrity: Rights as Principles of Adjudication*. Lewiston: The Edwin Mellen Press, 1996, p.23.

aceitarmos que a regra de reconhecimento pudesse cumprir as duas funções, perceberíamos que em pouquíssimos casos existiria uma regra jurídica. Precisaríamos, como Hart propõe, que concordássemos não somente sobre o caráter jurídico, mas também sobre o significado dos símbolos jurídicos aplicados, já que a relação validade/eficácia seria totalmente direta. Somente seriam efetivamente jurídicas regras como a da validade do testamento, da velocidade máxima de um carro em uma rodovia, etc. Regras que possuem termos absolutamente claros e fechados, que não permitiriam, hoje, que possa haver uma discussão teórica sobre o sentido da norma em questão. Todas as outras regras jurídicas possuiriam o que Hart chama de textura aberta, sendo passível da utilização do

poder discricionário pelo juiz. Uma conclusão absolutamente indesejável à teoria hartiana ou a qualquer outra que busque a certeza no fenômeno jurídico como forma de legitimação do uso da força pública.

A regra de reconhecimento, e, desta forma, o conceito social de objetividade de Hart, são, em certa medida, recepcionados pela teoria de Dworkin²⁵ No entanto, é necessário perceber que Dworkin, de maneira alguma, aceita a teoria semântica de objetividade, mas que a identificação de um texto como jurídico ao invés de outro já é, *per se*, um julgamento interpretativo.²⁶ A regra de reconhecimento “dworkiana”²⁷ corresponde, plenamente à função semântica²⁸ da antiga correspondente hartiana.²⁹ Ela não pode identificar todo o fenômeno jurídico, já que este é um

25 Segundo Endicott, isto ocorre devido ao fato que ‘Even to disagree, we need to understand each other. If I reject what you say without understanding you, we will only have the illusion of a disagreement. You will be asserting one thing and I will be denying another. Even to disagree, we need some agreement.’ ENDICOTT, Timothy. *Herbert Hart*,... p.39.

26 Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios* (Trad. Luis Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.253.

27 Uma das principais intuições com relação a existência desta regra de reconhecimento pode ser encontrada em Hund: “There is, a hope to show, a valuable descriptive component locked within the heart of Dworkin’s institutional approach” HUND, John. *New Light on Dworkin’s Jurisprudence*. *ARSP*, v.LXXV. 1989, p.471.

28 É preciso deixar claro que a regra de reconhecimento não identificaria somente o material, mas sim o que fosse semanticamente consensual à comunidade em questão. Por isso, além do material, é necessário que coloquemos a apreensão epistemológica mínima pela regra de reconhecimento. De fato, não poderia ser relativo a assuntos muito abstratos, só o necessário para que o significado de “carro” não seja confundido com o de “cachorro”, e comecemos a multar os donos de cães por que os deixaram “estacionados” no parque.

29 Como diz Endicott: “The fulcrum of disagreement is nothing more than the use of paradigms”, p.41.

processo que exige uma etapa interpretativa, de relação individual entre o jurista e o material recebido na fase pré-interpretativa, mas é capaz de identificar qualquer fase em que os critérios sejam compartilhados. Isto significa que, apesar de a regra de reconhecimento não ser capaz de analisar a construção do direito em sua fase interpretativa, é capaz de fazê-lo nas outras duas etapas da interpretação, na fase pós-interpretativa, como também na pré-interpretativa.

Mesmo Hart consegue perceber a convergência entre a regra de reconhecimento e a fase pré-interpretativa.³⁰ Há, entretanto também uma fase pós-interpretativa, quando há a adequação da teoria moral criada pelo juiz ao ordenamento até então identificado, ou, em termos menos dworkianos, quando ocorre a jurisdição. Neste momento, um novo paradigma é adicionado ao ordenamento, fazendo com que o ciclo hermenêutico de Dworkin seja completado, criando uma nova, mesmo que só levemente modificada, regra de reconhecimento para o próximo caso.³¹

De fato, mesmo que a dinâmica da regra de reconhecimento seja lenta, ela existe, já que “no single paradigm is guaranteed to emerge intact from the post-interpretative stage, at which the interpreter ‘adjusts his sense of what the practice really requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretative stage.’”³² A regra de reconhecimento seria capaz, então, de identificar, tanto o ponto de partida (o direito estabelecido), como o de chegada (a decisão judicial).

Em suma: a principal diferença da regra de reconhecimento entre a teoria semântica de Hart e a interpretativa de Dworkin é que, enquanto que o direito válido significa, para a primeira, o êxito de uma interpretação, para a segunda é somente um pressuposto de uma atividade interpretativa.³³

2. DWORKIN E O Ceticismo INTERNO

O ponto anterior possuía basicamente duas funções: 1) mostrar a

30 “As práticas jurídicas estabelecidas ou paradigmas de direito que tal teoria interpretativa deve interpretar são designados por Dworkin como ‘pré-interpretativos’ e considera-se que um teorizador não terá dificuldades, nem terá de executar para tal tarefa teórica, em identificar tais dados pré-interpretativos, uma vez que estão estabelecidos como uma questão de consenso geral dos juristas de sistemas jurídicos concretos.” HART, Herbert. *O Conceito...* p.302.

31 Em termos ideais, o juiz deveria considerar todo o material jurídico identificado pela regra de reconhecimento. O que não inclui somente códigos, Constituição, etc., mas também as decisões proferidas nos tribunais. Além disso, por material jurídico não me refiro somente a textos escritos, mas também a práticas que sejam consideradas como jurídicas, visto que o critério é a aceitação compartilhada expressada na linguagem, o que poderia englobar conjuntamente atos e costumes considerados jurídicos.

32 ENDICOTT, Timothy. *Herbert Hart...* p.48.

33 SCHIAVELLO, Aldo. *Diritto come integrità...* p.139.

concepção de objetividade presente em Hart, uma visão que tem como intuito acabar com a antecedente percepção de uma realidade que pode ser vista de lugar algum ou, como aqui está sendo denominado, ceticismo externo e 2) apontar para o fato de que a teoria de Dworkin pressupõe a objetividade hartiana mas, além disso, percebe seus limites – o agulhão semântico – e, por isso, precisa construir um novo conceito de direito, não mais semântico, mas interpretativo.

Dworkin, no entanto, por delegar ao intérprete uma função conceitualmente fundamental a atividade jurídica, precisa construir uma nova concepção de objetividade, que possa justificar o porquê da legitimidade da força pública, em última análise, depender de uma posição meramente individual, a do juiz.³⁴

A posição que nega este projeto é o que Dworkin chama de ceticismo interno ou, em outras palavras, a descrença na possibilidade de existência de uma única resposta correta a cada caso concreto, a *right answer thesis*, visto que cada intérprete acabaria, na

verdade, uma resposta distinta. Isto impossibilitaria a busca pela certeza e objetividade no domínio normativo, condições necessárias ao direito na modernidade, como mostramos no primeiro ponto do ensaio.

A discussão, em suma, centra-se na segunda fase interpretativa.³⁵ Nesta, por não haver mais um consenso, há uma tentativa (segundo os cétricos internos destinada ao fracasso) de construção de uma teoria moral que justifique, da melhor maneira possível, a organização dos elementos consensuais dispostos na primeira etapa. Tornemos, então, à resposta de Dworkin.

Para Dworkin, a resposta ao ceticismo passa pela correta compreensão do direito como integridade. Esta concepção é, na verdade, uma forma de encarar a atividade jurisdicional, ou seja, uma tentativa de compreender nossas instituições sobre a sua melhor luz, como se tivessem seguido, ao longo da história, uma mesma linha de princípios. Isso significa que, quando critérios contraditórios são encontrados na teoria moral que se está construindo,

34 Dworkin afirma que suas teses são, na verdade, “uma tentativa de melhorar a equivocada teoria do ‘simplesmente ali’ para o sentido dos julgamentos interpretativos”. Cf. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão...*, p.252.

35 A interpretação judicial para Dworkin, como se sabe é criativa-constructiva. *Criativa*, por não se prender às intenções do autor e *constructiva*, visto que é o intérprete que propõe um propósito ao seu objeto (regras). Para melhor compreensão do conceito dworkiano de interpretação Cf. DWORKIN, Ronald. *Império...*, p.64 e DWORKIN, Ronald. *Uma Questão...* p.252-254.

deve-se tentar encontrar uma nova explicação, mais coerente,³⁶ a fim de que as decisões judiciais não sejam meramente conciliatórias.³⁷

O direito como integridade, então, ignora um velho debate sobre o papel do juiz dentro da prática judicial, se este descobriria ou inventaria o direito no caso concreto. Como disse Pastore, essa concepção sugere um novo raciocínio jurídico, entre as duas posições, mas, ao mesmo tempo, não relacionado a nenhuma das duas.³⁸ O direito, para Dworkin, não seria descoberto ou inventado, mas construído. Sempre sendo buscada a única resposta correta, a mais coerente com o material jurídico.

É partindo desta busca pela coerência, na segunda fase da interpretação jurídica, que é possível compreender os princípios na teoria de Dworkin, um conceito absolutamente fundamental à percepção da objetividade em seu

pensamento. Dworkin normalmente é tratado como possuindo duas fases de pensamento. A primeira sendo exposta principalmente em “Levando os Direitos a Sério”, ao passo que a segunda estaria presente somente em “O Império do Direito”. Quando se trata da teoria dos princípios, então, normalmente refere-se à exposição do capítulo quarto do LDS, e somente a este capítulo. Isto, entretanto, é um grande erro. Os princípios dworkianos só podem ser compreendidos por meio da doutrina exposta em “O Império do Direito” e, caso isso não ocorra, as distinções propostas pelo “primeiro” Dworkin poderiam ser facilmente refutadas.³⁹

A obra de Dworkin deve ser encarada como um todo, tentando tornar coerente o que – aparentemente – é contraditório, tentando dar novas luzes a propostas antes consideradas inconsistentes. Busca-se aqui uma teoria que

36 Coerência não consiste, na teoria do filósofo americano, somente na eliminação de normas contraditórias, as antinomias. A resolução das antinomias mostra-se uma questão de consistência (consistency). Sobre a distinção entre coerência e consistência no pensamento de Dworkin, em comparação com a posição de jusfilósofos como MacCormick e Bobbio, Cf. PINO G., *Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni, in Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXV, 1998, p. 87.

37 CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin and the focus on Integrity, in *ARSP*, v.80, 1994, p.62.

38 PASTORE B., *Integrità tradizione, interpretazione, in Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV Serie, n. 70, 1993, p.73.

39 Duas consistentes críticas que se apegam somente aos critérios expostos em LDS podem ser encontradas em Hart e Schiavello. Devido a esta percepção, tende-se a considerar os princípios não como elementos diversos das regras, mas sim o mesmo elemento em um maior grau de abstração e generalidade, possibilitando que regras diferentes possam ser, nada menos, que exemplificações de um mesmo princípio. Cf. HART, Herbert. *O Conceito...* p.322. e SCHIAVELLO, Aldo. *Riflessioni sulla dittinzione “rules/principles” nell’opera di Ronald Dworkin. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Gennaio-Marzo, p.159 e ss., 1995.

explique Dworkin de maneira que este pareça o mais coerente possível. Em outras palavras, tenta-se mostrar Dworkin à maneira dworkiana. Isso significa que as distinções propostas em LDS, no que toca à diferenciação lógica entre regras e princípios, precisam ser pensadas nos termos interpretativos de ID. O teste de *pedigree*, por exemplo, que determina a validade das regras, mostra-se algo claro, já que a aplicação destas regras, na fase pré-interpretativa, de fato, é tudo-ou-nada, pois a regra é um padrão social, consensual, de aceitação compartilhada. Ou se utiliza o determinado material como ponto de partida para a segunda fase interpretativa, ou este material não constitui uma regra jurídica. É tudo-ou-nada.⁴⁰

Os princípios não são, por seu turno, o fruto de uma criação ou convenção social, mas o resultado de um árduo processo interpretativo.⁴¹ São propostas morais provindas do sujeito buscando encontrar um abrigo dentro dos limites

do objeto. Isto que significa dizer que os princípios são elementos justificativos, sendo do conflito entre o sujeito e o objeto que resultam os princípios. Uma teoria moral é proposta ao objeto, e é função deste aceitá-la, ou não. O objeto, o direito estabelecido no acordo pré-interpretativo, possui na teoria dworkiana uma função exclusivamente negativa, qual seja, mostrar ao sujeito os limites de sua interpretação, sobre o que este pode debruçar-se. Os princípios, desta forma não são descobertos no objeto, mas aceitos por ele. E é dever do juiz tentar ponderar seus princípios até o encontro da resposta correta. Um princípio, portanto, é um argumento moral do intérprete para a justificação do direito pré-estabelecido.⁴² Desta forma, cada caso representa uma interpretação, e cada interpretação representa um diferente conjunto de princípios. Diferente tanto de todos os princípios anteriores como também dos posteriores. A razão deste caráter dinâmico é simples: os princípios são estruturados e construídos *tendo em vista*

40 Como se mostrou, a teoria hartiana não demonstra um conceito de regra tão restrito. Não propõe que o termo “regra” só exemplifique padrões de conduta formulados através de atos competentes, mas existência de uma regra, em Hart, acaba por significar a mera origem de um fato histórico. O entendimento de Ronald Dworkin, sobre as proposições de Herbert Hart, principalmente com relação à regra de reconhecimento não é restritivo. Pelo contrário, Dworkin leva em consideração os verdadeiros fundamentos de Hart, tornando-o coerente em seus próprios termos. Ao invés de criticar um “modelo” hartiano, Dworkin o julga dentro de seu próprio campo, o sociológico.

41 Sobre a relação entre princípios, regras e interpretação, Cf. WALDMAN, Ricardo Libel. A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v.25, p.119-145, 2002.

42 Os princípios não aparecem somente em casos difíceis, mas em qualquer caso. O termo “lacunas”, um dos critérios habituais para conceituação de um caso difícil mostra-se para Dworkin ininteligível. Cf. GESSINGER, Rafael Koerig. *O Direito*,... p.43.

o caso concreto. Estes elementos, fundamentais à teoria dworkiana, não são máximas morais ontológicas, mas simples argumentos interpretativos, que se modificam tendo em vista cada caso concreto.⁴³ Se o conteúdo dos princípios pudesse ser dado anteriormente ao caso e à hermenêutica construtiva, todos as posições contra o aguilhão semântico teriam sido em vão. Desta forma a moralidade do juiz adentra no fenômeno jurídico, fazendo com que, como afirma Gessinger, “a moralidade política adquire forma mediante princípios. Os princípios são justificativas morais do direito que, todavia, fazem parte dele. [...] O direito, livre da amarra semântica, articula a reflexão moral dentro de si.”⁴⁴

A atribuição do caráter jurídico a um padrão, portanto, é simplesmente uma questão de terminologia. Expressa a relação de um enunciado ao “conceito de direito”, seja referente à “deliberações políticas coletivas tomadas no passado”, seja referente à “relação entre o poder e seu exercício”.

Dworkin cria um juiz imaginário, Hércules, que teria uma capacidade, uma sagacidade e uma paciência sobre-humanas e, desta forma, seria capaz de construir a teoria moral que melhor se adequaria ao acordo pré-interpretativo, ou seja, construiria uma teoria de princípios correta, a única, que justificaria plenamente as regras sociais.

No entanto, ao expor sua teoria dos princípios como intrinsecamente conectada à tese da única resposta correta, Dworkin passa a sofrer as principais críticas da posição cética interna. Interna porque, ao invés de criticar a possibilidade da participação do sujeito para a determinação de objetividade, como propõe o ceticismo externo, analisa o caráter desta participação. Defende que práticas de cortesia, obras de arte, etc. são por demais complexas para terem uma única resposta correta.

O ceticismo interno centra-se, portanto, na idéia de indeterminação, ou seja, interessa-se pelo conteúdo das afirmações, no sentido de que a única resposta correta é que nenhuma interpretação pode, com absoluta certeza, afirmar algo correto. Argumenta que a “interpretação ‘perfeita’ deve oferecer um tipo de unidade que nenhuma interpretação pode oferecer.”⁴⁵ Em última análise, não haveria uma resposta certa, mas apenas respostas diferentes.

O direito como integridade, na verdade, não está sendo devidamente compreendido, ao sofrer esta crítica. Visto que a existência de distintas respostas, verdadeiramente um fato, não é uma questão de indeterminação, mas de incerteza.

Não há problema nenhum em afirmar que as pessoas divergem sobre

43 Para outros sentidos atribuídos historicamente ao termo “princípio jurídico”, cf. CARRIÓ, Genaro. Principi di diritto e positivismo giuridico. in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Aprile-Giugno, p.127-148, 1970.

44 GESSINGER, Rafael Koerig. *O Direito*,... p.39.

45 GESSINGER, Rafael Koerig. *O Direito*,... p.113.

valores, mas isso não traz razões para afirmar racionalmente de que não há uma resposta correta.⁴⁶ Dworkin chega a afirmar que “absolute clarity is a privilege of fools and fanatics”.⁴⁷ O cético interno não percebe que, em última análise, não pode afirmar a existência desta indeterminação, já que, mesmo essa proposição é considerada uma proposição objetiva. Os cétricos precisam, ao menos, admitir a objetividade de suas formas de expressão, que concorre com as outras.

Um exemplo desta posição cética pode ser encontrada nas palavras de Robert Alexy, quando afirma que Dworkin peca na defesa da existência de uma resposta correta porque esta dependeria de uma ordenação rígida dos princípios internos ao ordenamento. Defende que sendo os princípios a expressão de valores, não se poderia em uma comunidade pluralista, estruturar uma “orden estrita”.⁴⁸ Para Alexy, em outras palavras, uma ordem

estrita não é possível, pois deveríamos saber a exata intensidade de realização de cada princípio. Dworkin, entretanto, não propõe uma ordem estrita nos moldes criticados por Alexy.

O direito em Dworkin tem relação direta com a justificação. É desta maneira que enfrenta o ceticismo interno, explicando porquê um Estado legítimo é aquele que proporciona uma obrigação política em seus cidadãos, ou seja, entre os cidadãos é reconhecida uma autoridade moral nos deveres impostos por meio legal. Por isso que a teoria de Dworkin pode ser vista como uma teoria de direitos. Direitos individuais que funcionam como “trump cards” contra o Estado e suas políticas públicas. Triunfos políticos nas mãos dos indivíduos, que não podem ser negados nem pelo governo, tampouco pela maioria (sobre a base de argumentos de supostos benefícios ou prejuízos gerais). Incidir nesta prática implicaria em não “levar os direitos a sério”.⁴⁹

46 Dworkin, de fato, afirma que “Nenhum aspecto do direito como integridade tem sido tão mal compreendido quanto sua recusa em aceitar a opinião popular de que não existem respostas exclusivamente certas nos casos difíceis do direito. Eis uma afirmação que Hercules rejeita: ‘Os casos difíceis são difíceis porque diferentes grupos de princípios se ajustam suficientemente bem a decisões do passado para serem consideradas como interpretações aceitáveis deles.’ Advogados e juizes vão divergir sobre qual deles é mais equitativo ou mais justo, mas nenhuma das partes pode estar ‘realmente’ certa, pois não existem padrões objetivos de equidade e de justiça que um observador neutro pudesse utilizar para decidir-se por um deles.” DWORKIN, Ronald. *Império...*, p.317.

47 DWORKIN Ronald. *Objectivity and truth*, ... p.133.

48 ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, princípios jurídicos e razon práctica. *Doxa*, v.5, p.145.

49 VIGO. Rodolfo. La Interpretación jurídica en Ronald Dworkin, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Ottobre-Dicembre, LXX, 1993, p.666.

Esses direitos derivam de um direito mais fundamental: o direito a uma igual consideração e respeito. Um direito que diz respeito às decisões sobre a distribuição dos bens pela máquina pública.⁵⁰ Desta forma, Dworkin admite ser a legitimidade uma questão moral,⁵¹ exigindo que o indivíduo também tenha, para usarmos uma terminologia hartiana, um ponto de vista interno.⁵²

50 Dworkin, deve-se ressaltar, quando fala de direitos individuais, não está referindo-se aos direitos que são reconhecidos pelo Estado. Estes seriam, digamos, “direitos civis positivados”, visto que, como diz Watt, “os mesmos procedimentos ou decisões que criaram estes direitos podem estender, restringir ou até aboli-los”. O direito a um igual respeito e consideração é inato ao indivíduo e não conferido a ele. Watt concorda com essa posição, quando afirma que “It is to positive civil rights that we will appeal if we can. If the rules or the laws recognize our claim, we are then invoking, not *human* rights, but the rights of residents, citizens, voters, football players, or whatever. If the customs of our village recognize our claim, we will appeal to those customs. But where our claim is not recognized by the rules or the law, there is no point in appealing to them. Rather, if we appeal, we must appeal *against* them.”, Cf. WATT, E.D. Taking rights seriously enough: what kind of rights could be trumps?, in *The American Journal of Jurisprudence*, v.38, 1993, p.257.

51 A concepção de objetividade de Hart, por não depender moralmente do indivíduo, não torna a legitimidade uma questão moral, mas sociológica. A legitimação passa a depender dos juizes e funcionários públicos, aqueles que, para Hart, precisam possuir um ponto de vista interno. A justificação, nas palavras de Hart, é absolutamente inútil, visto que é uma condição necessária a um sistema jurídico que os cidadãos obedeçam ao direito, e não que o aceitem. Por outro lado, os critérios de identificação do direito precisam do reconhecimento dos funcionários públicos, visto que “se o ponto de vista interno não estivesse aí largamente disseminado, não poderia haver logicamente quaisquer regras. Mas onde há uma união de regras primárias e secundárias [...] a aceitação das regras como padrões comuns para o grupo pode ser desligada do aspecto relativamente passivo da aquiescência do indivíduo comum em relação às regras, obedecendo-lhes por sua conta apenas.” É por este motivo que Hart afirma que é necessário que haja um conteúdo mínimo de moralidade, mínimo exatamente por ser o mínimo necessário para que seja possível que ao menos algumas pessoas tenham uma perspectiva interna com relação ao ordenamento e possam formar regras sociais. Sobre o caráter contingente deste direito moral mínimo em Hart, Cf. CATTANEO, Mario. Il diritto naturale nel pensiero di Herbert Hart. in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, n.4, p.673-694, 1965. Para Hart, a relação entre o direito e o cidadão é uma relação de poder, e somente isso. A máquina pública só precisa manter sua regra de jurisdição, o que sociologicamente significa, em suma, ter força coercitiva para evitar uma revolução. Por isso que Hart pode comparar a sociedade a um rebanho, explicando que os “carneiros poderiam acabar no matadouro.” Cf. HART, Herbert. *O Conceito*,... p.129 e 310.

52 Dworkin admite que seria muito complicado afirmar que o sistema nazista não era um sistema jurídico. Ele chega a afirmar que “não temos dificuldades em compreender alguém que diga que a lei nazista não constituía realmente um direito, ou era um direito num sentido degenerado”, mas não era claro em dizer o porquê desta fácil constatação. Sociologicamente o regime nazista é “direito”, mas é, entretanto, moralmente pouco desenvolvido.

Desta forma a tese da resposta correta encaixa-se, como uma das peças principais, em uma mais abrangente teoria política.

No entanto, a má compreensão desta tese da única resposta, promove críticas em Dworkin por algo que ele efetivamente não é. A resposta correta é defendida como existente, não como praticável. A integridade não é uma utopia, mas um ideal que pode melhorar nossas práticas institucionais concretas, legitimando-as com os indivíduos. A obrigação dos juizes seria, para usarmos termos civilistas, uma obrigação de meios e não de resultado.

A teoria de Dworkin é, em suas próprias palavras, uma teoria política comum,⁵³ ou seja, uma teoria que não trabalha com utopias, mas que visa prescrever como melhorar as instituições existentes. Em uma teoria política utópica os problemas relativos à justiça e à equidade que seriam enfrentados. Não a integridade. E este fato não é uma questão de falta de espaço para a integridade como ideal político, já que ela seria absolutamente inútil dentro de uma utopia. “A coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial.”⁵⁴

É, portanto, desta forma que a objetividade e a integridade se encontram. A objetividade nos enunciados jurídicos, portanto, tem, como mostrado no primeiro ponto, intrínseca relação

com a legitimação do uso da força pública contra os indivíduos. Isso mostra como a busca pela objetividade nos domínios jurídicos está presente tanto em Hart como em Dworkin, no entanto, visto os enunciados jurídicos terem tomado novos aspectos, seria um truísmo esperar que os inimigos também não o fizessem.

CONCLUSÃO

Este ensaio teve como principal proposta mostrar que algo habitualmente visto como um debate era, na verdade, um projeto comum. Entre os objetivos secundários, pode-se listar 1) a noção de objetividade em cada um dos autores e 2) o caráter da distinção lógica entre regras e princípios.

Ao perceber que o que está por detrás do projeto moderno para o direito é uma busca da legitimação da força pública, é possível compreender as principais teses do que normalmente se denomina de positivismo jurídico, e mostrar que a autonomia do direito não é uma condição necessária, nem ao menos possível, como mostrou o professor Barzotto, para que esta legitimidade seja adquirida.

Hart e Dworkin, não voluntariamente creio, construíram concepções de objetividade que acabam por complementar-se, mostrando que o que deveria ser evitado é, não a participação do sujeito nos domínios normativos

53 DWORKIN, Ronald. *Império...*, p.199.

54 DWORKIN, Ronald. *Império...*, p. 213-4.

(regras em Hart e princípios em Dworkin), mas sim o ceticismo quanto à possibilidade e à maneira de como isto acaba por ocorrer.

O direito, para este projeto, não é, portanto, nem um conjunto de regras – objetivas devido à intersubjetividade da linguagem – tampouco um conjunto somente de princípios – objetivos devido à busca por uma universalização da moralidade subjetiva. É, sim, um conjunto de regras e princípios, um fenômeno que alia o social ao individual e a tradição à coerência. Este projeto,

em suma, como também fez o positivismo, tenta mostrar sob quais condições é legítima a ação do poder público contra pessoas. Mas com uma distinta visão sobre a natureza da objetividade no direito, apontando para o fato que, quando o assunto é o fenômeno jurídico, não é inteligível a participação do sujeito como um mero expectador, a constituição dos enunciados normativos exige, seja como parte de um todo social, seja como um intérprete do resultado deste todo, um posicionamento crítico do sujeito.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Sistema Jurídico, princípios jurídicos e razon práctica. *in Doxa*, v.5, p.139-151, 1988.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. Dworkin and the focus on Integrity, *in ARSP*, v.80, 1994.
- CATANIA, Alfonso. L'acettazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, v. 48, n. 4, p.261-279, 1971.
- CATTANEO, Mario. Il diritto naturale nel pensiero di Herbert Hart. *in Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Milano, n.4, p.673-694, 1965.
- CARRIÓ, Genaro. Principi di diritto e positivismo giuridico, *in Rivista di Filosofia*. Torino, n.2, Aprile – Giugno, p. 127 – 148, 1970.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. (trad. Nelson Boeira) São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.
- DWORKIN Ronald. Objectivity and truth: you'd Better Believe It, *in Philosophy & Public Affairs*, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios* (Trad. Luis Carlos Borges). São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ENDICOTT, Timothy. Herbert Hart and the Semantic Sting. *In COLEMAN, Jules (ed.). Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GAFFNEY, Paul. *Ronald Dworkin on Law as Integrity: Rights as Principles of Adjudication*. Lewiston: The Edwin Mellen Press, 1996.
- GESSINGER, Rafael Koerig. *O Direito e a Filosofia Prática no Pensamento de Ronald Dworkin*. Dissertação de mestrado, UFRGS, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de la legalidad?

- Revista Doxa*, Universidad de Alicante, 1988.
- HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. 3.ed. Lisboa: Caulouste Gulbenkian, 1994.
- HART, Herbert. Positivism and the separation of law and morals. In: DWORKIN, Ronald (Org.). *The philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press. 1977.
- HUND, John. New Light on Dworkin's Jurisprudence. *ARSP*, v.LXXV. 1989.
- MACCORMICK, Neil. The concept of law and 'the concept of law'. *Oxford Journal of Legal Studies*, v.14, 1994.
- MICHELON JR, Cláudio. *Aceitação e Objetividade*, Dissertação de Mestrado apresentada à faculdade de Direito/UFRGS em junho de 1996.
- PARAMO, Juan R. de. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- PASCUA, José Antonio de Ramos. *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H.L.A. Hart*. Madrid: Fundación Cultural Enrique Luño Pena, 1989.
- PASTORE B., Integrità tradizione, interpretazione, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IV Serie, n.70, 1993.
- PINO G., Coerenza e verità nell'argomentazione giuridica. Alcune riflessioni, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXV, 1998.
- RAZ, Joseph. Two Views of the Nature of the Theory of The Law, in COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- SCHIAVELLO, Aldo. *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, 1998.
- SCHIAVELLO, Aldo. Riflessioni sulla dittinzione "rules/principles" nell'opera di Ronald Dworkin. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Gennaio-Marzo, p.159 e ss., 1995.
- STAVROPOULOS, Nicos. Hart's Semantics. in COLEMAN, Jules (ed.). *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- VIGO. Rodolfo. La Interpretación jurídica en Ronald Dworkin, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Ottobre-Dicembre, LXX, 1993.
- WALDMAN, Ricardo Libel. A Teoria dos Princípios de Ronald Dworkin. *Direito e Justiça*, Porto Alegre, v. 25, p. 119-145, 2002.
- WATT, E.D. Taking rights seriously enough: what kind of rights could be trumps?, in *The American Journal of Jurisprudence*, v.38, 1993.

O acidente com o helicóptero PT-YAM no município de Pinto Bandeira e o fato da vítima como excludente do nexo de causalidade

Lúcia Souza d'Aquino*

INTRODUÇÃO

O instituto da Responsabilidade Civil teve grande modificação em sua disciplina recentemente, razão pela qual se torna importante, senão essencial, caracterizar seus elementos, sob pena de, em casos concretos, como o analisado no presente trabalho, impor condenações a quem não deu causa a danos.

A Constituição Federal prevê expressamente a indenização por danos sofridos, e o Código Civil de 2002, igualmente, dispõe quanto à reparação dos atos ilícitos, através do instituto da Responsabilidade Civil. Os princípios constitucionais, analisados em conjunto com os institutos da nova lei civil, levam à responsabilização daquele que causa

o resultado, e apenas a ele. Nesse sentido, importantíssima a correta caracterização da Responsabilidade Civil, com seus pressupostos, a fim de evitar possíveis erros, que certamente causariam danos ao injustamente responsabilizado.

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera neste campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.¹

* Bacharel em Direito, formada em 2007/02. Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientadora: Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera.

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6.ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

A doutrina, bem representada por Caio Mário da Silva Pereira,² Carlos Roberto Gonçalves,³ Fernando Noronha,⁴ Sergio Cavalieri Filho⁵ e Silvio Rodrigues,⁶ tradicionalmente refere cinco elementos para a caracterização da responsabilidade: o ato ilícito, o dano, a culpa *lato sensu*, nexo de imputação e o nexo de causalidade, este último o elemento de mais difícil caracterização.

Destes, muito importante para que haja a reparação do dano, é o nexo de causalidade, que revela exatamente quem é o causador do dano, quem deve repará-lo. Inexistente ou rompido, o instituto da responsabilidade civil simplesmente deixa de existir, não sendo possível cogitar qualquer indenização.

O Código Civil prevê causas em que o nexo de causalidade é rompido, ou seja, apesar de haver o ato ilícito, o dano e a culpa, não se configura o nexo de causalidade. As excludentes do nexo de causalidade previstas na legislação e consagradas pela doutrina e a jurisprudência são o caso fortuito, a força maior, o fato de terceiro e o fato exclusivo da vítima.

O presente trabalho pretende demonstrar, através da descrição de um caso concreto, a complexidade na comprovação de fato exclusivo da vítima, e a sua caracterização como excludente de responsabilidade civil. Após a descrição explicativa do instituto da Responsabilidade Civil e seus elementos, passa-se à descrição do caso em que a controvérsia existente gira em torno da atitude de um piloto como propulsora de uma colisão de helicóptero com a rede de distribuição de energia elétrica de alta tensão, ocasionando explosão e o óbito de todos os ocupantes da aeronave. O caso analisado foi processado e julgado em Porto Alegre, perante o juízo cível. A sentença de primeiro grau⁷ reconheceu o ato do piloto como propulsor do acidente.

O estudo da jurisprudência pátria demonstra dificuldade em reconhecer culpa exclusiva da vítima, principalmente em casos que envolvem óbito. Parece haver uma resistência em dizer que um acidente ocorreu exclusivamente por fato da própria vítima; que

2 PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. Instituições de Direito Civil. 10.ed. v. I e III. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

3 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume IV: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

4 NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações. Volume I. São Paulo: Saraiva, 2003.

5 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa...

6 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. 15.ed., atualizada. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1997.

7 COMARCADE PORTO ALEGRE, 3ª Vara Cível. Processos nº 001/1.05.0070791-3, 001/1.05.0086660-4 e 001/1.05.0237241-2. Juiz de Direito Dr. Mário Roberto Fernandes Corrêa. Julgado em 22/05/2007.

ela deu causa ao fato que lhe tirou a vida. Em casos como o que aqui será analisado, em que há uma família desamparada, há relutância em afirmar a atitude da vítima como fato causador do dano.

Cavaliere Filho⁸ trata a matéria como fato da vítima, e não culpa, para não acarretar ao termo uma carga negativa, já que a culpa *lato sensu* engloba o dolo e a culpa *stricto sensu*, esta dividida em imprudência, negligência e imperícia. Torna-se delicado afirmar que a vítima foi imprudente ou negligente com sua própria segurança e veio a ocasionar o próprio óbito.

Após a descrição do caso, tornar-se-á clara a conclusão pela inexistência de responsabilidade civil por parte da concessionária de energia elétrica envolvida. No entanto, já houve um julgamento referente ao mesmo processo em que a conclusão foi contrária à apresentada neste trabalho, restando processos pendentes de

julgamento, em que as partes insistem na existência de responsabilidade civil por parte da concessionária.⁹

A decisão proferida torna-se de extrema importância, tendo em vista tratar-se de assunto em pauta atualmente, tendo em vista a atual situação da aviação brasileira. Os chocantes acidentes ocorridos no país envolvendo aeronaves levam ao questionamento direto acerca da responsabilidade por acidentes, como as tragédias recentemente ocorridas.

Ficará demonstrado que em todos os casos há que se ponderar em busca da causa do dano, para que se possa encontrar o real responsável por eventual indenização a ser buscada.

1. CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

A Responsabilidade Civil, no Direito Civil Brasileiro, decorre de um ato ilícito,

8 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.89.

9 Os outros processos movidos em razão do mesmo acidente têm como autores a AGF Seguros (001/1.05.0107477-9 – processado e julgado pela 5ª Vara Cível de Porto Alegre, encontra-se aguardando o julgamento do Recurso Especial 862.072, no STJ. Neste caso, o juízo de origem entendeu pela existência de responsabilidade da concessionária de energia elétrica), o IRB – Brasil Resseguros S.A. (001/1.05.2293828-4 – processado pela 12ª Vara Cível de Porto Alegre, encontra-se aguardando o trânsito em julgado da decisão do processo movido pela AGF), Adelaide Durigon Viero (001/1.05.0078028-9 – processado pela 2ª Vara Cível de Porto Alegre, encontra-se na fase de instrução), Rafael de Oliveira Moraes (001/1.05.05803054-2 – processado pela 12ª Vara Cível de Porto Alegre, encontra-se na fase de instrução), Luiza Rodrigues Moraes (001/1.05.0028047-2 – processado pela 2ª Vara Cível do Foro Regional do 4º Distrito de Porto Alegre, encontra-se apensado e aguardando a instrução do processo movido por Ciane Gautério Moraes para julgamento em conjunto), e Ciane Gautério Moraes (001/1.06.0049125-4 – processado pela 2ª Vara Cível do Foro Regional do 4º Distrito de Porto Alegre, encontra-se na fase de instrução).

este considerado como aquele que viola direito, causa dano a outrem, ou exercício de direito que exceda limites impostos pelo fim econômico ou social, boa-fé ou bons costumes, ou seja, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas conseqüências.¹⁰ Savatier caracteriza a Responsabilidade Civil como sendo “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.¹¹

O artigo 186 do Código Civil caracteriza o ato ilícito, como sendo aquele decorrente de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que viole direito e cause dano a outrem. O artigo 187 prescreve, ainda, ser ato ilícito aquele exercido excedendo os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Estão excluídos os atos praticados em legítima defesa ou exercício regular de direito, ou com o fim de remover perigo iminente (desde que o ato seja realmente essencial para remover o perigo).¹²

O artigo 927 do referido Código caracteriza a responsabilidade civil, com seus elementos: aquele que, por ato

ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Daí decorrem os elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil: o ato ilícito, o dano, a culpa, o nexo de imputação e o nexo de causalidade. Ainda que em casos especiais, não seja necessária a presença de todos os elementos, eles são sempre apresentados como elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil.

A seguir, será caracterizado e analisado cada um dos elementos, para melhor compreensão do assunto abordado.

1.1 Ato ilícito

O conceito de ato ilícito é importante para a conceituação da responsabilidade civil, tendo em vista a previsão de que aquele que comete ato ilícito deve indenizar.

Cavaliere Filho¹³ expõe a questão do conceito de ato ilícito e a inclusão da culpa em sua caracterização, tendo em vista que há casos de responsabilidade civil sem culpa. No entanto, não apresenta resposta à questão, permanecendo a dificuldade de caracterização de ato ilícito em função da culpa do agente.

10 NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Ano 4, Volume 14. P. 53-77. Abril/junho de 2003, p.53.

11 SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*, v.1, n.1. Paris, 1939 *apud* RODRIGUES, Direito..., p.6.

12 O artigo 188 do Código Civil de 2002 prevê expressamente estes casos.

13 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.30.

Antunes Varela¹⁴ faz oportuna consideração a respeito do tema, caracterizando como elemento básico da responsabilidade o fato do agente. No entanto, não é qualquer fato: é aquele que é dominável ou controlável pela sua vontade, uma manifestação da conduta humana, tendo em vista que apenas quanto a tais fatos cabe a idéia de ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos impostos pela lei.

Humberto Theodoro Júnior, por sua vez, ao caracterizar o ato ilícito, propõe a conjugação das idéias de comportamento humano e antijuridicidade do ato. Então, ato ilícito é o comportamento humano contrário às normas, e que acarrete dano injusto a outrem.¹⁵

Ocorrido o ato ilícito, deve-se avaliar a existência e a extensão do dano, que se passa a conceituar a seguir.

1.2 O dano

Os danos objeto de responsabilização civil podem ser tanto patrimoniais quanto extrapatrimoniais. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos V e X, e o Código Civil, em seu artigo 186, prevêm o direito de indenização por quaisquer danos sofridos, tanto materiais quanto morais.

Cavaliere Filho bem define o dano,¹⁶ como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza. De acordo com o autor, tanto os bens patrimoniais quanto os integrantes de sua personalidade são danos indenizáveis. De tal diversidade de bens que podem ser subtraídos para a caracterização do dano, surge a divisão do dano em patrimonial e moral.

Os danos patrimoniais, ou materiais, afetam diretamente o patrimônio do lesado. São os danos que podem ser monetariamente avaliados, e cuja demonstração é obrigatória durante a instrução processual, tendo em vista que o dever de reparar decorre da necessidade de promover ao lesado o restabelecimento, na medida do possível, do estado patrimonial anterior ao dano.¹⁷ Dessa forma, torna-se necessária a comprovação do prejuízo, para posterior indenização.

Os danos extrapatrimoniais, como já referido, afetam bem integrante da personalidade da vítima, seja este bem sua honra, moral, imagem, liberdade, etc. As espécies de danos extrapatrimoniais mais conhecidas são os danos estéticos (aqueles que afetam a aparência do lesado, através de marcas permanentes, visíveis) e os danos

14 VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. Coimbra: Almedina, 1991. *apud* CAVALIERI FILHO, Programa ..., p.30.

15 THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Dos Atos Jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da prova".in Comentários ao novo Código. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), v. 3, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.17-18.

16 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.96.

17 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3.ed. 2a. reimpressão, tomo XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.208-209.

morais (afetam a intimidade, impondo humilhação, tristeza, dor injusta e um sofrimento anormal ao indivíduo).

O Desembargador Francisco Xavier Medeiros Vieira assevera que qualquer agressão à dignidade pessoal causa lesão à honra, dando origem ao dano moral, sendo, por isso, indenizável.¹⁸

Ainda, há previsão de indenização por ofensa à liberdade pessoal, prevista no artigo 954 do Código Civil, consistente em cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e a prisão ilegal.

A atual disciplina da Responsabilidade Civil, conforme já demonstrado, portanto, considera passível de indenização qualquer dano juridicamente injusto a que a vítima não tenha dado causa, ou seja, qualquer sofrimento ou abalo, patrimonial ou não, que seja causado por outrem, pode ensejar ressarcimento e responsabilização.

Caracterizados o ato ilícito e dano, parte-se para a conceituação da culpa e sua necessidade ou não para que haja o dever de indenizar.

1.3 A culpa

A culpa, na responsabilidade civil brasileira, aparece em suas modalidades de dolo e culpa *stricto sensu* (negligência ou imprudência), conforme previsão do artigo 186 do Código Civil.

Carlos Roberto Gonçalves considera que, para que haja o dever de indenizar, tratando-se de responsabilidade civil subjetiva, não basta o ato ilícito, antijurídico, que viole uma norma. O dever surge a partir do momento em que o agente tem culpa pelo dano, por sua ação ou omissão voluntária, sua negligência ou imprudência. Não basta, portanto, que o agente proceda erroneamente; tal erro deve basear-se em sua culpa *lato sensu*.¹⁹

O dolo é caracterizado pela intenção em provocar o dano. Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra, define o dolo por conduta que já nasce ilícita, em que a vontade do agente se dirige, desde sempre, à prática de um ato antijurídico.²⁰

18 AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE TRABALHO. RECLAMATÓRIA PARCIALMENTE PROCEDENTE NA JUSTIÇA ESPECIALIZADA. INACOLHIMENTO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA, ÀQUELE TÍTULO, POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE NATUREZA CIVIL. AUSÊNCIA DE PROVA VÁLIDA PARA LEGITIMAR O PLEITO. POSTULAÇÃO INEXITOSA. RECURSO DESPROVIDO. Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, o caráter e tantos outros com selo de perenidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória. (...) (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível 40.541. Relator Des. Francisco Xavier Medeiros Vieira, 2ª Câmara Cível. Julgado em 19/10/1993).

19 GONÇALVES, Direito Civil..., p.295.

20 GONÇALVES, Direito Civil..., p.297.

A culpa *stricto sensu* existe quando, por inobservância, voluntária ou não, de normas de conduta, o agente causa o dano, sem pretendê-lo. Existe nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. O Código Civil de 2006 menciona apenas negligência e imprudência, tendo englobado a imperícia nesta última.

Negligência é o descumprimento de um dever de cuidado ou atenção do autor do dano, através de conduta omissiva, segundo Cavalieri Filho.²¹

Imprudência ocorre em decorrência de atitude comissiva de inobservância voluntária de normas, tanto legais quanto de conduta, que acaba por lesar outro indivíduo.

A imperícia, por sua vez, ocorre quando há falta de habilidade para a prática de atividade técnica do agente em determinada função, profissão ou arte.²²

No Direito Brasileiro, há previsão expressa de responsabilidade sem culpa.²³ É a chamada responsabilidade objetiva. Nesses casos, apenas com o rompimento do nexo de causalidade deixa de existir o dever de indenizar. Isso porque a responsabilidade objetiva é fundada no risco²⁴ da atividade desenvolvida.

Cavalieri Filho apresenta como espécies de risco o risco-proveito (responde aquele que tira proveito econômico de atividade danosa – *ubi emolumentum, ibi onus*), o risco profissional (cobre eventuais acidentes de trabalho), o risco excepcional (decorrente de atividade estranha à atividade comum da vítima), o risco criado (atividade que cria risco à sociedade, sem envolver necessariamente proveito econômico) e o risco integral (casos de responsabilidade civil agravada, em que se prescinde de nexo de causalidade).²⁵

Após a conceituação do ato ilícito, do dano e da culpa, cumpre conceituar o nexo de imputação.

1.4 Nexo de imputação

O nexo de imputação liga o autor ao dano, e permite sua responsabilização. Leva em consideração a possibilidade de o autor do dano ter conhecimento da ilicitude e das conseqüências do ato praticado. Tal conceito é importado do Direito Penal, pois leva em conta a imputabilidade do indivíduo, ou seja, a possibilidade de responsabilizá-lo, sua capacidade de entender seus atos e conseqüências.²⁶

21 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.61.

22 GONÇALVES, Direito Civil..., p.295.

23 Artigos 927 e 933 do Código Civil e artigo 37, § 6º da Constituição Federal, além de leis específicas que não fazem parte do escopo do presente trabalho.

24 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.61.

25 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.156-158.

26 MIRANDA, Tratado..., p.20-21.

O artigo 927 do Código Civil imputa àquele que causar o dano o dever de indenizar. No entanto, em casos em que a lei considera o responsável pelo dano incapaz de responder por seus atos, prevê quem deve por si responder. São os casos previstos no artigo 932 do Código Civil.

Cavaliere Filho²⁷ entende necessários dois elementos para a imputabilidade: a maturidade, ou o desenvolvimento mental do indivíduo, e a sanidade mental, higidez. E caracteriza a imputabilidade como o conjunto de condições do indivíduo que lhe dão capacidade para responder pelas conseqüências de seus atos, caso estes sejam contrários ao seu dever. É imputável aquele que deveria – e tem tal consciência – agir de outro modo.

Os casos de inimputabilidade são os elencados no artigo 3º do Código Civil, que arrola os totalmente incapazes; nesses casos, o responsável pelo inimputável deve responder pelos danos causados, além dos casos previstos nos artigos 936 a 938 do referido Código.

Caracterizados os quatro elementos já tratados, parte-se para a conceituação do nexo de causalidade, que, dos elementos da responsabilidade civil, é o de mais difícil e controvertida caracterização.

1.5 O Nexo de causalidade

Atinge-se neste momento o mais controverso elemento da Responsabili-

dade Civil. Pode existir Responsabilidade Civil sem nexo de imputação, sem culpa ou sem ato ilícito. No entanto, a Responsabilidade Civil deixa de existir se não há nexo de causalidade. Nesse sentido, bem observa Judith Martins-Costa:

Como se percebe, aí está um pressuposto que não pode jamais ser afastado do instituto da responsabilidade civil, sob pena de esta se transformar em um jogo de azar, numa cega loteria. É, talvez, de todos os pressupostos da responsabilidade, o mais perto ancorado na perspectiva moral da ação humana, pois indica, primariamente, quem responde pelo dano injusto que se causa (imputação subjetiva). A lei, porém, pode ampliar este nexo, atribuindo a responsabilidade a quem não causou diretamente o dano, mas é tido, por um nexo de imputação, responsável pela segurança, ou pela garantia, ou pelo risco (imputação objetiva). Portanto, a noção de nexo de causalidade não é, ela também, uma noção naturalista, mas normativa.²⁸

O nexo de causalidade liga, direta ou indiretamente, o fato e o dano. Significa que determinado dano deu-se em razão de determinado fato. “É o mais delicado dos elementos da responsabilidade civil e o mais difícil de ser determinado. Aliás, sempre que um problema jurídico vai ter na indagação

27 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.50.

28 MARTINS-COSTA, Judith. “Do inadimplemento das obrigações”. in *Comentários ao novo Código*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.), v. 5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.358-362.

ou na pesquisa da causa, desponta a sua complexidade maior”.²⁹

Cavaliere Filho considera o nexo de causalidade o primeiro elemento a ser examinado, afinal, é necessário saber se o agente deu causa ao dano antes de avaliar sua responsabilidade. E conceitua o nexo como o que estabelece o vínculo entre o comportamento do agente e o evento ocorrido, concluindo-se se este foi conseqüência natural de sua conduta voluntária.³⁰

No entanto, não há que se confundir causalidade com coincidência. O fato não deve coincidir com a ocorrência do dano, deve causá-lo.³¹

É de difícil caracterização, tendo em vista que nem todas as situações ocorrem de forma a se tornar clara e indiscutível a causa do dano. Em razão de tal dificuldade, surgiram diversas teorias a respeito da causalidade dos danos, das quais duas são aceitas no Direito Brasileiro: a Teoria da Equivalência de Condições e a Teoria da Causalidade Adequada.

A Teoria da Equivalência das Condições, elaborada entre os anos de 1860 e 1885 por Von Buri, é baseada na concepção de causa de Stuart Mill.³² Segundo tal entendimento, todas as condições, positivas ou negativas, concorrem para produzir o resultado. Portanto, não havendo uma das condições, não há o referido resultado. Não há a necessária distinção entre causa e condição. Se diversas condições concorrem para um dano, não importa qual delas foi mais ou menos eficiente para sua ocorrência; todas elas são consideradas equivalentes para o resultado. É a chamada teoria da *conditio sine qua non*, criticada por levar a “uma exasperação da causalidade e a uma regressão infinita do nexo causal”.³³

A Teoria da Causalidade Adequada, elaborada por Von Kries, em 1888, também leva em consideração todas as condições que colaboraram para o resultado. No entanto, avalia qual delas é a mais adequada para a produção do

29 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998 *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.5.

30 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.70 e 71.

31 CRUZ, O problema..., p.4.

32 Stuart Mill define a causa como sendo “a soma das condições positivas e negativas consideradas em conjunto, o total de contingências de todas as espécies às quais, sendo realizadas, segue-se invariavelmente o conseqüente” MILL, Stuart. Sistema de lógica indutiva e dedutiva. Liv. III, cap. V *apud* ROCHA, Marco Aurélio Martins. *O problema do nexo causal na responsabilidade civil*. in Estudos Jurídicos, n.71, v.27. São Leopoldo: UNISINOS, setembro/dezembro de 1994, p.45.

33 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.72.

resultado, sendo esta a causa adequada. Leva em consideração a previsibilidade de que determinada ação produza certo resultado, portanto.³⁴

Na conceituação feita por Fernando Noronha, a teoria da causalidade adequada parte da condicionalidade existente entre o fato considerado determinante do dano e o resultado final. A esta condicionalidade acrescenta-se a adequação, ou seja, o dano é consequência previsível do fato.³⁵

A doutrina brasileira é majoritária ao afirmar que o Direito Civil pátrio adotou esta última teoria.³⁶ Não há, no Código Civil de 2002, menção expressa da teoria adotada. No entanto, utiliza-se a interpretação firmada na doutrina e jurisprudência com base no artigo 1.060 do Código Civil de 1916, transcrita no artigo 403 do atual Código. Dessa forma, o efeito direto e imediato não é aquele mais próximo ao dano – temporalmente falando –, e sim aquele que foi mais eficaz para o resultado ocorrido.

Superado o problema do fato que gerou determinado resultado, surgem as

excludentes do nexo de causalidade, que são os fatos que, quando verificados, rompem o liame existente entre fato e dano. Os três casos de exclusão de nexo enumerados, unanimemente, por doutrina e jurisprudência são o caso fortuito ou força maior, fato de terceiro e fato exclusivo da vítima.

Fernando Noronha faz importante observação ressaltando que os fatos excludentes do nexo de causalidade não podem decorrer de precedente fato do responsável aparente pelo dano. Neste caso, estaria presente o nexo de causalidade. Os fatos excludentes devem ser independentes de qualquer atitude anterior do suposto responsável.³⁷

O caso fortuito e a força maior são comumente tratados como sinônimos, sendo controversa sua distinção. O Código Civil prevê ambos no artigo 393, quando trata do inadimplemento das obrigações, não fazendo diferenciação alguma entre ambos.

Cavaliere Filho³⁸ diferencia caso fortuito de força maior, caracterizando o primeiro como evento imprevisível e,

34 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, volume 6, p.3-19. Abril/junho de 2001, p.6-7.

35 NORONHA, Direito..., p.600.

36 PONTES DE MIRANDA adota tal teoria ao afirmar que sempre que o fato é próprio para causar o dano, a responsabilidade estabelece-se, não havendo responsabilidade se o fato não é causalmente adequado à produção do dano. MIRANDA, Tratado..., p.185. Também em NORONHA, Direito..., p.609, e CAVALIERI FILHO, Programa..., p.73 encontramos tal posicionamento. CAVALIERI FILHO ainda cita como adeptos de tal teoria JOSÉ DE AGUIAR DIAS e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.

37 NORONHA, Direito..., p.622.

38 CAVALIERI FILHO, Programa..., p.91.

por isso mesmo, inevitável, resultante de atitude humana ou de terceiro que intervém nos fatos. A força maior, no entanto, é previsível, mas inevitável, caracterizada principalmente por fatos da natureza (Acts of God). Caracterizam excludentes de nexos de causalidade por tratar-se de fato estranho à conduta do aparente agente, sendo sempre inevitáveis.

O parágrafo único do citado artigo prevê a ocorrência de caso fortuito ou força maior quando o fato ocorrido é necessário, e os efeitos são de impossível evitabilidade ou previsibilidade. Fernando Noronha³⁹ acrescenta, ainda, que o fato deve ser irresistível para caracterização de caso fortuito ou força maior. O mesmo autor considera desnecessária a diferenciação entre ambos, tendo em vista que são sempre tratados em conjunto pela legislação.

Para se entender o fato de terceiro, é necessário, primeiramente, caracterizar o terceiro. Terceiro é todo aquele que não é o lesado ou o aparente responsável pelo dano.⁴⁰ Tem-se, portanto, que o fato de terceiro exclui a responsabilidade daquele contra quem a demanda é dirigida, tendo em vista que, apesar

de aparentemente ser o causador dos danos experimentados pelo lesado, na realidade não foi ele o causador.

Da mesma forma ocorre com o fato da vítima. Muitos autores tratam o fato da vítima como sua culpa exclusiva. Tal denominação remete ao conceito de culpa, e não de causalidade, motivo pelo qual não é bem aceito pela doutrina mais recente. Um exemplo utilizado para explicitar a imprecisão de tal denominação é o suicídio de um indivíduo que se atira sob um veículo. Se tal indivíduo for inimputável, não há que se falar em sua culpa. Dessa forma, o seu fato, e não sua culpa, é o que exclui eventual responsabilização do motorista.

Explicitado o termo a ser usado – fato exclusivo da vítima –, parte-se para sua caracterização.

O Código Civil de 2002 não prevê expressamente o fato exclusivo da vítima como excludente da causalidade; no entanto, o artigo 186, ao prever que “aquele que violar direito e causar dano a outrem...” prevê expressamente que apenas comete ato ilícito, e responde civilmente, aquele que efetivamente causa o dano. E, sendo tal dano causado diretamente pela vítima, não há como

39 NORONHA, Direito..., p.619-634.

40 Fernando Noronha bem exemplifica tal conceito através de um engavetamento de veículos. Em caso de colisão de vários carros porque um deles não conseguiu frear, este é o responsável pelo acidente. No entanto, não é o veículo que colidiu com todos os veículos. Para alguns veículos, o causador do acidente não é necessariamente o que colidiu diretamente. Dessa forma, o causador do dano é um terceiro, e não as partes diretamente envolvidas nos danos causados a um dos veículos. Tal exemplo foi retirado de acórdão do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, julgado em 08/04/1986, publicado na *Revista dos Tribunais*, 607:117. NORONHA, Direito..., p.621.

outro responder. É o que já previa o preceito romano “*quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*”.⁴¹

Apesar de o conceito de fato exclusivo da vítima ser claro, a jurisprudência brasileira reluta muito em caracterizá-lo, principalmente em casos de acidente com morte. Isso porque ainda se coloca em destaque a culpa exclusiva da vítima, e pode parecer ofensivo relatar que a vítima foi a culpada pelo próprio óbito. No entanto, deve-se analisar os casos de responsabilidade civil levando-se em conta os princípios adotados pelo legislador e pela doutrina e jurisprudência. Como bem refere Gisela Sampaio da Cruz, a nova realidade impõe que a responsabilidade civil tenha por objetivo não mais castigar comportamentos negligentes, senão proteger vítima do dano injusto.⁴²

Assim como a vítima encontra-se atualmente favorecida, através de hipóteses de responsabilidade objetiva, que prescindem de culpa, deve ela agir de acordo com os princípios de boa-fé e cuidado, na responsabilidade

contratual, e com atenção e precaução, na delitual, evitando dar causa a danos que lhe prejudiquem.

Caracterizado o instituto da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro, passa-se à análise do caso a que se propõe o presente trabalho. Neste, observar-se-á a importância fundamental do instituto do fato exclusivo da vítima. O caso mostra-se paradigmático no instituto da responsabilidade civil, no que tange à exclusão do nexo de causalidade. Demonstra-se, após longa dissertação sobre o acidente ocorrido e as condições em que este se deu, a impossibilidade de responsabilizar civilmente a aparente causadora do infortúnio.

2. O CASO: ACIDENTE DE HELICÓPTERO NO MUNICÍPIO DE PINTO BANDEIRA⁴³

O caso a ser analisado decorre do acidente ocorrido em 29 de novembro de 2001, no município de Pinto Bandeira, interior do Rio Grande do Sul, próximo ao Rio das Antas. Na ocasião, um helicóptero sobrevoava o Vale do Rio

41 Tradução: “quando alguém experimenta dano, por culpa sua, não se entende que sofra dano”. Pomponius, Digesto 50, 17, 203 *apud* CRUZ, Gisela Sampaio da. O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.167, nota 310.

42 CRUZ, O problema..., p.17.

43 Há nove processos em curso em razão deste acidente. O presente trabalho tomará como base o processo nº 001/1.05.0070791-3, que tramita perante a 3ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre e tem como autoras Alice Treib Porto da Silva e sua mãe, Mara Regina Treib de Herrera, que foi instruído e julgado em conjunto com os processos movidos por Shirley Galli Taylor da Rosa (processo nº 001/1.05.0237241-2) e Pedro Yates Porto da Silva (processo nº 001/1.05.0086660-4).

das Antas a fim de realizar perícia técnica no local. Uma das pás da hélice do helicóptero enroscou-se na rede de distribuição de energia elétrica de alta tensão. O piloto perdeu o controle da aeronave, que se chocou contra um paredão próximo ao local e explodiu. Os cinco ocupantes faleceram.

Foi realizada perícia no local e aberto inquérito policial para a apuração das causas do acidente. O inquérito policial foi arquivado por considerar que o helicóptero encontrava-se a uma altura inferior à mínima permitida, não havendo culpa ou dolo da concessionária de energia elétrica.

A legislação brasileira prevê a sinalização da rede de distribuição de energia elétrica, com o uso de esferas vermelhas ou de cor laranja, a partir de determinada altura, a fim de evitar colisões como a ocorrida neste caso.⁴⁴

Então, foi estabelecida a controvérsia. De um lado, as famílias dos ocupantes da aeronave afirmam que os fios da rede de energia elétrica deveriam estar sinalizados; de outro, a concessionária de energia elétrica sustenta que não havia necessidade de sinalização, e que o helicóptero encontrava-se a altura inferior à permitida. Não havendo consenso, a demanda foi levada ao Poder Judiciário para apreciação.

As famílias dos cinco ocupantes ajuizaram demandas afirmando que

houve culpa tanto da concessionária de energia elétrica quanto da empresa de táxi aéreo que alugou o helicóptero, o que deu origem a ações requerendo indenizações pelos danos morais sofridos. Além disso, tanto a Seguradora que pagou a indenização à empresa proprietária do helicóptero quanto o Instituto de Resseguros do Brasil, que também arcou com os custos da aeronave, acionaram a concessionária de energia elétrica, requerendo ressarcimento pelos danos causados.⁴⁵

Alegaram serem ambas as empresas responsáveis pelo acidente. A empresa concessionária, por não haver sinalizado a rede de alta tensão que passava por cima do Rio das Antas, e a proprietária do helicóptero, por ter fornecido a aeronave para vôo não autorizado, além de responder pelos atos do piloto, que teria conduzido o helicóptero com imperícia, levando à colisão fatal, conforme previsão expressa do art. 932 do Código Civil de 2002 (que é aplicável ao presente caso por força do art. 2.028 do referido diploma).

Postularam indenização pelos danos morais sofridos em razão da perda dos familiares. Diante da perda do pai e marido no acidente, sofreram danos psicológicos. As ações, movidas pelos familiares do biólogo do Departamento de Conservação da Secretaria Estadual do Meio Ambiente e do engenheiro agrônomo da Divisão de Licenciamento

44 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Sinalização de advertência em linhas aéreas de transmissão de energia elétrica: NBR 7276. Rio de Janeiro, 1993.

45 Ver nota 9, com situação atual dos processos.

Florestal de Áreas Protegidas da Secretaria Estadual do Meio Ambiente foram instruídas e julgadas conjuntamente.

A controvérsia da demanda situava-se na regularidade ou não da rede de energia elétrica e na regularidade do vôo ocorrido. Nas outras demandas, reside a mesma controvérsia, razão pela qual a decisão proferida torna-se extremamente relevante. As informações colhidas e aqui citadas referem-se às informações constantes nos autos.

Em primeiro lugar, será analisado o vôo realizado.

2.1 Análise do vôo realizado

No dia 29 de novembro de 2001, às 11h30, o helicóptero Esquilo PT-YAM partiu do Aeroporto Salgado Filho conduzindo profissionais para sobrevôo de reconhecimento sobre o Rio das Antas, com o fim de avaliar o impacto ambiental decorrente do projeto de construção de três usinas hidrelétricas próximas ao local.

Por tratar-se de vôo em que seria necessário avaliar impacto ambiental de uma obra sobre a fauna e flora da região, deveria ser realizado, em alguns momentos, em baixa altura, já que a inspeção visual era necessária e deveria ser registrada e processada pelos ocupantes da aeronave.

Dessa forma, considerado o tipo de aeronave e a natureza do vôo (VFR – *Visual Flight Rules*),⁴⁶ as regras para sua realização estão especificadas na IMA 100-4.⁴⁷ A instrução prevê as seguintes alturas mínimas para vôo:

3.2. ALTURAS MÍNIMAS PARA VÔO VFR

a. Exceto em operações de pouso e decolagem, ou quando autorizado pelo SRPV⁴⁸ ou CINDACTA⁴⁹ com jurisdição sobre a área em que seja pretendida a operação, o vôo VFR de helicóptero não se efetuará sobre cidades, povoados, lugares habitados ou sobre grupo de pessoas ao ar livre, em altura inferior a 500 pés acima do mais alto obstáculo existente em um raio de 600m em torno da aeronave.

Em lugares não citados em a. anterior, o vôo não se realizará em altura inferior àquela que lhe permita, em caso de emergência, pousar em segurança e sem perigo para pessoas ou propriedades na superfície.

NOTA: Esta altura deve ter no mínimo 200 pés.

c. Tendo em vista atender a operações especiais de helicópteros, tais como: vôos panorâmicos, de filmagem, de inspeção de redes elétricas, etc., poderão ser autorizados vôos VFR, abaixo da altura mínima especificada em a. anterior, mediante autorização do SRPV com jurisdição na área em que seja pretendida a operação.

46 Tradução livre: Regras de vôo visual.

47 Instrução do Ministério da Aeronáutica, que contém regras especiais de tráfego aéreo para helicópteros.

48 SRPV – Serviço Regional de Proteção ao Vôo

49 CINDACTA – Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo.

O local, conforme apurado pelo Instituto-Geral de Perícias, pelo Ministério Público e de acordo com testemunhas ouvidas no local, era habitado, razão pela qual a altura mínima para o vôo era de 500 pés.⁵⁰ Ou, caso o vôo tivesse sido autorizado pelo SPRV, o que ocorre em casos excepcionais, o helicóptero poderia estar a 200 pés do solo.⁵¹

O acidente ocorreu aproximadamente às 12h30min, quando uma das pás do rotor principal do helicóptero colheu um dos fios da rede de distribuição de energia elétrica existente, vindo a enroscar-se. A aeronave foi de encontro a uma das paredes da encosta do Rio das Antas, onde colidiu e explodiu.

Quanto à sinalização da linha aérea de distribuição de energia elétrica, a NBR 7276⁵² exige a sinalização da linha que passe a uma altura igual ou superior a 150m do solo:

3.2. Sinalização diurna em travessia sobre vale profundo:

Na travessia de linha de transmissão sobre vales profundos, nos vãos em que o cabo superior se situar a uma altura igual ou superior a 150m do solo, em algum ponto, à temperatura mínima do projeto sem vento, este cabo é sinalizado com esferas...

A perícia realizada pelo Instituto-Geral de Perícias para apuração das condições do acidente foi realizada em um helicóptero equipado com um GPS e um altímetro, que especificaram as coordenadas das margens do rio, do local e dos postes correspondentes à linha de distribuição.

Há controvérsia nos autos quanto à altura dos fios de distribuição da rede elétrica. Portanto, foi elaborado estudo técnico pelos engenheiros elétricos Luiz Osório Flores Cabral e Sadi Roni Matzembacher, que esclarece as controvérsias existentes em decorrência de um laudo da SPAR⁵³ foi juntado aos autos da ação proposta pela AGF Seguros (já mencionada, ver nota 9), e que afirma que a linha de transmissão rural fica na barranca do rio, a aproximadamente 300 metros do nível do rio.

O fato é que o terreno, no local do acidente, é extremamente sinuoso, e a linha de distribuição de energia elétrica acompanha tal sinuosidade. Nas margens do rio, o terreno possui um aclave, que é acompanhado pelos fios. Portanto, a linha pode se encontrar a 300m do nível do rio, mas fica a 130 metros do solo.

A NBR 7276 apenas impõe que o fio deve estar sinalizado se, em algum

50 Um pé corresponde a 30,48cm. 500 pés correspondem, portanto, a 152,40m.

51 200 pés correspondem a 60,96m.

52 Norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) que dispõe sobre sinalização de advertência em linhas aéreas de transmissão de energia elétrica.

53 SPAR – Serviços Periciais Aeronáuticos Ltda.

ponto, a distância vertical entre o solo e a rede de distribuição for superior a 150m. No entanto, em ponto algum a altura da rede ultrapassa os 150m, estando geralmente a 130m do solo. Então, diante do fato de que a rede de distribuição de energia elétrica encontrava-se abaixo dos 150m, não era obrigatória a sinalização da rede de distribuição de energia elétrica.

De posse do dado referente à altura dos fios da rede de distribuição de energia elétrica, uma conclusão torna-se lógica: se o helicóptero enroscou-se com a rede de distribuição, obrigatoriamente estava voando à altura desta, ou seja, 130m. E, para vôos a esta altitude, seria necessária a autorização do SRPV ou CINDACTA, o que não ocorreu.

Estão postas, pois, as condições em que ocorreu o acidente. Em seguida, serão analisadas tais condições, para apuração da causa do acidente e da responsabilidade civil.

2.2 Análise da causa do acidente

Para apuração da causa do acidente ocorrido, deve-se retomar os conceitos inerentes à causalidade adotadas em sede de Responsabilidade Civil. Como apontado anteriormente, a doutrina brasileira adota a Teoria da Causalidade Adequada para apuração das causas do dano. A jurisprudência segue o mesmo caminho.

O Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira, em recurso de apelação cível, manifesta-se no sentido de que nem todas as circunstâncias que concretamente concorrerem para a produção do resultado são relevantes, sendo-o somente aquela que interferiu de forma decisiva.⁵⁴

Também o Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal, durante a I Jornada de Direito Civil, aprovou enunciado reconhecendo a aplicabilidade da teoria da causalidade adequada.⁵⁵

54 APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ROUBO DE VEÍCULO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. CASO FORTUITO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. - Não há que se falar na responsabilidade do proprietário, quando, desaposado de seu veículo mediante grave ameaça, vem o mesmo a colidir com veículo conduzido pela parte demandante. Inexistem provas de que o demandado tenha deixado de tomar as cautelas necessárias com a guarda de seu veículo, dando azo ao roubo por meliantes. - A prova dos autos evidencia que o veículo conduzido pelo autor foi abalroado automóvel roubado conduzido por criminosos durante uma tentativa de fuga de perseguição policial. Teoria da Causalidade Adequada. Afastado o nexo de causalidade. (...) Agravo retido não conhecido. Rejeitada a preliminar. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70019462415, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 06/09/2007).

55 Art. 945: o art. 945 do Código Civil, que não encontra correspondente no Código Civil de 1916, não exclui a aplicação da teoria da causalidade adequada.

Para o caso, portanto, interessa determinar a causa adequada do acidente, a causa sem a qual não teria ocorrido o resultado.

Duas seriam as possíveis causas para o acidente, o que gera toda a controvérsia existente nos processos em curso: a ausência de sinalização da rede de distribuição de energia elétrica, por parte da concessionária de energia elétrica, e a altura em que o piloto conduzia o helicóptero.

Primeiro, será analisada a rede elétrica. Ainda que não exista o dever de sinalização da rede elétrica, a concessionária de energia, por força no disposto no artigo 37, § 6º da Constituição Federal, responde pelos danos que causar, independentemente de culpa. Portanto, se existir nexos de causalidade entre o dano ocorrido e o fato de estar a rede de distribuição sem sinalização, deverá a concessionária indenizar. Só será eximida da responsabilidade em caso de interrupção do nexos causal, por uma das excludentes já citadas.

A sinalização na rede de distribuição tem como fim alertar as aeronaves de sua existência. No caso em tela, se ela existisse, o piloto teria avistado a rede de distribuição. No entanto, ainda que a sinalização não existisse, pois não era necessária, o piloto tinha ciência de sua existência. Os pilotos ouvidos durante o inquérito de apuração das causas do acidente, feito pelo Ministério Público, informaram que todos os pilotos são informados, quando vão sobrevoar a área do Rio das Antas, da existência de

rede de distribuição de energia elétrica não sinalizada. O piloto Eduardo de Azevedo Sperb, que fora ouvido nos processos como testemunha, informa ter contado, em vôos anteriores, três linhas sem sinalização.

O piloto envolvido no acidente já havia sobrevoado o local em três ocasiões, e conhecia bem o local do acidente. Em relatório elaborado pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, ficou comprovado que o piloto já havia sobrevoado a área anteriormente. Portanto, a sinalização da rede de distribuição de energia elétrica poderia alertar o piloto quanto à sua existência, mas não teria necessariamente evitado o acidente.

Passa-se, agora, a analisar a altitude do piloto da aeronave. Como já discorrido, a altura em que o helicóptero se encontrava era de aproximadamente 130m. Para estar pilotando a esta altura, seria necessária autorização do órgão responsável, o que não houve.

O piloto, portanto, agiu com negligência, diante da inobservância de norma que deveria ser seguida. A altura mínima para o vôo não tem outra finalidade que não promover a segurança da população e dos ocupantes das aeronaves. Portanto, deve ser seguida à risca. Se, abaixo de determinada altura, se torna necessária autorização prévia para o vôo, conclui-se que há um maior risco envolvido, e deve-se redobrar a segurança em tais casos.

No entanto, mesmo sabendo que deveria realizar o vôo em baixa altitude, devido ao tipo de avaliação que deveria

ser feita, e da necessidade de proximidade com o solo, o piloto não teve a precaução de requerer tal autorização.

Somando-se à ausência de autorização o fato de que o piloto conhecia a região e a existência da rede de distribuição de energia elétrica, surge daí sua imperícia, ao ignorar norma vigente e de realizar atividade técnica sem observar a sua segurança e dos ocupantes da aeronave.

Se o piloto houvesse requerido a autorização para o vôo naquele local, em baixa altitude, e tivesse obtido tal autorização, mesmo diante do alto risco decorrente da existência da fiação exatamente na altura em que a aeronave estaria voando, certamente teria sido novamente alertado da existência da rede, o que teria feito com que redobrasse a atenção no local.

E, se tivesse obedecido a altura mínima para o vôo, que é o que deveria ter ocorrido, simplesmente não teria ocorrido o acidente. Ainda que a rede de energia elétrica não estivesse sinalizada, se o piloto do helicóptero tivesse cumprido a Instrução da Aeronáutica, e observado a altura mínima para o vôo, o que é plenamente possível, tendo em vista que helicópteros são equipados com altímetros, nunca teria ocorrido a colisão entre os fios e a hélice do helicóptero, e o acidente fatal. E, mesmo se a rede de energia elétrica estivesse sinalizada, a condução do helicóptero a 130m de altura teria causado a colisão, da mesma forma.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise, conclui-se que se o heli-

cóptero não estivesse voando abaixo da altura mínima permitida não teria sua hélice colhido um dos fios da rede de distribuição de energia elétrica, e não teria ocorrido a colisão, a explosão, o acidente. A causa adequada a causar acidente foi, então, a conduta culposa do piloto do helicóptero, nas modalidades de negligência e imperícia.

A seguir, será analisada a caracterização de Responsabilidade Civil no caso.

2.3 Caracterização da responsabilidade civil no caso em estudo

Para averiguar a existência do dever de indenizar, deve-se analisar a existência dos cinco elementos necessários à sua caracterização. Tendo em vista que o caso está sendo analisado tendo a concessionária de energia elétrica como possível responsável pelo acidente, a caracterização será feita sob esse ponto de vista.

O ato ilícito, em princípio, existe. Considerando-se que a rede de distribuição não estava sinalizada, teria havido omissão da concessionária, caracterizando omissão que causa dano a outrem. Seria, portanto, um fato antijurídico que originou lesão injusta a terceiro, ensejando indenização pelos danos sofridos. Por tratar-se de atividade de risco a desenvolvida pela concessionária, não precisa haver necessariamente ato ilícito. Ela responde pelo risco criado a terceiros.

O dano, no presente caso, é inegável. Todos os ocupantes da aereo-

nave faleceram tragicamente, deixando famílias desamparadas. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A morte de um familiar acarreta, certamente, sofrimento, sendo desnecessária sua comprovação.

Neste sentido é o voto do Ministro Aldir Passarinho Junior, no julgamento de Recurso Especial em matéria de Responsabilidade Civil. Tratava-se de acidente com ônibus transportando passageiros, em que faleceu o pai dos autores. Há alegação que as duas filhas da vítima, por serem casadas, não sofreriam dano moral. O Ministro considera que a relação afetiva não se apaga através do casamento.⁵⁶

O Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, ao julgar apelação cível em

ação de danos morais em razão do assassinato do filho da autora, ocorrido em local fechado e com seguranças, assevera que o dano moral decorre do próprio evento danoso, sendo imensuráveis a dor e o sofrimento suportados pela autora. Trata-se, portanto, de dano *in re ipsa*.⁵⁷

A culpa, do ponto de vista dos autores da demanda, estaria caracterizada a partir do momento em que não há sinalização da rede de distribuição de energia elétrica. Por tratar-se de Responsabilidade Objetiva, não é necessária a existência da culpa para a existência do dever de indenizar. Assim, ainda que não haja culpa, presentes os demais elementos, caracterizar-se-ia a responsabilidade civil.

O nexo de imputação também existiria. O acidente ocorreu através da

56 CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE COM COLETIVO. MORTE DE PASSAGEIROS. NULIDADE DO ACÓRDÃO NÃO CONFIGURADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIÊNCIA. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL DEVIDO AOS FILHOS E IRMÃOS. (...)III. Dano moral presumido dos autores, pela perda das vidas do pai e irmão acidentados, desimportando a circunstância de que duas delas já se achavam casadas, porquanto os laços afetivos na linha direta e colateral, por óbvio, não desaparecem em face do matrimônio daqueles que perderam seus entes queridos.(...)VI. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp 330.288/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27.06.2002, DJ 26.08.2002 p.230).

57 EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PENSÃO MENSAL. MORTE DO FILHO DA AUTORA. ILÍCITO CIVIL CONFIGURADO. (...)3. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. São imensuráveis a dor e o sofrimento suportados pela autora, ante a perda precoce do filho, estando caracterizado o *danum in re ipsa*, o qual se presume, conforme as mais elementares regras da experiência comum, prescindindo de prova quanto à ocorrência de prejuízo concreto. (...) APELAÇÕES DA AUTORA E DA RÉ VIGILÂNCIA PEDROZO LTDA. IMPROVIDAS. APELO DO SESC PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70016733685, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 27/09/2007).

colisão de uma aeronave com fios da rede elétrica, de propriedade e responsabilidade da concessionária. Se tais fios causassem o dano, deveria a empresa responder.

Chega-se, portanto, ao último – e mais importante, no caso – elemento para a caracterização da Responsabilidade Civil da concessionária: o nexo de causalidade. Conforme explanado, o dano foi ocasionado por atitude exclusiva da vítima, o que é uma das excludentes do nexo de causalidade. Interrompido o nexo de causalidade, em decorrência de fato exclusivo da vítima, inexistente responsabilidade da concessionária pelo acidente.

Realmente, seria contrário à justiça que alguém que não tenha dado causa a uma lesão devesse ser responsabilizado. Se, por alguma razão, não há o nexo de causalidade, não existe responsabilidade. O piloto foi o responsável pelo acidente, ele deve responder pelos danos sofridos e causados a outrem.

Tal conclusão é de importância para o caso, tendo em vista tratar-se de responsabilidade objetiva. Se não estivesse rompido o nexo de causalidade, ainda que a empresa não tenha agido com culpa, estaria obrigada a indenizar pelas lesões sofridas. Portanto, diante da ocorrência da única possibilidade de exclusão de responsabilidade, que é a interrupção do nexo de causalidade, torna-se essencial sua caracterização, a fim de evitar que a empresa seja condenada a indenizar os parentes das vítimas por danos a que não deu causa.

A empresa de táxi aéreo, no entanto, deve indenizar os familiares da vítima. Por força do artigo 932, III do Código Civil de 2002, o empregador responde pelos danos causados por seus empregados, nessa qualidade. O acidente foi causado pelo piloto, no exercício de sua função, razão pela qual é responsável pela reparação civil. Tendo em vista que faleceu no acidente, a empresa assume a responsabilidade.

2.4 Análise da decisão proferida pelo juízo de primeiro grau

O MM. Juízo de primeiro grau, em decisão proferida nos autos dos processos em análise, concluiu pela inexistência de responsabilidade da empresa Rio Grande Energia S.A. e pela responsabilidade da empresa Aeromed Serviço de Táxi Aéreo. Concluiu pela inexistência do dever de sinalizar os fios da rede de distribuição de energia elétrica com a qual se enroscou o rotor do helicóptero, por parte da concessionária de energia elétrica. E, diante de tal inexistência, não há ilícito que a obrigue a responder pelos danos ocasionados.

Tal entendimento, talvez, não seja o mais acertado tendo em vista que mesmo diante da ausência de ato ilícito, deveria a concessionária responder, por força do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil e do parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal. Ambos prevêem a responsabilidade civil independente de culpa. Aquele faz tal previsão em casos em que a atividade

normalmente desenvolvida traz risco a outrem, o que efetivamente ocorre com eletricidade, e este prevê a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, o que é o caso da concessionária de energia elétrica.

Após a conclusão da inexistência do dever de indenizar, por parte da Rio Grande Energia, o juiz discorre a respeito da responsabilidade da empresa de táxi aéreo. Para tanto, caracteriza a atitude culposa do piloto.

Considera o juiz que “o reconhecimento de que o comandante e piloto da aeronave foi diretamente o responsável pela tragédia é inafastável”.⁵⁸ Discorre que se tratava de vôo de alta precisão e risco, para o qual era necessária habilidade e conhecimento técnico, além de conhecimento da região e necessidade de um reconhecimento prévio a fim de identificar e localizar os obstáculos existentes, que eram de conhecimento do piloto.

Pelo fato de nenhum dos vôos anteriormente realizados ter exigido tamanha precisão, e exposto a aeronave a tamanho risco, a localização das linhas de distribuição de energia elétrica tornava-se providência inafastável para redução do grau de risco do vôo.

Era de conhecimento do piloto que nem sempre era possível visualizar a rede de energia elétrica, por se tornar ofuscada pelo reflexo do espelho d’água, pelo fundo verde da mata e pela atenção

que deveria dar aos ocupantes do helicóptero, a fim de atingir a finalidade do vôo. Houve relato, nos autos, de que talvez a atenção que foi dispensada às finalidades do vôo tenha contribuído para que o piloto esquecesse da existência da rede de distribuição de energia.

A área que seria analisada seria a região de inundação do lago que seria formado pela barragem das hidrelétricas, área essa já delimitada. Portanto, restaria ao piloto o dever de fazer reconhecimento prévio exatamente nessa região, já que apenas nela seria necessário voar a baixa altitude. A inexistência de tal reconhecimento caracteriza a negligência que tornou-se definitiva para a ocorrência do acidente.

O relatório do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos conclui que tal negligência, agregada à necessidade de voar a baixa altura e a demasiada autoconfiança do piloto foram essenciais na ocorrência do acidente. “Não se desconhece que outros fatores também se somaram para o ocorrido”, conclui, “entretanto, eles (os fios) já eram integrantes do local e a ausência de sinalização não se mostrava em situação de irregularidade, como amplamente se debateu”.⁵⁹

Por tais razões, julgou improcedente o pedido em relação à Rio Grande Energia, e procedente em face da Aeromed – Serviço de Táxi Aéreo, condenando-a ao pagamento de indenização por danos morais a todos os autores, e indenização

58 Fl. 21 da sentença proferida nos autos dos processos em análise.

59 Fl. 22 da sentença em análise.

por danos materiais, em razão de gastos com psicólogo, em favor de Shirley Galli Taylor da Rosa. A decisão proferida, dessa forma, enquadra-se no problema posto em questão, que é a caracterização de fato exclusivo da vítima com o fim de excluir o nexo de causalidade.

O tema é controverso, houve interposição de recurso de apelação pelos autores e pela ré condenada, com o fim de reconhecer a inexistência de fato do piloto, e responsabilidade civil da Rio Grande Energia.

O caso analisado exemplifica de modo satisfatório o fato da vítima e sua caracterização. A atitude do piloto, ao desobedecer à norma vigente que deveria ter sido observada, e não ter tomado as precauções que deveria, como reconhecimento prévio da região a fim de identificar obstáculos de que tinha ciência, contribuíram de forma essencial ao acidente. Tivesse ele se mantido à altura determinada, não teria se enroscado com os fios de energia. E teria evitado a sua morte, e dos outros quatro ocupantes do helicóptero.

CONCLUSÃO

A Responsabilidade Civil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, assume como função também a garantia dos direitos fundamentais, através da previsão expressa de reparação dos danos antijurídicos.

O Código Civil de 2002 caracteriza o ato ilícito, do qual decorre o dever de indenizar. Surgem, portanto, os cinco elementos essenciais à caracte-

terização da responsabilidade: ato ilícito, dano, culpa, nexo de imputação e nexo de causalidade.

A presença de culpa nem sempre é necessária para que haja o dever de indenizar. Nos casos previstos em lei, ou em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor ofereça risco a outrem, prescinde-se de culpa, bastando que estejam presentes os outros elementos.

O nexo de causalidade liga diretamente o autor ao dano. O Direito Brasileiro, ao adotar a Teoria da Causalidade Adequada, admite como causa do dano apenas aquilo que efetivamente acarreta o dano. Apenas a causa sem a qual o resultado não seria produzido é considerada como eficiente.

Se interrompido o nexo de causalidade, inexistente o dever de indenizar. A doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem três causas de exclusão do nexo de causalidade: o fato de terceiro (quando outro, que não o responsável aparente, causa a lesão), o caso fortuito e a força maior (eventos imprevisíveis ou inevitáveis que ocasionam o dano) e o fato exclusivo da vítima (o lesado é responsável pela causa adequada à produção do resultado).

O caso analisado decorre de acidente de helicóptero em que uma das pás de seu rotor principal enroscou-se aos fios da rede de distribuição de energia elétrica, ocasionando colisão com um paredão e explosão, com a morte de todos os ocupantes.

Surgiu, então, a controvérsia acerca do civilmente responsável pelo acidente,

e pelo conseqüente dever de indenizar os familiares da vítima e, talvez, ressarcir a seguradora pelo valor pago à empresa proprietária do helicóptero destruído.

Os outros elementos da responsabilidade civil, em princípio, estariam caracterizados no caso. O ato ilícito (ausência de sinalização da rede de distribuição de energia), o dano (morte dos ocupantes), a culpa (pela ausência da sinalização) e o nexo de imputação (os fios são de propriedade da concessionária, que pelos danos causados deve responder).

No entanto, durante a instrução processual, surgiram duas possíveis causas do acidente: a ausência de sinalização dos fios da rede elétrica, através das esferas, e a altura em que o piloto conduzia a aeronave, o que trouxe a controvérsia de quem seria o responsável pela indenização.

A perícia realizada concluiu que a rede de distribuição de energia elétrica encontrava-se a 130m do solo. A norma aplicável ao caso prevê a existência da sinalização apenas se o fio, em algum ponto, estiver a uma altura superior a 150m. Inexistiu, portanto, descumprimento de norma por parte da concessionária de energia elétrica, não ocorrendo conduta culposa. No entanto, isto não é suficiente para a exclusão de sua responsabilidade, eis que, tanto por força do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, quanto pelo artigo 927, parágrafo único do Código Civil, a empresa responde independentemente de culpa.

Passou-se, então, a analisar as condições do voo. Instrução do Ministério da Aeronáutica determina as

alturas mínimas para vôos de helicóptero. Por força de tal instrução, e por tratar-se de voo que precisava ser realizado próximo do solo, para avaliação do impacto ambiental, a altura mínima era de 500 pés, equivalentes a aproximadamente 150m. Se houve a colisão da aeronave com os fios da rede elétrica, conclui-se logicamente que sua altura era de aproximadamente 130m.

O piloto, ao conduzir conscientemente o helicóptero em altura inferior à permitida, afinal a aeronave é equipada com aparelhos que indicam sua altura, incidiu em conduta culposa.

Para determinar a causa do acidente, deve-se analisar qual das causas foi adequada à produção do resultado.

Ainda que os fios estivessem sinalizados, se o helicóptero estivesse à altura em que se encontrava, ocorreria a colisão. No entanto, mesmo não havendo a sinalização, se o piloto obedecesse às normas inerentes ao voo, não haveria o acidente.

A causa que se mostrou adequada à produção do resultado ocorrido, portanto, foi a condução da aeronave abaixo do limite mínimo permitido, caracterizando esta como a causa adequada do acidente.

Demonstrado, pois, que o fato produzido exclusivamente pela vítima foi a causa adequada à produção do resultado, ocorrendo a interrupção do nexo de causalidade e eximindo a concessionária de distribuição de energia elétrica do dever de indenizar.

A sentença do caso analisado adotou tais prerrogativas como razões

de decidir e também concluiu pela improcedência da demanda em relação à Rio Grande Energia.

As outras ações referentes ao mesmo acidente encontram-se ainda em curso, pendentes de decisão.

O caso é, realmente, controvertido, e esbarra na dificuldade do judiciário em admitir que uma vítima contribuiu

decisivamente para o evento que causou sua morte e a de outras pessoas.

Minha conclusão é de que a decisão foi clara, e aplicou corretamente os princípios e regras correspondentes ao caso, que levam à conclusão lógica e inafastável do fato exclusivo da vítima como causa do dano e conseqüente exclusão do nexo de causalidade.

REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. Sinalização de advertência em linhas aéreas de transmissão de energia elétrica: NBR 7276. Rio de Janeiro, 1993.
- BRASIL. *Código Civil Anotado*. 2.ed., revista e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. 40.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6.ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.
- I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2002, Brasília. I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <www.jf.gov.br>. Acesso em 20/11/2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. “Do inadimplemento das obrigações” in *Comentários ao novo Código*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), v.5, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito privado*. 3. ed., 2ª reimpressão. Tomo XXII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984.
- NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- NORONHA, Fernando. O nexo de causalidade na responsabilidade civil. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Ano 4, v.14. p.53-77. Abril/junho de 2003.
- ROCHA, Marco Aurélio Martins. “O problema do nexo causal na responsabilidade civil” in *Estudos Jurídicos*, n.71, v.27. São Leopoldo: UNISINOS, setembro/dezembro de 1994.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 15.ed., v.4. São Paulo: Saraiva, 1997.
- TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.6, p.3-19. Abril/junho de 2001.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Dos Atos Jurídicos Lícitos. Dos Atos Ilícitos. Da Prescrição e da Decadência. Da prova”. in *Comentários ao novo Código*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.), v.3, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Jurisdição e Judiciário: um estudo a partir do pensamento de Hannah Arendt

Luiz Fernando Castilhos Silveira*

“Eles estão tão fascinados pela coerência do seu sistema e tornam-se assassinos porque estão prontos a tudo sacrificar por essa coerência, por esse ‘belo’ autofechamento.”

Hannah Arendt, *Vies Politiques* (Paris, 1974), p.152.

“O que proponho é simples: trata-se apenas de refletir sobre o que estamos fazendo.”

Hannah Arendt, *A Condição Humana*.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo uma análise – ainda que breve – do papel desempenhado pelo processo judicial (e especialmente pelo Processo Civil) na sociedade contemporânea. Ante a complexidade e pluralização das

relações sociais atuais, o paradigma filosófico racional já não apenas sinaliza seu esgotamento, mas lateja sua completa inadequação como fundamento de teorias sociopolíticas. Na mesma esteira, a ideologia político-liberal segue atrelada ao Judiciário, no melhor estilo *laissez-faire*¹ que contradiz um esforço de con-

* Professor em Ciências Jurídicas e Sociais na UFRGS; mestre em Direito pela UNISINOS. Advogado militante. silveira@snbadvogados.com.br

1 Como um Judiciário que, pelos mais diversos motivos, se abstém de julgar, seja protelando a decisão “por culpa do excesso de recursos ou de trabalho”, seja atribuindo-a a outrem (lei, princípios, legislador, etc.). Bem mencionou Ovídio Baptista: “[p]ara o pensamento conservador, manter o *status quo* é o modo de não ser ideológico. O magistrado que indefere a liminar pedida pelo autor não imagina que esteja outorgando, diríamos, uma ‘liminar’ idêntica ao demandado, apenas de sinal contrário, enquanto idêntico benefício processual, permitindo que ele continue a desfrutar do *status quo* a custo zero.” Quanto

cretização de um Estado democrático de direito constitucionalmente previsto.

Os problemas que se põem são muitos. O presente texto pretende abordar uma concepção que vise ao fortalecimento do Poder Judiciário como instituição integrante da democracia nacional (em um sentido diferente da mera aplicação literal de uma Lei heterônoma), focando diretamente a questão da legitimidade do julgador. John Merryman² alertara do papel desempenhado pelo juiz na tradição do Direito Continental: a de um servidor público, um funcionário. E como tais os magistrados são reconhecidos e respeitados.³

Entretanto, essa não é a única forma de se conceber o Judiciário – e essa

concepção de julgador deveria estar tão desgastada quanto o próprio paradigma em que se insere. Há maneiras de o juiz não ser nem o burocrata⁴ que aplica as diretrizes de um ‘governo de ninguém’,⁵ nem alguém que impõe as suas próprias verdades com arbitrariedade pura – velada ou exposta. É via correlata ao que Ovídio Baptista⁶ classificou como “resgatar a figura do juiz responsável – oposto ao juiz do sistema, que não comete injustiças.”⁷

Esse caminho passa pela negação do esvaziamento do magistrado enquanto relevante para a operacionalização do Direito. É preciso esquecer a figura da separação absoluta dos poderes, como idealizada pela doutrina

à atribuição da responsabilidade a outrem, segue o doutrinador: “[s]e o juiz aplicar a vontade da lei, imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador.” Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.16.

2 MERRYMAN, John. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

3 *Ibidem*, p.67, 72 et passim.

4 Com relação à perda da legitimidade do juiz pela sua inserção no ‘poder burocrático’, ver, dentre outros, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.45.

5 Hannah Arendt se referiu à burocracia como o “mando de ninguém”, ou seja, uma operacionalização em que ninguém se torna responsável. A autora considera, justamente por isso, que talvez seja a forma menos humana e mais cruel de governo. ARENDT, Hannah, *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.94; (Cf. *Infra*).

6 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n.4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p.323-352.

7 *Ibidem*, p.333. Nesse sentido, será trabalhado no decorrer do texto a questão da responsabilidade dos julgadores, tanto no sentido pessoal quanto coletivo, a partir das idéias de Hannah Arendt. Também será revista a questão dessa impossibilidade de perceber injustiças a partir dessa mesma matriz teórica, o que, para a autora, está entre as origens do sistema totalitário (Cf. *Infra*).

francesa da era moderna, em que o Judiciário é um poder nulo, a mera boca da lei.⁸ E ninguém mais apto a por essa mudança em escopo que os próprios julgadores, com apenas um cuidado: não transformarem um totalitarismo da verdade burocrática (elaborada sob critérios de eficiência moderna) em um totalitarismo de suas ‘verdades’ e convicções pessoais ou corporativas.

Dentro dessa perspectiva, o que deve conferir legitimidade ao Judiciário e prestígio aos juizes é precisamente o papel democrático que estes podem desempenhar, assumindo o debate político,⁹ em vez de fingir que o mesmo, para eles, sequer existe. Busque-se a operacionalização do jurídico da forma mais adequada a uma democracia tão almejada – uma que não seja disfarce a qualquer oligarquia governante, a qual impõe seus valores e soluções aos demais cidadãos –, que esteja compromissada com o respeito à diversidade inerente ao regime democrático.¹⁰ Um passo além de identificar o problema, este estudo pretende pôr um caminho para discussão.

O enfoque que se propõe, com vistas a despertar um espírito de reflexão e movimento em busca de solução ao problema, se desenvolverá a partir do pensamento de Hannah Arendt. Tomando-se como referência alguns conceitos centrais da autora, como, principalmente, ‘verdade’, ‘espaço público’, ‘senso comum’, ‘responsabilidade’, ‘mal radical’ e ‘banalidade do mal’, além de alguns de seus *insights* acerca das origens do totalitarismo, pretende-se questionar essas idéias de forma a tencionar uma possível interpretação do direito processual a partir desse enfoque e suas conseqüências.

Este texto se dividirá em duas partes. Na primeira, apresentar-se-á brevemente alguns conceitos arendtianos que se consideram centrais para a compreensão do argumento que se pretende desenvolver. No segundo momento, pretende-se relacionar o pensamento da filósofa com algumas características de nosso Processo Civil, tomando-se como referência a visão de alguns juristas que possuem relevantes

8 Cf. MERRYMAN, *Op. Cit.*, p.37, ss. *et passim*; Cf. também MATEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998, *passim*.

9 Por ‘debate político’ não se quer qualquer concepção restrita, como um debate político-partidário; Entenda-se como o debate respeitante à administração do poder, da república (*Res Publica*, bem comum, etc.); toma-se, principalmente, o termo ‘político’ no sentido arendtiano (*Cf. Infra*).

10 Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista, da. *Fundamentação das Sentenças...*, *passim*.; sobre a crise de legitimidade da democracia causada pela forma racionalista de conceber o Direito, ver SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia (Cit.)*, p.56; sobre a questão da diversidade versus ‘pasteurização’ do regime democrático como uma sociedade de ‘iguais’, ver MATEUCCI, Nicola. *Op.Cit.*, p.255 *et passim*.

contribuições críticas ao estudo do tema, como John Merryman, Mauro Capeletti e Ovídio Baptista.

Por mais que a primeira parte pareça um tanto afastada ou desconectada com o tema que está sendo tratado (processo e jurisdição), pede-se que o leitor não se deixe enganar. Talvez as críticas mais severas e contumazes se encontrem justamente ali, nas entrelinhas. A estrutura do presente texto não é casual e visa a permitir que quem tome contato com ele possa, no decorrer da leitura, tirar suas próprias conclusões, ter seus próprios *insights* para, na segunda parte, poder confrontá-los com alguns dos que serão apresentados. Já na primeira parte do texto, pretende-se deixar que o intérprete busque a relação com o tema, e pistas que levem a essas conexões serão oferecidas ao seu sabor. Essa primeira parte tampouco se presta a uma exposição exaustiva do pensamento arendtiano, mas visa apenas a expor alguns poucos conceitos que parecem centrais para algumas reflexões na área da jurisdição.

Saliente-se que o presente trabalho não se presta a uma mera análise do que é ou foi o processo judicial; tampouco visa a descrever o que ele deveria ser, em termos absolutos – e isso, principalmente, porque se acredita, com a companhia de Ovídio Baptista (dentre outros), que não há ciência do processo – perfeita, acabada, ideal e a-histórica.

Pelo contrário, reconhece-se a proposta aqui exposta como utópica, como uma tensão com o intuito de demonstrar que o processo, tal como concebido hoje, não mais se presta à sociedade pós-segunda guerra (para a qual serve, com imenso propósito e não ao acaso, o pensamento arendtiano). Não se quer instituir uma verdade por outra: lembremos que Arendt toma qualquer ditadura da verdade como tão tirânica quanto qualquer outra forma de despotismo.¹¹

O objetivo, por fim, é o deslocamento do discurso do processualismo tradicional, com vistas a identificar problemas e tencionar soluções que possam ser adequadas a uma realidade (sempre) transformada.

2. BREVE EXPOSIÇÃO DE ALGUMAS IDÉIAS DE HANNAH ARENDT

Esta autora desempenha um papel central na filosofia política do pós-guerra, não sendo de se desconsiderar, dentre as razões, sua origem judaica e alemã. Tendo presenciado em terras germânicas a tomada do poder por Hitler, em 1933, e o surgimento do terceiro Reich, Arendt fugiu da Alemanha nazista para Paris e, após novos problemas políticos decorrentes da guerra (por ser nacional de um inimigo da França), conseguiu escapar para os Estados Unidos em 1941.

11 ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Trad. Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'Água Editores, 1995, p.35.

Tais acontecimentos levaram o pensamento arendtiano a uma guinada considerável. A autora não perdeu suas influências existencialistas adquiridas pelos estudos com Jaspers e Heidegger, mas cambiou seu foco principal para a relação entre a filosofia que lhe era imanente e a política, principalmente no que toca aos regimes totalitários. Sua obra evolui, em parte, visando a se distanciar dos malefícios que a vida inserta em tais ideologias traz à humanidade, ao fim de sua vida voltando a uma filosofia libertadora do indivíduo, das suas ações e de seu pensamento, não à toa muitas vezes figurando como bandeirante da dignidade da pessoa humana nos tempos atuais.

2.1 Por que partir do pensamento arendtiano?

A primeira grande obra publicada por Hannah Arendt, *As origens do Totalitarismo*,¹² já no seu ‘exílio’ em terras americanas, enfoca precisamente questões que envolveriam políticas ‘totalitárias’ (e a autora classifica como tais, tanto a ideologia nazista, quanto o regime comunista, colocando lado-a-lado Hitler e Stalin).

Um dos ônus que este texto se propõe é demonstrar que alguns caracteres que Arendt identificou como envolvidos

no terror totalitário (ou dele causadores) são exatamente alguns dos que norteiam nossa disciplina processual – tanto na teoria quanto na prática. As constatações que a filósofa fez a partir de sua experiência no julgamento de Eichmann, em Jerusalém,¹³ nos levam a refletir que os piores males são os cometidos quando não temos consciência deles, e não quando se busca efetivamente o mal. Tenciona-se mostrar o quanto nossos procedimentos judiciais tecnicistas afastam os juristas, pelo bem do Estado tecnocrata e burocrata, da realidade e da consciência, do social e do coletivo.

O segundo objetivo é o de buscar algumas idéias que levem a um Processo mais democrático, mais humano e menos ideológico (em termos arendtianos). Arendt, após identificar os problemas que levaram ao esvaziamento do ser humano e que, por isso, permitiram as atrocidades que foram cometidas na Alemanha nazista (e que ainda são praticadas – embora em muito menor grau – todos os dias em todo regime burocratizado), procura insistentemente por soluções.

Essas alternativas passam pela busca da ‘realidade’ perdida, afastada do conhecimento do homem, trocada por uma ideologia vazia, a qual pregava uma ausência de pensamento e de reflexão. Parte da solução do problema

12 No original, *The origins of totalitarianism* (1951).

13 Elaboradas na obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

passa justamente por um ‘parar para pensar’,¹⁴ por uma reconstrução da própria realidade do mundo a partir do senso comum aos indivíduos, da reconstrução da realidade de um mundo compartilhado, e não mais de uma existência individualista e solipsista que rompe com a medida da existência.

No objetivo *mediato* deste degrau da pesquisa está justamente a utopia de tencionar um processo que reconecte a sociedade a si mesma; em outras palavras, que leve os administradores da justiça a se voltarem para o mundo coletivamente construído, negando a idealização de seu mundo particular em detrimento da realidade. A alteridade, o outro, é que permite que o meu próprio mundo seja construído e faça sentido.¹⁵ Como já foi dito na tradição arendtiana, o ato de julgar é possivelmente o mais delicado, precisamente por ser o ato de compartilhar o mundo com esse outro.¹⁶

Em suma, é justamente na negação, na superação e na descoberta dos malefícios desse pensamento moderno voltado à burocracia e aos fins de um Estado-eficiência que o pensamento arendtiano nos é primoroso. Já é hora de darmos um passo adiante do

formalismo vazio, tão criticado e tão praticado; não para negar o que ele nos pode trazer de bom (o que não é objetivo deste texto, pelo contrário), mas para aprender também o que ele nos pode trazer de ruim, de maléfico. É preciso buscar algo que seja sincrônico com a humanidade no seu estágio de desenvolvimento atual, claramente não mais a mesma dos séculos XVII e XVIII, dos quais o modelo cientificista não mais nos deveria servir – menos ainda sem uma profunda reflexão.

2.2 A verdade e opinião

Primeiramente, é de se salientar que o pensamento de Hannah Arendt não é sistemático ou linear; pelo contrário, suas idéias evoluíram e transmutaram ao longo de sua vida. Dessa forma, muitos conceitos e noções criados pela autora são trazidos de forma diferente, e às vezes até contraditória, em uma ou outra de suas obras.

Em particular, sobre o conceito de verdade buscaram-se bases principalmente no ensaio *Verdade e Política*, publicado em português como um volume independente¹⁷ – além de outras

14 A expressão é corrente no pensamento arendtiano. Ver ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito*: o pensar, o querer, o julgar. Tradução: Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, *passim*; também SOUKI, Nádia. *Hannah Arendt e a Banalidade do Mal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p.129.

15 ROVIELLO Anne-Marie. *Senso Comum e Modernidade em Hannah Arendt*. Trad. Bénédicte Houart e João Felipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987, p.121.

16 *Ibidem*, p. 112; Cf. ARENDT, *A Vida do Espírito*, *passim*.

17 ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. Trad. Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'Água Editores, 1995.

versões insertas em volumes maiores (e.g. in *Entre o passado e o Futuro*, São Paulo, Editora Perspectiva, 1968; ou in *A dignidade da política*. Organizador: Antônio Abranches. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p.91-115). Nele, a autora parte da condição de os homens viverem em conjunto, em um mundo que partilham e para o qual constroem livremente o significado.

Arendt identifica duas instâncias em que a verdade se manifesta, às quais ela chama ‘verdades filosóficas’ e ‘verdades de fato’. As primeiras dizem respeito ao homem na sua singularidade; são convicções íntimas, pessoais. Já as segundas são os acontecimentos do mundo, ‘acontecimentos originais’; são o passado, ocorrências sobre as quais não temos controle, não temos como modificar. Nesse sentido, a autora define: “[c]onceitualmente, podemos chamar verdade àquilo que não podemos mudar.”¹⁸

Mas é no contexto de homem político, de coletividade, de homem ‘condenado’ a repartir o mundo com o ‘outro’, que Hannah noticia o que vai chamar de impotência da verdade. Isso porque a verdade só é válida no contexto singular; na passagem para o plural, essa verdade racional se transmuda em opinião.¹⁹

Quanto à verdade filosófica, a autora afirma que, “quando surge na praça, muda de natureza e torna-se opinião, porque se produz [...] um deslocamento não apenas de uma espécie de raciocínio para outro, mas de um modo de existência humana para outro.”²⁰ Já no que se refere às verdades de fato, pergunta-se se existirá algum fato para além da opinião e da interpretação. Arendt vai afirmar que inexistente a possibilidade de constatar fatos sem os interpretar, no seguinte sentido:

*Não demonstraram gerações de historiadores e filósofos da história a impossibilidade de constatar fatos sem os interpretar, na medida em que têm de começar por ser extraídos de um caos de puros acontecimentos (e os princípios da escolha não são certamente dados de fato), serem em seguida organizados numa história que não pode ser contada a não ser numa certa perspectiva, que nada tem a ver com o que aconteceu originalmente?*²¹

É interessante ver a análise que a autora faz das tentativas de levarem-se as verdades à coletividade. Lembremos que o termo ‘política’ aqui não está sendo empregado apenas no sentido de ‘política partidária’, mas, sim, como um espaço destinado ao humano na sua pluralidade, na natureza social do

18 *Ibidem*, p.59.

19 *Ibidem*, p.20; também em ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.112.

20 ARENDT, *Verdade e Política*, p.24.

21 *Ibidem*, p.25.

homem, no sentido aristotélico de ‘homem político’.²² Nesse contexto, o que é político é o que diz respeito ao homem na coletividade, em oposição à sua singularidade.

Arendt afirma que, se o filósofo quiser ver prevalecer a sua verdade sobre as opiniões da multidão, sofrerá uma derrota. Disso, conclui que “a verdade é impotente”, e que tal asserção é “um truísmo tão pleno de sentido como o do matemático, que, incapaz de realizar a quadratura do círculo, lamentasse o fato de o círculo não ser quadrado.”²³ Mas isso não é tudo: se quisesse fazê-lo mediante imposição, instituiria uma tirania da verdade – e a autora faz referência às diferentes utopias políticas que conhecemos, “tão tirânicas como quaisquer outras formas de despotismo.” Por fim, mesmo que obtivesse sucesso sem o uso da força, teria conseguido uma vitória de Pirro. Isso porque a verdade venceu, não pela sua própria essência constringedora, mas porque os homens se puseram de acordo para isso: “o que tinha sido verdade filosófica ter-se-ia tornado simples opinião.”²⁴

As verdades de fato não escapam à mesma constatação. Arendt afirma que, se aquele que afirma algo quiser desempenhar um papel político (ou seja,

quiser fazer valer sua opinião na coletividade), quase sempre “procederá consideráveis desvios para explicar por que é que a sua verdade serve melhor aos interesses de qualquer grupo.”²⁵ Essa constatação não é uma condenação ao mau-caratismo: pelo contrário, coaduna-se com a afirmação feita acima, de que não há constatação de fatos independentemente de interpretação. Se o indivíduo possui certa finalidade ao interpretar fatos (mesmo que seja apenas a compreensão), certamente essa interpretação e a descrição jamais corresponderão ao fato-em-si.

No entanto, essa ausência de mau-caratismo na transformação de fato em compreensão-do-fato leva à perda da boa-fé pessoal, caso aquele que diga a verdade de fato se identifique com qualquer interesse particular ou grupo de poder. A garantia dessa boa-fé, segundo a autora, é a imparcialidade, a integridade e a independência.²⁶ É de se notar que Arendt se contradiz um pouco nessa questão, mas não ao ponto de invalidar o que afirma. Basta atentarmos para o fato de que esse ‘qualquer interesse particular’ é um interesse particular do próprio sujeito que se expressa, uma finalidade que tem em sua ação de comunicar o que tem por verdade de fato.

22 ARISTÓTELES. *Política*, §10. São Paulo: Martin Claret, 2005, p.49.

23 ARENDT, *Verdade e Política*, p.35.

24 *Idem, ibidem*.

25 *Ibidem*, p.41.

26 ARENDT, *Verdade e Política, cit.*, p.41.

A relação desse estatuto da verdade com o processo judicial será tratada mais adiante no texto. Contudo, para já marcar um dos pontos relevantes: o juiz sempre possui (e deve possuir) um interesse na descrição dos fatos – o de fundamentar e justificar sua decisão. Se não há interpretação independente do sujeito, há ainda mais uma razão relevante para se afastar a já combatida neutralidade do magistrado. Essa parcialidade – sim, porque qualquer visão é sempre parcial – não significa má-fé ou mau julgamento, mas humanidade do julgador.²⁷

É interessante essa complementação, e não exclusão, que opera entre a verdade e a opinião: enquanto aquela diz respeito ao indivíduo, na sua singularidade (como já exposto), esta só toma consistência na medida em que se depara com outras opiniões. A partir dessa idéia é que a noção de realidade, e de uma realidade construída e constituída pela pluralidade de indivíduos – um senso comum –, começa a desenhar sua importância: essa construção da opinião somente se opera no momento em que ela é vista em perspectiva, a partir de outra opinião sobre o mesmo mundo, compartilhado.²⁸

A supressão do *status* de opinião que define toda a comunicação é uma

das formas que toma a tirania, a ideologia. Essa noção será tratada mais adiante, mas cumpre já frisar as conseqüências às quais *relação* entre verdade e opinião podem apontar:

*Os modos de pensamento e de comunicação que têm a ver com a verdade são, quando considerados na perspectiva política, necessariamente tirânicos; não têm em conta opiniões de outros, quando esse ter em conta é a marca de todo o pensamento estritamente político.*²⁹

2.3 Política, senso comum, realidade e sentido

A questão política por excelência é a questão do mundo enquanto mundo comum, ou seja, é o que diz respeito ao mundo que, enquanto seres humanos coletivos, compartilhamos. “O campo da política é o do pensamento plural, é o pensar no lugar e na posição do outro.”³⁰ O espaço público, por sua vez é onde se institui e onde acontece essa perspectivação das opiniões, a qual cria, dá substância, ao mundo comum. Esse espaço se pode encontrar em qualquer esfera da atividade humana, e não apenas nas instituições públicas oficiais.³¹

O ‘senso comum’ não é uma verdade positiva comum presente em

27 Cf. CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.3 *et passim*.

28 Cf. ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.112.

29 ARENDT, *Verdade e Política, cit.*, p.28.

30 SOUKI, Nádia. *Op. Cit.*, p.44.

31 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.187.

cada indivíduo;³² não é uma decisão ou uma adesão da maioria; muito menos é um consenso ou uma unanimidade. Pelo contrário, o pensamento arendtiano oferece a unanimidade como um sintoma de desaparecimento do senso público. Hannah Arendt é enfática nesse sentido: “[o] mundo comum acaba quando é visto somente sob um aspecto e só se lhe permite uma perspectiva.”³³

Bethânia Assy faz uma bela descrição do que seria o senso comum, mostrando-o a partir da relação que tem com o julgamento, com o ato de julgar:

(...) o sensus communis é concebido tal qual um senso que nos ajustaria à pluralidade, e não a um consenso coletivo ou a uma decisão política unânime. Arendt afirma no manuscrito de 1965 ‘levar o outro em consideração quando eu julgo não significa uma conformidade entre meu julgamento e o dos outros. Eu ainda me refiro à minha própria opinião e não levo em conta a quantidade de outros quando chego à conclusão de que algo está certo. Todavia, meu julgamento deixa de ser simplesmente subjetivo, no sentido de que não considero apenas a

*mim mesma quando julgo’. [...] Não iniciamos ab ovo nem criamos ex nihilo.*³⁴

Nesse sentido, o que garante um ato de julgar não arbitrário e não solipsista é precisamente esse contato com o senso comum. Nas palavras de Anne-Marie, “É precisamente esta referência do senso comum que permite estabelecer a diferença entre a opinião verdadeira e a arbitrariedade subjetiva.”³⁵ Isso porque, se o próprio mundo é constituído pelo debate, pela perspectivação de opiniões, uma opinião que não se refere ao senso comum não é construída a partir do mundo compartilhado com os outros homens. Julgar tomando por base apenas o seu mundo, as suas opiniões (ou, quem sabe, as suas verdades), é praticar uma arbitrariedade subjetiva.³⁶

Mais que uma descrição do mundo, o senso comum é a própria condição de sentido de um mundo compartilhado. Seu desaparecimento é a prova de que não se compreende coletivamente esse mundo, enquanto o próprio senso de realidade de um mundo que é comum a

32 Cfe. ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.116.

33 ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p.68.

34 ASSY, Bethânia. Introdução à edição brasileira de Responsabilidade e Julgamento, *in* ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.49.

35 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.112.

36 O outro extremo do que seria, poderíamos dizer pela argumentação, uma *arbitrariedade objetiva*, que é o julgamento sem reflexão, heterônomo. Esse outro tipo de ação é típico das ideologias, sobretudo totalitárias, e será amplamente tratado abaixo.

mais de uma pessoa nasce do debate que se faz sobre ele.³⁷

É importante salientar que não é apenas um debate sobre o mundo, mas que esse debate é a própria instituição de um mundo comum – o qual só existe na medida em que os indivíduos sobre ele discutam.³⁸ É nesse sentido que o ‘político’ é tão importante para Arendt. O espaço público, o debate, é central para o ser humano justamente porque é “o espaço por excelência onde se pode realizar, ao *instituir-se* livremente, a condição do homem enquanto ser-deste-mundo. Na e pela instituição da sociedade humana estabelecem-se os laços entre o homem, o mundo e o sentido.”³⁹

Há no pensamento arendtiano uma passagem de uma especulação metafísica para um ‘juízo político’, para um mundo construído a partir da comunidade de sentido. Nas palavras de Roviello, “a *comunidade de sentido* fundada na ‘intersubjetividade do mundo’ toma o lugar da verdade eterna e imutável.” O sentido revela-se apenas na partilha, do mundo e do próprio sentido; essa partilha, essa comunhão impede que as perspectivas se fechem em si próprias, constituindo mundos privados.⁴⁰

O ‘problema’ vem à tona justamente quando se quer impor esses mundos

privados ao outro. No momento em que não há uma abertura à alteridade, ao sentido constituído na comunidade, há arbitrariedade, há necessariamente a tentativa de impor verdades (vez que de opinião não se trata, por carecer de perspectiva), conforme descrito no subcapítulo acima.

A exigência da razão, nesse contexto, não é, segundo Hannah Arendt, dar conta de tudo o que existe e acontece.⁴¹ Não é a sede de saber que determina a razão, mas a busca de sentido. Essas questões constituem em sua essência uma verdadeira abertura para o mundo, uma inserção nesse mundo através da compreensão.⁴² A abertura para o mundo é que significa abertura para o outro; essa abertura ao mundo não quer dizer procurar o compreender sozinho, isolado em um mundo individual e próprio, mas uma abertura à opinião do outro quanto ao mundo que compartilham.

2.4 Ideologia, totalitarismo, banalidade do mal e mal radical

A ideologia, no pensamento arendtiano, significa o pensamento que já não é exercido nesse contato com o mundo comum, com essa realidade constituída e instituída, mas que é

37 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.116.

38 *Ibidem*, p.174.

39 *Ibidem*, p.8.

40 *Ibidem*, p.111-112.

41 ARENDT, *A Vida do Espírito*, *passim*.

42 Cf. ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.108.

realizado à parte dela.⁴³ O pensamento ideológico é caracterizado por erguer uma parede entre o indivíduo e a realidade; a experiência particular é substituída por um “sobre-sentido prefabricado da ideologia.”⁴⁴

O discurso ideológico é precisamente o que se propõe a transmitir, não opiniões, mas verdades. A ideologia totalitária, indo além, não é, nas palavras de Anne-Marie, “um pensamento que se equivoca ou um pensamento falacioso; é um pensamento que se nega a si próprio, um pensamento que tem como objetivo não pensar.”⁴⁵

A primeira negação que o sujeito realiza (conscientemente ou não) ao se apropriar de um discurso ideológico é o da sua autonomia. E essa foi uma das características marcantes que Arendt identificou em Eichmann, quando assistiu a seu julgamento em Jerusalém. Ele não era um monstro, como ela (e muitos à época) imaginavam. Ao contrário, a filósofa viu no alemão uma pessoa vazia – ao que se referiu como alguém que *não pensava*. Além disso, era um homem com *extremo grau de heteronomia*.⁴⁶ Há um trecho escrito por Nádía Souki, esclarecedor nesse sentido:

*Se todo pensar exige um ‘pare-e-pense’, tal movimento permanente é incompatível com a atividade de pensar. Nessa pausa onde o homem pode suspender, provisoriamente, seus juízos de valor e suas certezas prévias, ‘parar-para-pensar’ é o primeiro ato de resistência a uma imposição externa, a uma exigência de obediência. É exatamente nessa parada, momentânea mas decisiva, que o homem pode começar a realizar sua autonomia. E esse fluxo contínuo, que interdita qualquer parada, qualquer pensamento, tem como objetivo, exatamente, o automatismo em que os homens deixam de interrogar para, prontamente, obedecer.*⁴⁷

Essa é a ligação da burocracia com o regime totalitário. O Estado-eficiência insere o indivíduo em uma máquina burocrática que lhe impede qualquer julgamento por si, qualquer tomada de decisão independente, qualquer autonomia. O ‘modelo’ de cidadão das sociedades burocratas é aquele que atua sob ordens, que é incapaz de pensar por si mesmo. A espontaneidade do pensamento é abolida.⁴⁸

A própria linguagem ideológica desempenha um papel fundamental nesse fechamento à reflexão (e ao contato com a realidade). Souki afirma

43 Cf. ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.106.

44 *Ibidem*, p.129.

45 *Ibidem*, p.131.

46 SOUKI, *Op. Cit.*, p.37.

47 *Ibidem*, p.129.

48 Cf. SOUKI, *Op. Cit.*, p.13.

que “[o]s clichês, as frases prontas, os códigos de expressão padronizados e convencionais servem para proteger os indivíduos da realidade levando-os a viver e agir em um mundo totalmente irreal.”⁴⁹ A autora denomina essa linguagem como ‘linguagem burocrática’, cuja função fundamental seria “criar uma apaziguadora ilusão para os executantes e para os executados [nos campos de concentração], pois estes últimos nem de longe entendem o significado dessas palavras.”⁵⁰

Arendt avalia que a ‘maldade’ e a ‘perversidade’ de Eichmann está ligada a uma incapacidade para julgar, a uma verdadeira *recusa de pensar*. O alemão não conseguia, segundo ela, se colocar a questão do sentido e, principalmente, a questão do sentido das suas ações. Lembrando que o sentido é constituído pela comunidade, Eichmann não possuía a capacidade de ver seus atos pela perspectiva exterior à sua ou à da ideologia que lhe foi imposta.⁵¹

O que Arendt denomina de ‘banalidade do mal’ está ligado a esse vazio de pensamento, ou a essa ausência de pensamento. O mal extremo não se encontra em uma subjetividade per-

versa, mas na anestesia da subjetividade, em uma não-reflexão. Como diz Roviello, “enquanto somos incapazes de pensar sobre o mal somos tanto mais capazes de o praticar. É na própria medida em que omitimos pensar sobre o mal no qual tomamos parte, que podemos realizá-lo melhor.”⁵²

Aí é onde está a maior perversidade: o mal que não é perverso, que não tem motivos especiais é justamente o que pode ser um mal *infinito*,⁵³ pois sequer é pensado, sequer é refletido. “O mal humano é ilimitado quando não gera nenhum remorso, quando os atos são esquecidos assim que são cometidos.”⁵⁴

Já o ‘mal radical’ arendtiano (cronologicamente abordado antes da criação da expressão ‘banalidade do mal’) tem clara inspiração kantiana. Arendt vai referir, em mais de uma ocasião: “eu não sei o que é o mal radical, mas eu sei que ele tem a ver com esse fenômeno: a superfluidade dos homens enquanto homens.”⁵⁵ Esse mal se realiza, tanto para Kant quanto para Arendt, quando o homem deixa de ser um fim em si mesmo, quando ele se torna um meio, um instrumento. A sua

49 SOUKI, *Op. Cit.*, p.107.

50 *Ibidem*, p.95.

51 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.110.

52 *Ibidem*, p.159.

53 Cf. SOUKI, *Op. Cit.*, p.71.

54 KOHN, Jerome. Introdução à edição americana de Responsabilidade e Julgamento, in ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.19.

55 Citado, dentre outras obras, em SOUKI, *Op. Cit.*, p.105.

própria existência passa a ser condicionada a um valor utilitário.⁵⁶

O próprio ser humano se torna descartável. O homem é apenas mais um dente da engrenagem, alguém cuja substituição nada muda no ‘sistema’ – essa é uma das pressuposições de todas as burocracias, de todo serviço público burocratizado ao extremo. É interessante que Hitler, durante o terceiro *Reich*, se definiu como “o único homem insubstituível em toda a Alemanha.”, asserção considerada correta por Arendt.⁵⁷ A autora se refere à burocracia como “infelizmente o mando de ninguém e, por essa mesma razão, talvez a forma menos humana e mais cruel de governo.”⁵⁸

2.5 Ética e responsabilidade

Na ética arendtiana, a dualidade ato/intenção desaparece. O *quem* somos não vai se dar pelo nosso encerramento em intenções, mas pelo que transmitimos na visibilidade do espaço público. Como afirma Bethânia Assy, “a ética da responsabilidade não se compromete com as chamadas ‘melhores intenções’, que repousam invisíveis na escuridão privada de nosso coração.”⁵⁹

A própria personalidade do indivíduo é ‘construída’ da mesma forma que qualquer outra realidade do mundo: por meio da perspectivação de opiniões. É aí que importa o visível, e quem *somos* não depende de quem *queremos ser*, mas da imagem que passamos tanto por nossos julgamentos quanto por um “agir consistente.”⁶⁰ Nas palavras de Hannah Arendt, “[n]este mundo em que chegamos e aparecemos vindos de lugar nenhum, e do qual desaparecemos em lugar nenhum, *Ser e Aparecer coincidem*.”⁶¹

Essa leitura da ética muda completamente o enfoque ordinário. Não estamos mais fechados em nós mesmos, avaliando nossas ações a partir da nossa perspectiva, sendo o nosso próprio juiz. Arendt afirma que ninguém pode ser o juiz do seu próprio caso (ou, no contexto em que apresenta, o juiz de si mesmo), pois sempre acreditou não ser possível alguém “conhecer a si mesmo, porque ninguém *aparece* para si mesmo assim como aparece para os outros. Só o pobre Narciso vai se deixar enganar pela sua própria imagem refletida, definhando por amor a uma miragem.”⁶²

Isso porque o *sentido* da ação só se configura a partir do senso comum

56 SOUKI, *Op. Cit.*, p.105.

57 ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.91-92.

58 *Ibidem*, p.94.

59 ASSY, Bethânia in ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.53.

60 ASSY, Bethânia in ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.56.

61 ARENDT, *Op. Cit.*, p.17.

62 *Idem*, *Responsabilidade e Julgamento*, p.69.

– como já explicado acima. O julgamento da nossa conduta é feito pelo outro ou, mais propriamente, pelos outros, em uma constituição de sentido que trespassa o individual, o particular. Essa presença do outro (que muitos, na sua submersão em um pensamento individualista, classificam como ‘incômoda’) não é *apenas* uma espécie de condenação que sofremos por viver em comunidade; é, ao mesmo tempo, nossa salvação: ela é a única garantia da nossa existência enquanto humanos, é a condição de nosso próprio sentido.

O pensamento arendtiano nesse ponto tensiona um paradoxo. Se um dos ‘problemas’ identificados por Arendt na personalidade de Eichmann era sua falta de capacidade para julgar os próprios atos atribuindo-lhes sentido, como poderia ele nesse caso ser juiz de seus próprios atos?

A questão apresenta-se delicada, mas buscar elucidá-la é de grande valia. Eichmann foi, de certa forma, o juiz de seus próprios atos. Quando interrogado pela polícia israelense, afirmou que tinha ‘conduzido toda a sua vida de acordo com os preceitos morais de Kant’.⁶³ Ao que parece, essa pretensa ‘retidão moral’ de nada adiantou, haja vista as atrocidades que cometeu.

A carência do alemão foi a atribuição de sentido. Certamente para

ele os atos que cometera tinham um significado, enquanto para (quase todo) o resto da humanidade, outro. Esse distanciamento, que Arendt afirma ser um distanciamento da própria realidade,⁶⁴ é que lhe permitiu manter sua conduta – inclusive acreditando que era de uma correção moral impecável.

O exemplo, que foi chocante para Arendt e acabou por lhe redirecionar todo o seu pensamento, é claro para demonstrar que a mera reflexão solipsista não é suficiente para a busca de qualquer ética. A reflexão proposta – e é aí que o indivíduo não pode se julgar por si mesmo – é a abertura ao sentido da ação, que quem lhe dá é a comunidade de sentido, pelo exercício da abertura ao *outro*, à *alteridade*. Essa abertura tampouco significa heteronomia; pelo contrário, é condição de autonomia em contato com o mundo. O senso comum não é a vontade de outrem, mas o senso de realidade que norteia a atribuição de sentido ao real.

A ideologia vem ao encontro do desejo dos indivíduos de se descartarem da sua responsabilidade, de se limitarem a “seguir o movimento.”⁶⁵ Vem confortar aqueles indivíduos que, como mencionou Foucault, possuem um desejo de não ter que ‘começar’.⁶⁶ Não pensar naquilo que fazemos, para nós,

63 KOHN, Jerome, in ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.16.

64 Cf. *Supra*.

65 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.132.

66 FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2005, p.6 *et passim*.

parece significar não termos que responder por aquilo que fazemos.⁶⁷

Arendt critica aqueles que ‘não querem pensar’. Segundo ela, são muito mais confiáveis os céticos, “não porque o ceticismo seja bom ou o duvidar, saudável, mas porque são usados para examinar as coisas e para tomar decisões.”⁶⁸ É o refletir no que se está fazendo, buscando como ponto de partida e chegada do pensamento o senso comum, o real, o mundo compartilhado, que se busca evitar o afastamento do mundo – causa de uma ditadura de uma verdade imposta (ou pressuposta).

A autora faz uma clara separação entre ‘culpa’ e ‘responsabilidade’. A primeira seria estritamente pessoal, e diz respeito a questões morais ou legais. A afirmação de que “*somos todos culpados*”⁶⁹ por algo serviria de fato apenas para desculpar aqueles que são realmente culpados. Arendt afirma categoricamente: “[q]uando somos todos culpados, ninguém o é.”⁷⁰

Por outro lado, a responsabilidade é coletiva e, nesse sentido, política. Segundo a autora, toda a comunidade a

assume ‘por qualquer ato de qualquer de seus membros’.⁷¹ Afirma ela: “[t]odo governo assume a responsabilidade pelos atos e malfeitorias de seus predecessores, e toda a nação pelos atos e malfeitorias do passado”,⁷² e só se pode escapar dessa responsabilidade abandonando a comunidade – ainda que nenhum ser humano possa viver (enquanto humano) sem pertencer a alguma comunidade.

A responsabilidade pelo que não fizemos ‘é o preço que pagamos por levar nossa vida não conosco mesmos, mas entre nossos semelhantes’. Para Hannah Arendt, “nenhum padrão moral, individual e pessoal de conduta será capaz de nos escusar da responsabilidade coletiva.”⁷³ A questão passa a ser, não como evitá-la, mas como assumi-la.

É no ‘parar-para-pensar’ que o homem resiste a uma imposição externa, à obediência cega. É nessa parada que o homem pode realizar sua autonomia – e o fluxo contínuo da burocracia tem como objetivo exatamente o automatismo, o homem que deixe de interrogar para prontamente obedecer. De acordo com Souki, é relevante Arendt ter

67 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.160.

68 ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.108.

69 Como no caso dos alemães a respeito do regime nazista, ou dos brancos liberais a respeito dos negros, como citado pela própria autora em H. Arendt, *Responsabilidade e Julgamento*, p.213, 214.

70 ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.214.

71 *Ibidem*, p.216.

72 *Ibidem*, p.217.

73 *Ibidem*, p.225.

baseado sua teoria na autoridade de Santo Agostinho, pois para este o homem é livre porque é o começo. “Para Agostinho, Deus criou o homem para introduzir no mundo a faculdade de começar: a liberdade.”⁷⁴

3. VISÃO CRÍTICA DO PROCESSO E DA JURISDIÇÃO

Neste capítulo, serão abordados alguns aspectos críticos do processo judicial e da jurisdição, principalmente sob o enfoque dos juristas e processualistas já apontados,⁷⁵ visando a apontar algumas possíveis relações entre suas idéias e o pensamento arendtiano.

3.1. Verdade ou sentido?

Ovídio Baptista salienta, no decorrer de suas obras, o quanto ainda estamos arraigados em um pensamento atrelado ao paradigma racionalista, ou seja, à busca de ‘verdades absolutas’⁷⁶ pelo indivíduo. Este pensamento, tornado alicerce do liberalismo, para que atinja seus objetivos, deve valer-se apenas da

razão, “desligado de seus laços culturais e livre da tradição e das doutrinas filosóficas tradicionais.”⁷⁷

Se assumirmos o pensamento arendtiano nesse ponto, ou, ao menos, o considerarmos válido, a ‘verdade’ – se atingida – será ideológica ou solipsista. A busca da verdade não é absurda nem impossível, mas ideológica. Ovídio Baptista bem se reporta ao assunto como ‘componente autoritário’, traçando um paralelo com Hobbes e a sua concepção de Estado absoluto. Refere, ainda, que “Estados modernos levaram ao extremo [...] um Direito produzido pela vontade do soberano para ser ‘consumido’ pela nação.”⁷⁸

Esse tipo de concepção de construção do Direito só autoriza três caminhos: impor uma ideologia, impor uma arbitrariedade ou falhar. Salvo a terceira hipótese, será necessariamente anti-democrática (como o seria qualquer ‘ditadura da verdade’⁷⁹). Foi assim que a Alemanha nazista procurou levar a cabo um dos anseios do racionalismo, o ideal de *certeza*: o princípio soberano era o da vontade do *Führer*⁸⁰ – e esta

74 SOUKI, *Op. Cit.*, p.43.

75 *Cf. Supra.*

76 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p.103.

77 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.6.

78 *Ibidem*, p.51.

79 *Cf. Supra.*

80 Eichmann afirmou que “não tinha obedecido simplesmente à lei da Alemanha de Hitler, mas tinha identificado a vontade do Führer ‘com o princípio por trás da lei’”. KOHN, Jerome, in ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.16.

pode ser sempre *verificada*. “O Direito ‘perfeito’ elimina qualquer tentativa de questionamento. É o direito do tirano.”⁸¹

À parte dessa busca de uma verdade, do certo e imutável, a operacionalização do jurídico pode visar ao sentido. Tomemos a lide como não sendo mais que uma “pequena unidade da história, vivida por seres reais.”⁸² E, mais ainda, como uma discussão acerca de outra (pequena) unidade da história: os fatos litigiosos. Ora, o fato histórico é *compreendido*, jamais explicado “como se explicam as experiências no domínio das ciências modernas.”⁸³

Que é a lide, então, senão a busca do sentido referente aos fatos controversos?⁸⁴ Da discussão acerca da atribuição – ou não – de sentido jurídico aos fatos, e do sentido dessa mesma atribuição?

Nesse contexto, em um regime democrático⁸⁵ não cabe ao juiz *impor* o sentido de um ‘superior hierárquico’ ou o seu próprio. Lembremos o pensamento arendtiano, ao qual Roviello assim

se refere: “julgar significa partilhar o mundo com outrem, e a modalidade desta partilha é a persuasão, não o constrangimento, ainda que fosse o da verdade.”⁸⁶

O papel do magistrado não é impor uma leitura de mundo (ou dos fatos), mas construí-la juntamente com as partes litigantes. O contato do julgador com o senso comum, com o sentido constituído pela comunidade, dá-se pela sua abertura à alteridade: pela sua abertura ao sentido exposto pelos seus interlocutores no processo. O sentido construído pela sociedade, e esta mesma, são ouvidos por intermédio das partes que litigam. E essa abertura é que legitimaria o ato jurisdicional.

Um dos primeiros entraves que há no processo à busca de sentido do próprio processo (e, com ele, do Direito) é a ausência de debates. A discussão é resumida (ou aleijada) a uma enunciação individual e solipsista de cada parte. Cada um fala de seu lugar de fala – não há abertura ao outro. Há a

81 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.93.

82 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.266.

83 *Ibidem*, p.290.

84 Ovídio Baptista vai referir que “[o] processo moderno pressupõe a existência do ‘fato’, em sua materialidade, e não o ‘sentido’ que o ‘fato’ possa adquirir no interior de cada lide.” In *Fundamentação das Sentenças...*, p.328.

85 Não faço menção à democracia apenas enquanto regime de governo, mas, de acordo com o pensamento arendtiano, enquanto constituição da própria realidade – em oposição ao totalitarismo (também no sentido atribuído pela autora), o qual não se limita às atividades de governo, mas impõe arbitrariamente toda a realidade.

86 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.112.

‘apresentação’ de dois pontos de vista, mas não o diálogo necessário à constituição de um senso comum.⁸⁷

Mais: esse debate só seria perfectibilizado com a participação do julgador. Como bem demonstra Ovídio,⁸⁸ este é um dos maiores dogmas de nosso processo judicial: o juiz não pode se manifestar antes de convencido, antes de proferir a ‘verdade’. Entretanto, se tomarmos ‘a’ verdade por indesejável (pelos motivos já expostos), é sem sentido que o magistrado assim se comporte. Não mais se lhe é exigida a imposição de uma sabedoria atemporal, mas apenas a solução da lide. E esta deve ser construída, constituída, por meio da linguagem, da argumentação, em uma abertura ao sentido trazido pelas partes.

O julgador não profere uma ‘verdade’ em sua decisão (a não ser em regimes autoritários/totalitários), mas uma opinião⁸⁹. Esta, lembrando, só tem consistência se perspectivada por outras opiniões – e a possibilidade de questionamento lhe é fundamental. A legitimidade da decisão não mais é um juízo de certeza (falacioso ou impositivo), mas um juízo responsável, ou seja, um juízo aberto à constituição de sentido pelo senso comum.

Em suma, a constituição de sentido da decisão é construída pelo magistrado por meio da abertura ao mundo, de um levar em consideração a opinião das partes, e pelo deixar as partes levarem em consideração a sua própria opinião. E é justamente esse fazer-sentido-no-mundo (enquanto mundo comum, compartilhado entre o magistrado e os envolvidos) que sustenta a decisão, que a legitima – democrática ou racionalmente.

Vejamos, nesse contexto, as palavras de Ovídio Baptista:

Quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido da sentença. Escolhendo ‘livremente’ o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém proibido de explicitar os fundamentos da decisão. [...] A exigência de que a motivação seja ‘completa’, abrangendo tanto a versão aceita pelo julgador, quanto as razões pelas quais ele recusara a versão oposta, é fundamental para que o convencimento judicial alcance o nível de racionalidade exigido pela lei.⁹⁰

Vemos que o autor se aproxima muito de defender o ponto aqui

87 Remete-se aqui à explicação *supra*, de que o senso comum não é um ‘meio-termo’, nem um ‘mínimo denominador comum’ remanescente entre a confrontação de verdades positivas diversas.

88 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia, passim*.

89 Faço menção ao conceito e ao papel da opinião no pensamento arendtiano, *cf. supra*.

90 SILVA, Ovídio A. Baptista, da. *Fundamentação das Sentenças...*, p.334-335.

sustentado, ainda que com linguagem diversa. A divergência está na questão de o magistrado poder escolher livremente o ‘sentido’ que lhe pareceu adequado – em uma perspectiva arendtiana, a ‘escolha’ individualizada, por si só, carece de sentido.

O problema não está apenas na fundamentação, a qual nos apresenta apenas o (ou *um*) sintoma. A questão fulcral se dá durante a lide, e não ao seu final. É lá que o magistrado deve estar aberto ao ‘sentido’ de ambas as partes, e não apenas na justificação (lógica e cronologicamente posterior). O sentido, na justificação (vale dizer, da decisão) é alcançado por esse ‘levar em conta’ as versões apresentadas, e por construir, a partir delas e com elas, em conjunto, em debate, em posição e sobreposição de opiniões, a solução para o caso. A justificação apresentada será conseqüência.

Calamandrei resume de forma bela parte do argumento que está sendo exposto (ainda que, ao menos à citação, falte boa parte do enfoque filosófico que aqui foi exposto): “[j]ustiza é compreensão: isto é, tomar em conjunto e adaptar os interesses opostos: a sociedade de hoje e a esperança de amanhã; as razões de quem a defende e as de quem a acusa.”⁹¹ Já Capeletti fala em

“tornar a autonomia dos juizes aberta ao corpo social e, assim, às solicitações dos ‘consumidores’ do supremo bem que é o da Justiça.”⁹²

Frise-se que não se fala aqui apenas com referência às verdades de fato. Não se trata de debater apenas acerca de ‘versões dos fatos’, mas, também, de ‘versões do Direito’. O papel do jurídico é a atribuição de sentido; e o sentido só faz sentido no coletivo, no espaço público, aberto à comunidade. Como bem refere Ovídio Baptista, “[o] *sentido* não está no *texto*. [...] Não há um sentido *a priori*, que seja anterior e independente do respectivo *contexto* em que ele se insere.”⁹³ Pois é a busca desse sentido e desse contexto que é o sentido do processo judicial, quando inserido em uma comunidade democrática.

3.2 Ideologia, burocracia e maldade

Como desenvolvido até aqui, a ideologia choca-se diretamente com um processo civil legítimo em uma sociedade democrática. Cabe nesse contexto uma colocação de Castoriadis:

E se fosse possível um conhecimento seguro e completo (epistémè) do domínio humano, a política acabaria imediatamente, e a democracia tornar-se-ia, ao mesmo tempo, impossível e absurda, pois

91 CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei giudici da un avvocato*. Firenze: Le Mennier, 1955, p.269 e ss. *apud* CAPELETTI, Mauro. *Juizes Irresponsáveis?* Tradução e Revisão: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p.93.

92 CAPELETTI, *Op. Cit.*, p.93.

93 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Fundamentação das Sentenças...*, p.331.

*a democracia pressupõe que todos os cidadãos têm a possibilidade de atingir uma doxa correcta e que ninguém possui uma epistémè das coisas políticas.*⁹⁴

Mas exatamente o que o pensamento ideológico propõe é um saber secularizado, à parte do contexto e situação históricos. “O esquecimento do passado é condição do *dogma*.”⁹⁵ Entretanto, a compreensão do passado é condição de sentido para o entendimento do presente; o esquecimento da história é a perda de sentido da existência. Nas palavras de Roviello, “procurar o sentido do passado é, assim, procurar uma primeira garantia para o sentido do presente”.⁹⁶

A apropriação ideológica do passado, transformado em *dogma* com pretensão de verdade, o anacronismo evidente das verdades secularizadas nos condena a conviver com o não-sentido. O próprio hábito (entendido no contexto de vida pós-moderna, próximo a um *condicionamento*, e não no sentido dos pensadores clássicos) é uma remoção da noção do tempo em nossos atos. E não é à toa que, via de regra, pessoas habituadas ou condicionadas a certas atitudes não saibam dizer o sentido desses mesmos atos e atitudes, tendo em vista que esqueceram ou sequer se

puseram a pensar sobre isso. Nas palavras de Bethânea Assy:

*[A] pesar da estabilidade positiva proporcionada pelos hábitos, tem-se, primeiro, a sobrevalorização da mecanização tanto das atividades mentais quanto do sentido material da realidade; e, em segundo, conseqüentemente, a promoção do que se poderia chamar de ‘a seguridade de um ontem permanente’. Na mesma proporção que os hábitos contribuem para a estabilidade do mundo, asseguram uma equivocada segurança da realidade. Colocado de forma bela por Arendt já em 1928, ‘o hábito é um ontem eterno e sem futuro. Seu amanhã é idêntico a hoje’.*⁹⁷

O pensamento burocrático desempenha um papel central nesse raciocínio de fazer perdurar idéias anacrônicas. Como já apresentado acima, Hannah Arendt é enfática ao demonstrar a burocracia como um sistema que *impede de pensar* e que limita o acesso do homem à realidade (sincrônica). Ela corresponde a uma mecanização e a um esvaziamento do ser humano, que perde o contato com a realidade e com o senso comum. Seus atos deixam de fazer sentido, deixam de ter sentido e, por último, sua própria existência passa a ser vazia.⁹⁸

94 CASTORIADIS, Cornelius. *Domaines de l’homme. Les carrefours du labyrinthe II*, Paris: Seuil, 1977, p.285 *apud* ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.184.

95 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.19.

96 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.84.

97 ASSY, Bethânea in ARENDT, *Responsabilidade e Julgamento*, p.41.

98 *Cf. supra*.

A busca da certeza do direito, enquanto pensamento ideológico, tem sua origem – como já referido – no racionalismo europeu, e possui uma relação estreita com o sistema burocrático de organização judiciária, o que contribui com a “assimilação da função judicial à carreira de um funcionário público comum [...]”.⁹⁹ A ideologia, bem no sentido arendtiano, se manifesta na separação Direito/mundo real, como bem observa Ovídio Baptista: “[a] suposição de que a ciência do direito pudesse criar, através da razão, como pretendia Leibniz, ‘verdades eternas’ é a responsável pelo extraordinário divórcio entre o Processo Civil e a vida que se observa na experiência contemporânea.”¹⁰⁰

A burocratização do Direito acaba por desempenhar essa função de abstração do jurídico em relação à realidade. A solução judicial, não raro, embora possua fundamentação dogmática, simplesmente não faz sentido no mundo – e muito menos sentido ainda no mundo não-jurídico! Como bem afirma Ovídio Baptista, “[o] ‘mundo jurídico’, de que tanto falava Pontes de Miranda, é o espaço criado pelas doutrinas políticas liberais para excluir o jurista do ‘mundo social’”.¹⁰¹ No mesmo parágrafo, assim expôs o jurista:

*Esse exacerbado normativismo é o pilar que sustenta o dogmatismo de nossa formação universitária. É ele que permite a constituição de um ensino do Direito abstrato, formal e acrítico, permitindo que os juristas alimentem uma ilusão de produzir uma ciência do Direito neutra quanto a valores, mantendo-os distantes e alienados de seus compromissos sociais.*¹⁰²

O ensino jurídico dominante na atualidade (ao menos em nosso país), o qual apresenta um Direito divorciado da realidade, do sentido e do contexto social, coroa o pensamento ideológico. O aluno, em vez de aprender o ‘parar-para-pensar’, em vez de ser estimulado para construir, pelo estudo, pelo debate e pelo discurso, o sentido da realidade jurídica, é ensinado a buscar no já-pronto (doutrina, leis, jurisprudência) a solução. O sentido não é construído, mas lhe é dado.¹⁰³

Cumprir referir que essas constatações correspondem aos sintomas que Hannah Arendt identifica como originários do mal radical e da banalidade do mal.¹⁰⁴ Quanto ao primeiro, o homem deixa de ser um fim em si mesmo: a solução da lide se vê perdida em meio à burocratização do processo,

99 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução...*, p.103; no mesmo sentido, ver MERRYMAN, John. *La tradición jurídica...*, p.67,72 et passim.

100 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução...*, p.128.

101 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.50.

102 *Idem, ibidem*.

103 Cabe fazer referência ao ponto 2.4, acima.

104 *Cf. Supra*.

onde a justiça meramente formal e procedimental arraigada no liberalismo exacerbado toma conta.

No que se refere à banalidade do mal, em decorrência dessa burocratização, perde-se o sentido do ato praticado. Este pode ser infinitamente mal, pois nos é impedido, pelos vários artificios do sistema – pela linguagem burocrática, pelo movimento constante de informações (em grande parte dispensáveis), pelo pensamento ideológico, pelo distanciamento Judiciário-sociedade –, que tomemos contato com o sentido da ação. O que não faz sentido não tem medida e, conseqüentemente, não tem limite.

Ensina Roviello que “[a] desmedida demonstra ser a máxima miséria, já que é acompanhada por um encerramento do sistema em si próprio; a desmedida é o solipsismo ou o narcisismo desmesurado de um fragmento do mundo que se toma pela totalidade do mundo.”¹⁰⁵ E note-se a proximidade de uma afirmação de Piero Calamandrei com a banalidade do mal pensada por Hannah Arendt:

O verdadeiro perigo não vem de fora: é um lento exaurimento da consciência,

*que a torna aquiescente e resignada: uma crescente preguiça moral (...). Na minha longa carreira nunca me encontrei, face a face, com juizes corruptos, mas conheci não raramente juizes indolentes, desatentos, aborrecidos (...).*¹⁰⁶

Cumpra lembrar a figura de Eichmann (por ser icônica no pensamento arendtiano),¹⁰⁷ para demonstrar o quanto podemos ser maus sem que tenhamos consciência, graças a uma incapacidade de deixar que a realidade do outro, que o sentido por ele trazido, permeie nosso mundo. E isso nos remete ao quanto uma decisão judicial pode ser má, por não permitir que o sentido trazido pelas opiniões dos personagens envolvidos seja levado a construir, conjuntamente com a opinião do juiz, o sentido buscado pelo processo judicial.¹⁰⁸

3.3 Responsabilidade

Em primeiro lugar, cumpre salientar que não se busca, aqui, discorrer sobre qualquer tipo de responsabilidade civil ou administrativa do juiz (e dos juristas em geral).¹⁰⁹ Trata-se, sim, de uma responsabilidade ética, no sentido de uma ética da responsabilidade.¹¹⁰

105 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.181.

106 CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei giudici da un avvocato*. Firenze: Le Mennier, 1955, p.269 e ss. *apud* CAPELETTI, *Op. Cit.*, p.93.

107 E boa parte do conteúdo do ponto 2.4, acima.

108 Cf. ANEXO I, *infra*.

109 Se essa é a intenção, sugere-se a leitura do texto de CAPELETTI, *Op. Cit.*

110 Cf. *Supra*.

O primeiro dogma a ser afastado é a não-responsabilidade do juiz em razão da transferência ao momento legislativo. Já é aceito sem grande contestação que a atividade jurisdicional possui ao menos algum grau de criação de Direito, o que acaba por afastar essa fuga de assumir o compromisso com a função desempenhada. A legislação só é chamada a fundamentar as decisões quando lhe é conveniente como fundamento; caso contrário, há sempre um princípio (constitucional ou não – mas quanto mais amplo melhor) que a sustente – ainda que *contra legem*.¹¹¹

Se a legislação, por si só, já não mais pode servir como refúgio satisfatório ao juiz que queira ‘lavar as mãos’ (embora ainda busquem esse subterfúgio), Arendt nos ensina que a ideologia vem justamente ao encontro do desejo do humano de não se responsabilizar. O pensamento ideológico, que nos conforta com ‘verdades’ – heterônomas –, nos traz uma falsa noção de segurança em nossos atos. Procurou-se demonstrar, *supra*, como o pensamento arendtiano nega essa ‘fuga’, atribuindo responsabilidade ao indivíduo que, justamente porque cego pelo pensamento ideológico, comete males infinitos.

Evitar a ideologia, nos dias atuais, não é fácil. Até porque o próprio sistema jurídico, como um todo, o é. Ovídio Baptista nos apresenta um argumento que é relevante: mesmo a negação de um agir por parte do juiz pode ser ideológico (e normalmente o é). Não interferir é, por exemplo, justamente um dos maiores *dogmas* do liberalismo – como já foi referido, em trecho de Baptista já citado em nota de rodapé, no início deste texto.¹¹²

Se tomarmos por base o pensamento arendtiano, a alternativa que temos para assumir a responsabilidade (já que não há como *fugir* dela) é precisamente a negação de uma busca de verdades – ou, o que é pior, *da* verdade. Estas seriam, ou a verdade posta e imposta pela ideologia, ou a verdade arbitrária do julgador. A solução estaria na admissão de que dispomos é de opiniões, visões de mundo, que constituem, em conjunto (e em perspectiva) o senso comum – o sentido da realidade compartilhada. A busca desse sentido *com* o outro é que legítima o papel do juiz em uma sociedade democrática, que se diz negar as maldades do totalitarismo e da arbitrariedade.

O processo deveria nortear sua busca, então, não pela verdade, mas

111A colocação só vem ao encontro de quem sustenta que somos, hoje, no Brasil, positivistas exacerbados, legalistas, como muitas vezes se ouve. A fundamentação das decisões, no entanto, embora muitas vezes se baseie apenas em um artigo de lei, em uma visão mais ampla se aproximaria mais do fenômeno descrito pelo Realismo Americano mais radical do que de um legalismo formal aplicado em todos os casos judiciais. Refere-se a isso porque os mesmos textos legais são utilizados para fundamentar decisões as mais diversas – e, por vezes, até opostas.

112 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, p.16.

pelo debate de opiniões verdadeiras (em oposição a arbitrariedades subjetivas¹¹³). Lembremos que as opiniões só tomam consistência na medida em que são vistas a partir de outros pontos de vista sobre o mesmo mundo.¹¹⁴ Note-se que se fala do mesmo mundo, e não do mundo criado por cada um, em sua existência solipsista ou individualista. Esse próprio ‘mesmo mundo’ é instituído, como já afirmado mais de uma vez acima, pelo próprio debate sobre ele.

Ou seja, ao adentrarmos nessa leitura, admitimos que a opinião do juiz (e, finalmente, sua decisão) só possui consistência na medida em que é submetida a debate. Essa seria a saída para uma sincera constituição de um mundo comum entre o julgador e os envolvidos – se alargando, *tout court*, à sociedade globalmente considerada. Como já enunciado acima, essa não perspectivação por outras opiniões reduz a decisão judicial (quando considerada por outros que não o próprio julgador) a uma verdade solipsista ou ideológica.

Esse debate, essa sincera troca de opiniões acerca do mesmo mundo (nem o jurídico, nem o real, mas o mundo constituído pelo sentido) é o que pode e o que deveria salvar a legitimidade do Judiciário enquanto fenômeno social e cultural (em oposição a arbitrário e

ideológico). A constituição de sentido em conjunto pelos envolvidos é o que visa a garantir que a decisão faça sentido fora do contexto privado do juiz.

Nesse contexto, uma das formas de buscar a realização de tal ideal é, possivelmente, por meio da oralidade dos atos judiciais. Só pode haver verdadeiro debate na forma oral. O que há, em nosso processo – como já referido –, é a enunciação de versões. De uma parte, da outra, do juiz. Não há debate, não há troca, não há construção em conjunto do que quer que seja.

A nossa prática judicial vem caminhando no sentido contrário, embora recentes (e pequenas) reformas no sistema estejam buscando salvar a oralidade. Esse caminho ratificador da cultura dos escritos (e, conseqüentemente, da distância entre os sujeitos do processo) é uma falha grave. A parte não só não participa, como é irrelevante para a solução da lide. Mesmo por meio de seus advogados, seu ponto de vista, suas razões vêm podendo ser elegantemente ignorados. Se, em um passado recente, já muito se decidia que o magistrado não estava obrigado a examinar todos os argumentos das partes (além de as decisões só exporem o argumento vencedor, como bem ressaltou Ovídio Baptista¹¹⁵), recentemente se decide que o argumento das partes não precisa sequer ser considerado.¹¹⁶

113 Cf. *Supra*.

114 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p. 112; Cf. *Supra*.

115 Cf. *Supra*.

116 Cf. Anexo I.

Note-se que esse afastamento, provocado pelo uso exacerbado da palavra escrita, entre o discurso e a realidade, entre a palavra e o que ela tem de potente, pode, também, ser causa de uma banalização do mal. Os sentidos dos atos praticados no foro não são vistos nem sentidos por quem os pratica e, sobretudo, refere-se aos funcionários públicos e juízes, pois advogados acabam por ter contato com seus clientes e vêem o impacto a eles causado na hora de lhes traduzir os segredos jurídicos contidos nos processos em comandos e limitações (e, por que não dizer, por vezes até humilhações).

Caпеletti, citando Giuliani e Picardi, afirma: “a história demonstra (...) como é ilusório todo discurso sobre a responsabilidade judicial, quando o segredo cobre o momento da decisão.” A solução da lide afasta-se da realidade quando tomada no silêncio de um gabinete, em isolamento. Afasta-se mais ainda quando ela é comunicada por intermédio do papel, de uma comunicação oficial, para, só então, ser transmitida *pelo advogado* à parte. O seu impacto, benéfico ou maléfico, é diacrônico, e do qual o julgador muitas vezes – ou na maioria das vezes – sequer tomará conhecimento (a não ser, quem sabe, por escrito, novamente via intermediários profissionais, quando das razões de algum dos infundáveis recursos que temos, e que sequer são para esse fim).

O verdadeiro debate de opiniões aqui proposto, como forma de legitimar

o Judiciário e de garantir maior prestígio aos julgadores, passa por, no mínimo, levar ao debate as afirmações dos advogados e a opinião do juiz, no curso do processo; no final, levar a debate a própria decisão, em frente aos interessados (diante das partes). Assim, o magistrado garantiria o contato da sua solução com a realidade, receberia um *feedback* imediato do que *pretende* decidir, construindo, democraticamente, o sentido da solução a ser adotada para a lide.

Caпеletti se refere muitas vezes a um ‘dever de prestar contas’ por parte do juiz.¹¹⁷ Por esse prestar contas, no contexto deste trabalho, pode-se entender o levar em consideração a posição da sociedade – e, nisso, leia-se de ambas as partes – na busca pela solução do litígio. É um ‘prestar contas do porquê da decisão’ que, levado a cabo, é uma fundamentação e uma justificação sólidas e amplas. Nestas é que o julgador ‘prestará contas’ e mostrará por que a sua decisão faz sentido e – mais ainda – por que ele possui legitimidade para um papel tão relevante e delicado em uma sociedade democrática quanto o de juiz. A justificação (prestação de contas) se transfere das razões de si para o sentido que a decisão faz e deve fazer ao outro, à sociedade.

Há um último ponto a ser abordado com referência à responsabilidade, e que diz respeito à avaliação que se faz da decisão. A partir da premissa apresentada acima, no ponto 2.5, de que não podemos ser os juízes éticos de

117 CAPELETTI, *Op. Cit., passim*.

nosso próprio caso (ou, leia-se, da nossa própria conduta), encontramos mais uma questão: o magistrado não pode decidir pela correção ou justiça da sua própria decisão.

Essa conclusão não leva a nenhum radicalismo a proposta aqui levantada. Pelo contrário: corrobora com a afirmação de que a decisão que o juiz fundamenta a partir das suas próprias convicções de correção e justiça não está adequadamente justificada. O argumento, corrente em nosso meio jurídico, de que o juiz deve decidir baseado em suas próprias convicções não se sustenta – não só por todos os argumentos apresentados até agora, mas também porque não lhe é eticamente possível avaliar a própria ação (o ato de julgar).

Essa deveria ser a função dos tribunais. Tem-se considerado um tanto ineficiente nossa solução de ‘duplo grau de jurisdição’, que não faz mais que desvalorizar o primeiro deles. A matéria (segundo, inclusive, princípio processual) é ‘devolvida’, para que seja novamente decidida. O que acontece, via de regra, é uma transferência dos problemas encontrados em primeira

instância, no que diz respeito à função jurisdicional, com o agravamento de alguns deles (como a distância em relação aos fatos, às partes e às testemunhas, a ainda maior falta de oralidade e debate, dentre outros¹¹⁸).

Inserto no contexto filosófico que se propõe, o que deveria haver seria uma ‘jurisdição de segundo grau’, e não um ‘segundo grau de jurisdição’. A função daquela seria, não decidir novamente a lide, mas avaliar a decisão do juiz de primeiro grau. Valorizar-lhe, e não tomar-lhe boa parte do mesmo poder. E essa avaliação, novamente, não deveria ser meramente técnico-jurídica (ou talvez nem o deveria ser), mas principalmente ética, inserida na idéia de uma ‘ética da responsabilidade’ arendtiana.

Teríamos, assim, três desembargadores com o papel de debater, entre si e, também e principalmente, com as partes (representadas por seus advogados), as quais simbolizam, também, o restante da sociedade, o sentido que a decisão de primeiro grau faz ou deixa de fazer no mundo constituído pelas opiniões mesmas que sobre ele se manifestam. É importante

118 Há ainda vários outros problemas atinentes especificamente à jurisdição de segunda instância como praticada nos sistemas de Direito Continental, como, por exemplo, a falta de exposição clara das posições divergentes no tribunal, a falta de debate entre os desembargadores - pois, nos acórdãos, razões e argumentos são reduzidos a números (votos), etc. Para essa argumentação, ver MERRYMAN, *La Tradición Jurídica...*, p.71 *et passim*; sobre a desvalorização do juiz de primeiro grau, sobrevalorização dos recursos e burocratização da magistratura, ver CAPELETTI, *Op. Cit.*, p.48. Sem falar na redução da quase totalidade dos julgamentos de nossos colegiados, sobretudo de segundo grau, a decisões supostamente unânimes (ou que assim aparecem). Faz-se referência, por oportuno, a casos em que são tomadas decisões contraditórias ou até opostas, todas unânimes, em Acórdãos proferidos na mesma sessão de julgamento, mas relatados por diferentes Desembargadores.

frisar que esse debate discursivo não é sobre o mundo, mas é a própria instituição de um mundo compartilhado!

A função da revisão das decisões não deveria ser somente avaliar a capacidade técnica do juiz (pois o Direito não é meramente uma técnica), nem mesmo questionar suas convicções íntimas (o que seria indesejável e deveras autoritário), ou substituí-las por outras (o que seria adiar o problema a outra instância, e assim por diante). Deveria ser simplesmente *debater, democraticamente*, se a decisão faz ou não sentido no mundo em que nos encontramos, no qual dependemos do outro para o sentido da nossa própria existência.

4. CONCLUSÃO

[Capeletti, citando Merryman:] ‘Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade.’ [...] O poder [com a palavra, Capeletti], é bem sabido, freqüentemente cresce sem o correspondente crescimento da responsabilidade. In rerum natura, portanto, não existe correlação necessária entre poder e responsabilidade, no sentido indicado por Merryman. Mas um poder não sujeito a prestar contas representa uma patologia, ou seja, isto que Merryman apelida, com expressão que oculta um

pouco seu conteúdo ideológico, de falta de ‘organização racional’ mas que, em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania. [...] [Por fim, cita Trocker:] ‘um poder sem responsabilidade é incompatível com um sistema democrático.’¹¹⁹

Uma intenção secundária deste texto foi tentar demonstrar por que não seria democrático um poder (Judiciário) sem responsabilidade. Pede-se desculpas, apenas, por eventual distorção da acepção empreendida por Capeletti (e, possivelmente, antes por Merryman) em sua colocação, para trazê-la à tradição arendtiana. Mas tal interpretação foi tomada sem remorsos, pois, como as opiniões tomam consistência quando vistas a partir de outras, assim também as perspectivas de cunho filosófico, que não se opõem, mas se complementam e se dão, mutuamente, sentido.

Procurou-se demonstrar que a responsabilidade pela função jurisdicional não tem apenas relação com legalidade: com legitimidade formal, com responsabilidade civil, penal ou administrativa (disciplinar). Certamente tem alguma conexão com o que Capeletti denominou de “responsabilidade social”¹²⁰, sobretudo no que diz respeito à questão de dever ser a responsabilidade vista, não em função do juiz ou da magistratura, nem em função de uma

119 CAPELETTI, *Op. Cit.*, p.18.

120 *Ibidem*, *passim*.

entidade abstrata de poder (como o ‘estado’ ou o ‘soberano’), mas em função dos usuários: da coletividade.¹²¹

Contudo, não é só isso. Como se tentou argumentar, a responsabilidade não é suficientemente exercida quando o jurista se recolhe em seu mundo e, após, apresenta (leia-se impõe) uma ‘solução’ jurídica para o caso. A ética envolvida com a atividade jurisdicional em uma concepção democrática deve perpassar pela comunidade, ser construída e instituída *junto* com ela. Não basta que a criação de leis seja democrática (e quanto a isso já há suficientes dúvidas) se a aplicação (leia-se: construção do sentido jurídico quando do julgamento) é autoritária ou ideológica.

Já o ônus primário ao texto imposto foi o de procurar demonstrar que tal concepção parte, necessariamente, do abandono dos juízos de certeza, da busca pela ‘verdade’, do dogmatismo. Quando envolvemos, sinceramente, a convicção do *outro*, a certeza se dilui. Não há univocidade de sentido, que é constituído livremente. Roviello chama a isso de ‘paradoxo da modernidade’:

[A] diferença entre o sentido e o não-sentido, o legítimo e o ilegítimo, é ela própria uma diferença dotada de sentido, isto é, fundadora da humanidade do homem e da sociedade humana. [...] [S]ão os homens que estabelecem livremente esses limites, de que são os homens que instituem livremente uma comuni-

*dade assente no sentido dessa diferença entre o sentido e o não-sentido.*¹²²

Assumir que a busca do jurista é uma busca do sentido (e não uma descrição do mundo natural ou uma verdade metafísica – os dois extremos) o põe em uma situação extremamente difícil. Como Arendt mesma afirmou, a ideologia vem justamente ao encontro desse desejo humano de não ter que se responsabilizar.¹²³ Tanto a heteronomia quanto a autonomia solipsista levam o indivíduo a se afastar do sentido conferido ao mundo que divide com os outros homens. Aquele que não lida com a tensão constante de uma realidade que se institui livremente pelo sentido, em conjunto com os outros (e não num ou noutro extremo), é o que está sujeito a cometer os maiores males.

Todavia, um dos pontos centrais de trazer à tona o pensamento de Hannah Arendt no âmbito da jurisdição é fazer ver que esse ‘lavar as mãos’, sob as muitas máscaras que é apresentado, pode ser a origem dos piores males. A proposta apresentada visa a afastar o mal banalizado que possa ser produzido por um Judiciário ideológico (ainda que de ideologia conservadora e liberal, pouco importa), autoritário, arbitrário ou, simplesmente, burocratizado ou alienado; mas, sobretudo, por um Judiciário que sequer escuta honestamente àqueles a quem deve e a quem irá julgar.

121 Ibidem, p.91.

122 ROVIELLO, *Op. Cit.*, p.183.

123 Cf. *Supra*. Ver também FOUCAULT, *Op. Cit.*, *passim*.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- _____. Hannah. *A Vida do Espírito: o pensar, o querer, o julgar*. Tradução: Antônio Abranches e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.
- _____. *Responsabilidade e Julgamento*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- _____. *Verdade e Política*. Trad. Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'Água Editores, 1995.
- ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- CAPELETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução e Revisão: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- CARDOZO, Benjamin N. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 2005.
- MATEUCCI, Nicola. *Organización del Poder y Libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.
- MERRYMAN, John. *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.
- ROVIELLO Anne-Marie. *Senso Comum e Modernidade em Hannah Arendt*. Trad. Bénédicte Houart e João Felipe Marques. Lisboa: Instituto Piaget, 1987.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- _____. Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional, in *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v.1, n.4. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2006, p.323-352.
- _____. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- SOUKI, Nádía. *Hannah Arendt e a Banalidade do Mal*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

ANEXO I

Traz-se neste anexo uma decisão proferida em acórdão recente, com a finalidade de ilustrar – em termos práticos – o que foi amplamente debatido no corpo deste trabalho.

Deixa-se as conclusões que advêm da mesma ao sabor do próprio intérprete.

DATA: 28/06/2006 CADERNO 1 DA UNIAO PAG.º 419.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
SUBSECRETARIA DA QUARTA TURMA

PROC.: 2003.03.00.065491-6 AG 191346
ORIG.: 9107239106/SPEMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO AGRTE: EDITORA

GLOBOS/AADV: DANIEL SANTOS DE MELO GUIMARÃES AGRDO: União Federal (FAZENDA NACIONAL) ADV: ELYADIR F BORGES e MIRIAM APARECIDA P DA SILVA PARTE A: NETCOM COMUNICAÇÕES S/A ORIGEM: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA SÃO PAULO Sec Jud SP RELATOR: DES. FED. FÁBIO PRIETO DE SOUZA/QUARTA TURMA

EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO: INEXISTÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO - REJEIÇÃO.

1) O Poder Judiciário, pela iniciativa das partes, está vinculado a decidir a lide, em regra, nos termos do pedido. Mas a decisão fica sujeita a qualquer fundamento jurídico. 2) Na solução da causa, a adoção de fundamento jurídico diverso do exposto pela parte não é omissão. É divergência de inteligência

na solução da lide, circunstância desqualificadora da interposição de embargos de declaração. 3) A Constituição Federal não fez opção estilística, na imposição do requisito da fundamentação das decisões. Esta pode ser laudatória ou sucinta. Deve ser, tão-só, pertinente e suficiente. 4) Os requisitos previstos no artigo 535, do Código de Processo Civil, devem ser observados nos embargos de declaração destinados ao prequestionamento. 5) Embargos rejeitados. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores Federais da Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração, nos termos do relatório e voto do Desembargador Federal Relator, que fazem parte integrante do presente acórdão. São Paulo, 15 de março de 2006 (grifamos).

Fiança sem outorga uxória: causa de nulidade, anulabilidade ou ineficácia?

Nadir Silveira Dias*

“Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção de direito, o que significa dizer por uma concepção de vida. Interpretar é dar vida a uma norma. (...) O raciocínio e a intuição, todavia, pertencem ao homem, e, por isso, estão prenhes de subjetivismo. Todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da Lei.”

Eduardo Couture

1. INTRODUÇÃO

Conquanto nem sempre gostemos, a vida é ditada por definições. Assim na natureza física, na natureza biológica, no micro e no macrocosmos e também na natureza humana. Assim na vida social, na vida individual, no particular ou no universal.

De igual forma, forçosamente, no mundo jurídico, espelho e simultaneamente retrato, registro, de uma sociedade qualquer, estrita ou abrangentemente considerada, num tempo qualquer.

Com este pequeno intróito, outra não é a intenção senão lembrar que o mundo jurídico está repleto de microssistemas que se interligam ou antagonizam na medida dos embates travados no campo das idéias, em prol do bem privado em disputa ou, pior, em detrimento do bem comum.

E por isso mesmo, o objetivo deste trabalho ao tratar do contrato de fiança sem outorga uxória no precípua fim de responder se tal constitui causa de nulidade, anulabilidade ou de ineficácia.

É de lembrar-se, por oportuno, que não tem ele a pretensão de dizer coisas novas, pois a humanidade conta com cerca de dez mil anos e, por conseguinte, também com quase igual tempo de mundo jurídico (na ínsita concepção do direito que todo ser humano possui), mas tão-só alinhar considerações sobre o tema.

Não poderia dispensar e tampouco fugir na sua apreciação das forçosas definições, pelas quais guia-se o seu desenvolvimento e a idéia do autor.

Não é instigante nem meramente registral, mas de qualquer forma,

* Advogado; pós-graduado; assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

importante e necessário para o objetivo pós-acadêmico que cuida de apreciar a questão posta, vista no estreito campo que comporta o microsistema do Direito Imobiliário, âmbito de Especialização da Pós-Graduação, mas sem que tal instituto (a fiança) deixe de pertencer, igualmente, a outros campos do Direito e sem que deixe de servir, de igual forma, como aplicativo na prática relacional entre as pessoas e, por consequência, na evidenciação dos efeitos que gera na solução de conflitos, geralmente levados e resolvidos pelo Judiciário.

Portanto, a análise de Fiança sem Outorga Uxória, Causa de Nulidade, Anulabilidade ou Ineficácia?, conquanto dirigida ao Direito Imobiliário, com tônica particular para aplicação na locação de imóveis urbanos (sua maior abrangência), repito, não descaracteriza o aproveitamento e as aplicações em outros segmentos do instituto.

2. FIANÇA

Fiança é contrato acessório, não-comutativo, e por conseguinte, não oneroso para o afiançado, recebedor da benesse e, como regra, sempre dependente do principal.

No dizer comum, trata-se de fiança, e nesse passo fiança é a responsabilidade assumida por terceiro para solver a obrigação principal assumida pelo afiançado perante o credor, caso aquele não a cumpra.

Segundo Antonio Houaiss,¹ trata-se de obrigação assumida por terceiro que se responsabiliza pelo devedor enquanto este não puder realizar o seu cumprimento (em sua segunda acepção jurídica). Em referindo-se à pessoa do autor da fiança, o fiador, diz tratar-se do abonador, pessoa que afiança ou assegura o cumprimento dos deveres e obrigações de outro contratante.²

Em iguais termos, a definição trazida pela *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*.³

Trata-se do ato de abonar obrigação alheia, responsabilidade, garantia, obrigação acessória assumida por terceira pessoa, que se responsabiliza, total ou parcialmente, pelo cumprimento da obrigação do devedor, caso este não venha a cumpri-la, é abonação, fiadoria, fiador, na sua acepção jurídica, nas palavras de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.⁴

Menos ortodoxo no rigorismo técnico, neste tão-só aspecto, e com um

1 In *Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse*, Editora Larousse do Brasil, 1982, p.372: “Obrigação assumida por terceiro que se responsabiliza pelo devedor enquanto esse não puder cumpri-la.”

2 In op.cit. p.372: “Abonador, pessoa que afiança ou assegura o cumprimento de deveres e obrigações de outro.”

3 In *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*, Ed. Nova Cultural, 1999, v.10, p.2410.

4 In *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*, Ed. Nova Fronteira, 1995, p.295: fiança. S.f. 1. Ato (...) de abonar obrigação alheia. 3. Responsabilidade, garantia, 4. Jur. Obrigação acessória assumida por terceira pessoa, que se responsabiliza, total ou

texto que abrange o dizer comum do povo, Iêdo Batista Neves⁵ incorpora à sua definição outros institutos de direito, como caução e penhor, que fiança não são, senão para o colóquio descompromissado, desvinculado do campo do direito.

Nesse ponto, evidentemente, cuida-se aqui da Fiança Civil,⁶ em contraponto à Fiança Comercial ou Fiança Mercantil,⁷ ainda que, como afirmado na parte introdutória, possa a análise aqui perseguida servir a outros campos do direito, como este, ora referido.

Ainda em oposição à Fiança Civil da qual aqui se cuida, é de lembrar-se a Fiança Legal,⁸ aquela que deriva de preceito contido em diploma legislativo ou regulamentar, se aquele a tiver previsto, e também a Fiança Judicial,⁹ esta oriunda de comando judicial, e a partir dos autos

de processo sujeito à competência daquele juízo que a determina.

À toda evidência, conclui-se que é a Fiança Convencional¹⁰ que constitui o objeto estrito deste estudo, agregada a seus outros elementos, e que outra não é senão aquela que forma a maioria de sua incidência, a Fiança Civil Convencional prestada na locação de imóveis urbanos, sem prejuízo de outras congêneres ou não, desde que não excluídas por este estudo ou por sua própria natureza.

Neste caso, e de regra em todos os demais, por certo e cabalmente exigível, precisa ela ser idônea, razão pela qual também é importante lembrar que Fiança Idônea,¹¹ ainda segundo Iêdo Batista Neves, é fiança qualificada pela exigência feita ao fiador, além da

parcialmente, pelo cumprimento da obrigação do devedor, caso este não a cumpra ou não possa cumpri-la; abonação, fiadoria, fiador. (...)

5 In *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e Brocardos Latinos*, APM Editora, 1987: “Fiança, s.f. – Diz-se da caução, do penhor, da garantia, da segurança dada por alguém ao cumprimento da obrigação de outro. Diz-se, também, da obrigação acessória, que alguém assume, de satisfazer, perante o credor, a obrigação de terceiro, no caso de este não a cumprir no prazo e nas condições estabelecidas.”

6 In op.cit. “II - Fiança Civil – Diz-se da que garante uma obrigação de natureza civil, e compreende todos os acessórios da dívida principal, inclusive despesas judiciais.”

7 In op.cit. “III – Fiança Comercial (X – Fiança Mercantil - o mesmo que Fiança Comercial) – Diz-se da que garante uma obrigação comercial e seus acessórios.”

8 In op. cit. “IX – Fiança Legal – Diz-se daquela que decorre de exigência de lei.”

9 In op.cit. “VIII – Fiança Judicial – Diz-se da que é determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, para garantia do cumprimento de obrigação de parte no processo.”

10 In op.cit. “IV – Fiança Convencional – Diz-se daquela que resulta de contrato, e mediante a qual alguém se obriga a realizar a prestação do devedor principal, se este não a cumprir.”

11 In op.cit. “VII – Fiança Idônea – Diz-se daquela que se exige, ao lado da capacidade de obrigar-se do fiador, que ele tenha bens livres e desembaraçados, suficientes para a garantia oferecida.”

capacidade de obrigar-se, também a propriedade de bens livres e desembarçados, suficientes para a garantia assumida, além da comprovação de capacidade financeira, regra típica e pressuposto primeiro para a garantia de imóveis urbanos.

No magistério do Mestre Orlando Gomes,¹² o contrato de fiança se dá entre o fiador e o credor da pessoa que recebe a benesse de natureza subsidiária pela razão de a execução restar condicionada ao não cumprimento do contrato principal, esclarecendo que a obrigação fidejussória somente se torna exigível se não cumprida a obrigação principal. Afirma tratar-se de contrato unilateral, gratuito e acessório, produzindo efeitos unicamente para o fiador.¹³

Nesse mesmo sentido o ensinamento de Sylvio Capanema de Souza, Advogado do Mercado Imobiliário,

Professor de Direito Civil da Faculdade Cândido Mendes, e atual Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao afirmar constituir-se a fiança em pacto acessório pelo qual alguém, denominado fiador, se obriga perante o credor a pagar a dívida do devedor afiançado, se este não o fizer, ao destacar a preferência do credor por essa modalidade de garantia em sua mais recente obra sobre imóvel urbano.¹⁴

Para o catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito da Universidade de Paris XII, o também festejado Silvio Rodrigues, leciona que a fiança convencional tem por natureza jurídica ser contrato acessório, unilateral, solene e, não raro, gratuito, chamando a atenção no que respeita a sua interpretação.¹⁵

12 In *Contratos*, 10.ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984, n.368, p.492: “O contrato de fiança trava-se entre o fiador e o credor do afiançado. Sua natureza é a de um contrato subsidiário, por ter a execução condicionada à inexecução do contrato principal. Por outras palavras, a obrigação fidejussória só se torna exigível se a obrigação principal não for cumprida.”

13 In *op.cit.*, n.369, p.493: “Fiança é contrato unilateral, gratuito e acessório. Produz obrigações unicamente para o fiador.”

14 In “Da Locação de Imóvel Urbano – Direito e Processo”, 1.ed., 2a.tiragem, Forense, Rio de Janeiro, 1999, n.165. p.240-241: “De todas as garantias admitidas pela lei, a mais utilizada é a fiança, que constitui pacto acessório pelo qual alguém, a quem chamamos de fiador, se obriga, perante o credor, a pagar a dívida do devedor, afiançado, caso este não o faça. (...). Trata-se de contrato acessório, sendo de sua própria natureza a gratuidade, embora se admita que tal se transforme em oneroso, quando se convencionou remuneração do fiador, tal como ocorre na fiança comercial ou bancária.”

15 In *Direito Civil, dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, Vol. 3, Editora Saraiva, 22.ed., 1994, n.179, p.370-371: “Natureza jurídica – A fiança convencional, objeto deste Capítulo, é contrato acessório, unilateral, solene e, no geral, gratuito. (...) O fato da fiança ser contrato gratuito implica a incidência da regra do art. 1.090 do Código Civil, que ordena sejam as convenções benéficas interpretadas estritamente. Isto é, não se pode, por analogia, ampliar as obrigações do fiador, quer no respeitante à sua abrangência, quer no concernente à sua duração (...).”

Para o autor,¹⁶ a seu turno, sem prejuízo de outras aplicações, e em estudo já publicado sobre a legislação inquilinária, Fiança (Civil Convencional) é o instituto de direito civil trazido para o âmbito da legislação especial esparsa que disciplina a locação de imóveis urbanos e é a modalidade de garantia prevista no inciso II do artigo 37 da Lei Inquilinária, enquanto na lei comum codificada, encontra-se disciplinada nos artigos 1481 a 1504 do Código Civil.

E, contrariamente ao que ocorre com a caução, é a preferida por locadores ou por seus representantes, as administradoras de imóveis, na medida em que calcada em comprovação de renda por parte do fiador e na comprovação de uma ou duas propriedades livres e desembaraçadas de quaisquer ônus, legais ou convencionais, o que garante, sobremaneira, o valor da locação.

Corresponde a afirmar que não basta ao fiador ter a vontade de afiançar uma pessoa para ser ele locatário (coisa que raramente alguém quer ser), mas cujo objetivo é evidenciar que, além disso, visto que ausente não pode estar o seu consentimento, precisa o fiador comprovar situação econômico-financeira para

demonstrar a capacidade de pagamento, caso o locatário não o faça.

Assim fazendo, por certo que terá a aprovação de seu cadastro e a aceitação do locador, quando então poderá firmar o contrato de locação, em geral reconhecido por autenticidade, e tão-só raramente por semelhança, pelo tabelião ou ajudante juramentado, no tabelionato de notas, atual denominação dos antigos Cartórios de Notas. A transcrição dos artigos lá objetivou o maior entendimento do instituto e a sua melhor ou mais adequada aplicação, aqui levada para o item 7.

3. OUTORGA UXÓRIA

Outorga uxória é consentimento, o assentimento de vontade, a manifestação de anuência, por parte daquele que deve participar do ato de concessão da fiança convencional. É de ser do marido ou da mulher, dependendo de quem seja o autor concedente da garantia substanciada no contrato de fiança.

Antonio Houaiss,¹⁷ define a outorga como o consentimento, enquanto uxório é o que diz respeito à mulher casada.

No mesmo sentido, é o dizer de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira.¹⁸

16 In *Locação de Imóveis Comentada em Locuções e Verbetes*, Editora Livraria do Advogado, 1999, n.198, p.122-123.

17 In *op.cit.* p.611: “Outorga: s.f. Ação ou efeito de outorgar; concessão; beneplácito; consentimento.” p. 863: “Uxório: adj. Que diz respeito à mulher casada.”

18 In *op.cit.* p.472: “Outorga. S. f. Ato ou efeito de outorgar; consentimento; concessão; aprovação; beneplácito.” p.661: “Uxório (cs). Adj. Respeitante à mulher casada.”

Não discrepa dessa definição Iêdo Batista Neves, bipartindo-a em outorga marital e outorga uxória.¹⁹

Para Sylvio Capanema,²⁰ a outorga uxória ou marital é condição de validade e eficácia da fiança. Quando concedida por apenas um dos cônjuges, importa ausência da outorga e nulidade da garantia, sem deixar de fazer referência à existência de corrente doutrinária que admite a sua validade com o comprometimento daquele que concedeu a fiança.

O Professor Silvio Rodrigues, por sua vez, afirma que a outorga uxória é o consentimento da mulher, enquanto sustenta que na fiança prestada sem ela não se cuidará de nulidade absoluta, na medida em que suscetível de conva-

lidação mediante ratificação que pode fazer a mulher,²¹ e, também o marido, se for o caso de outorga marital.

4. NULIDADE

No que respeita à nulidade, a definição trazida pelo reconhecido dicionarista Antonio Houaiss nos diz que ela é um estado do ato jurídico que se encontra gravado de vício, que o impede de existir legalmente e de produzir os seus efeitos. Diz ainda que a nulidade absoluta pode ser invocada por qualquer pessoa interessada, a nulidade relativa somente pelas pessoas a quem aproveita.²²

A seu turno, não menos reconhecido, o festejado dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira afirma

19 In op.cit.: “Outorga, s.f.- Diz-se do consentimento; da permissão; do mandato.” I – Outorga Marital – Diz-se do consentimento do marido para que a mulher pratique certos atos segundo a lei. II – Outorga Uxória – Diz-se do consentimento da mulher casada, necessário para que o marido pratique determinados atos, especialmente no que toca à alienação de bens móveis.” N.A. (aqui, certamente, houve erro de digitação, pois a referência é de ser a bens imóveis).

20 In op.cit., n.166, p.242: “A outorga é condição de validade e eficácia da fiança, pelo que a sua ausência importará, inexoravelmente, em nulidade da garantia, em que pese uma corrente doutrinária sustentar que será válida, com o comprometimento apenas da meação do consorte que a concedeu.”

21 In op.cit. n.179-A, p.371: “A fiança e a outorga uxória – Tratando-se de negócio em geral gratuito, no qual o fiador arrisca seus bens, pois, se o devedor principal não pagar a dívida, o fiador deve fazê-lo, impede o legislador que o homem casado preste fiança, sem o consentimento de sua mulher (CC, art. 235, III). As razões inspiradoras da lei já foram sucintamente analisadas (v. n. 63, III, v. 6), tendo-se sustentado que a nulidade da fiança, prestada sem outorga uxória, não é absoluta, por ser suscetível de convalidação, através de ratificação da mulher (...).”

22 In op.cit., p.592: “NULIDADE, s.f. Qualidade do que é nulo./(...) Falta de validade./ Estado de um ato jurídico gravado de vício, que o impede de existir legalmente e de produzir efeitos. (A nulidade absoluta pode ser invocada por qualquer pessoa interessada, a nulidade relativa só pelas pessoas a quem deve proteger.”

em sua definição que a nulidade é o estado ou qualidade de nulo, apontando para a aceção jurídica que diz ser a ineficácia de um ato jurídico, pela ausência de condições necessárias à sua validade.²³

Para Iêdo Batista Neves, no direito judiciário, nulidade é o vício causado por

erro ou carência de formas essenciais do ato, que o tornam inválido ou inoperante em relação ao direito processual. Suas múltiplas e variadas definições são de todo significativas para esse trabalho e razão bastante para a citação, *in totum*.²⁴

23 In op.cit., p.458-459: “nulidade. S.f. 1. Estado ou qualidade de nulo. (...) 4. Jur. Ineficácia dum ato jurídico, resultante da ausência de uma das condições necessárias para sua validade.”

24 In op. cit. “NULIDADE, s. f. - Diz-se da qualidade do que é nulo; da ineficácia total ou parcial do ato jurídico a que falta alguma formalidade ou solenidade intrínseca ou extrínseca que lhe é essencial. Em direito judiciário, diz-se do vício, por erro ou preterição de formas essenciais, que torna inválida, ou inoperante, uma relação de direito processual.

I - Nulidade Absoluta - Diz-se da nulidade insanável.

II - Nulidade Acidental - Diz-se da nulidade relativa.

III - Nulidade Dependente de Rescisão - O mesmo que Nulidade Relativa ou Ato Anulável.

IV - Nulidade Essencial - Diz-se da nulidade de fundo. Diz-se, também, da nulidade formal, quando a lei impõe determinada forma ao ato.

V - Nulidade Expressa - Diz-se da que está prevista na letra da lei.

VI - Nulidade Extrínseca - Diz-se da nulidade absoluta que decorre da omissão de forma que a lei considera substancial ao ato.

VII - Nulidade Formal - Diz-se daquela que atinge o ato que não obedeceu ao modo prescrito em lei.

VIII - Nulidade Imperativa - Diz-se da que decorre da substância do ato.

IX - Nulidade Insuprível - Diz-se da nulidade insanável; do ato que não pode ser ratificado nem pode produzir efeitos.

X - Nulidade Intrínseca - Diz-se da que decorre de vício interior do ato.

XI - Nulidade Legal - Diz-se da que é proclamada por lei.

XII - Nulidade Parcial - Diz-se daquela que não prejudicará o ato na parte válida, se esta for separável.

XIII - Nulidade Material - Diz-se da nulidade de direito substantivo; da que atinge o conteúdo do ato.

XIV - Nulidade Relativa - Diz-se da que resulta da incapacidade relativa do agente ou de vício de vontade, e não pode ser alegada pela parte prejudicada e declarada existente por meio de ação própria. V. Nulidade Acidental.

XV - Nulidade Substancial - Diz-se da que consiste no estado dum ato em que há vícios intrínsecos ou extrínsecos insupríveis, que impedem tenha ele existência legal e que produza seus efeitos jurídicos circunstância que pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, cumprindo ao juiz decretar de ofício a invalidade completa desse ato desde que o conheça. V. Nulidade Absoluta.

XVI - Nulidade Tácita - V. Nulidade Virtual.

XVII - Nulidade Taxativa - Diz-se da nulidade expressa como cominação para a falta de cumprimento das formalidades que a lei considera essenciais para a existência válida do ato. É a que só se refere a casos determinados.

Segundo Cario Mário da Silva Pereira, professor emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade de Minas Gerais, nulidade é a sanção para a ofensa ao que predeterminedou a lei, ainda que nem sempre esteja ela prevista ou declarada na própria lei, às vezes tão-só enunciando o princípio e cominando a penalidade²⁵.

No magistério de Maria Helena Diniz, titular de Direito Civil e professora de Filosofia do Direito em Pós-Graduação em Direito da PUCRS, nulidade é a sanção imposta pela norma legal com a determinação de privação dos efeitos do negócio jurídico praticado sem a sua observância.²⁶

5. ANULABILIDADE

Anulabilidade, por sua vez, na definição de Antonio Houaiss é a qualificação do que é anulável, enquanto anulação é a ação de anular e, anular, o que pode ser declarado nulo, sem efeito, para anular o negócio, e anulável, o que pode ser anulado, revogável.²⁷

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, anular está definido como tornar nulo, invalidar, anulatório, o que tem força de anular, a capacidade de anular, e anulável é o que pode ou deve ser anulado.²⁸

Iêdo Batista Neves, em suas definições, aponta-nos que a anulabilidade é a característica do anulável, por defeito

XVIII - Nulidade Textual - Diz-se daquelas expressamente previstas no texto da lei.

XIX - Nulidade Virtual - Diz-se da que decorre do espírito da lei. O mesmo que Nulidade Tácita.

XX - Nulidade Visceral - Diz-se da falta de um elemento substancial para a existência do ato. V. Nulidade Substancial.

XXI - Nulidade de Sentença - Diz-se da que ocorre no julgamento em que são preteridas prescrições legais que não poderiam deixar de ser observadas.”

25 In *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, Introdução do Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil, 9.ed., Forense, Rio de Janeiro, 1986, n.109, p.439-441: “É nulo o negócio jurídico, quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir o almejado efeito. É a nulidade a sanção para a ofensa à predeterminação legal. Nem sempre, contudo, se acha declarada na própria lei. Às vezes, esta enuncia o princípio, imperativo ou proibitivo, cominando a pena específica ao transgressor, e, então, diz-se que a nulidade é expressa ou textual; outras vezes, a lei proíbe o ato ou estipula a sua validade na dependência de certos requisitos, e, se é ofendida, existe igualmente nulidade, que se dirá implícita ou virtual. (...)”

26 In *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º Vol., Teoria Geral do Direito Civil, 4.ed., Editora Saraiva, 1986, H. h.1., p.258: “A nulidade vem a ser a sanção, imposta pela norma jurídica, que determina a privação dos efeitos jurídicos do negócio jurídico praticado em desobediência ao que prescreve (163. Orlando Gomes...; Caio M. S. Pereira...)”

27 In op.cit., p.58: “Anulabilidade, s.f. Qualidade de anulável. Anulação, s.f. Ação de anular; abolição, revogação: a anulação de um casamento. Anular², v.t. Tornar, declarar nulo, sem efeito: anular o negócio. Anulável, adj. Que pode ser anulado; revogável.”

28 In op.cit., p.49: “anular². V.t. 1. Tornar nulo; invalidar. 2. Reduzir a nada; destruir, eliminar, aniquilar. 3. Destruir o efeito de; resistir a. (...). anulatório. Adj. Jur. Que tem força de anular; capaz de anular. anulável. Adj. 2 g. Que se pode ou deve anular.”

que pode ser sanado pela parte; anulação, a rescisão do ato ou negócio jurídico; anular, o desfazimento do ato ou do negócio jurídico, acrescentando que anular significa existência, ainda que com defeito; anulatório, o que tem força ou aptidão para anular e anulável, o que pode ser desfeito ou rescindido.²⁹

Discorrendo sobre a anulabilidade, Caio Mário da Silva Pereira leciona que ela não tem o mesmo alcance da nulidade, pois ausente o interesse público, mas a mera conveniência das partes, aduzindo ainda que em doutrina visa ela proteger o consentimento, podendo ainda referir-se à incapacidade do autor da manifestação volitiva.³⁰

No magistério de Maria Helena Diniz, a anulabilidade ou nulidade relativa, citando Clóvis Beviláqua, é relativa àqueles negócios que se encontram com vício capaz de determinar a sua ineficácia, e que podem ser eliminados para restaurar-lhes a normalidade, acrescentando que se trata de desconformidade que a norma jurídica considera de menor gravidade, concernente à esfera de interesses individuais.³¹

6. INEFICÁCIA

Sobre a ineficácia, Antonio Houaiss esclarece em sua definição que ela é a ausência de eficácia, inutilidade ou

29 In op. cit. “Anulabilidade, s.f. – Diz-se do que é anulável, isto é, do ato ou negocio jurídico defeituoso porque lhe faltam requisitos previstos em lei, mas cujo desfazimento depende de arguição do prejudicado. Pode ser sanado por ato da parte ou das partes interessadas. A anulabilidade é defeito menos grave do que a nulidade. Anulação, s.f. – Diz-se da rescisão do ato ou do negócio jurídico. Anular, v.t. – Desfazer o ato ou o negócio jurídico. Não se confunde com decretação de nulidade, que é declarar inexistente o ato jurídico. Anular pressupõe existir, embora com defeito. Anulável, s.f. – Diz-se do que pode ser desfeito ou rescindido: negócio anulável; decisão anulável.”

30 In op.cit., n.110, p.442-443: “Anulabilidade. Não tem o mesmo alcance da nulidade, nem traz o mesmo fundamento a anulabilidade do negócio jurídico. Nela não se vislumbra o interesse público, porém a mera conveniência das partes, já que na sua instituição o legislador visa à proteção de interesses privados.¹² (De Page, *Traité*, nº 98) (...) Diz-se em doutrina que a anulabilidade visa à proteção do consentimento ou refere-se à incapacidade do agente.¹³ (Planiol, Ripert et Boulanger, nº351.)”

31 In op.cit. H. h.1. “A nulidade relativa ou anulabilidade refere-se “a negócios que se acham inquinados de vício capaz de lhes determinar a ineficácia, mas que poderá ser eliminado, restabelecendo-se a sua normalidade” (165. Esta é a definição de Clóvis Beviláqua (op.cit. p.281). A declaração judicial de sua ineficácia opera ex nunc, de modo que o negócio produz efeitos até esse momento (CC, art. 152). Isto é assim porque a anulabilidade se prende a uma desconformidade que a norma considera menos grave, uma vez que o negócio anulável viola preceito concernente a interesses meramente individuais, acarretando uma reação menos extrema (CC, arts. 147, I e II; 155 a 158) (...)”

insuficiência que não produz os resultados desejados.³²

Nas palavras de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, ineficácia é a qualidade de ineficaz, o que não tem eficácia, e ineficaz, o que é não eficaz, inútil, inconveniente.³³

Sem discrepar dessas definições, Iêdo Batista Neves afirma que a ineficácia trata-se da inutilidade ou insuficiência do ato para produzir efeitos, enquanto que ineficaz se traduz por ausência de qualidade do ato para a produção de efeitos jurídicos.³⁴

Caio Mário da Silva Pereira, ao discorrer sobre os efeitos da nulidade e da anulabilidade, por via transversa ou indireta, favorece a idéia aqui desenvolvida ao sustentar que a ineficácia da obrigação acessória da fiança não leva à ineficácia da obrigação principal.³⁵

Ainda que expostos na análise da nulidade do negócio jurídico, Maria Helena Diniz afirma nulos os atos negociais com vícios essenciais e sem qualquer eficácia jurídica.³⁶

7. LEGISLAÇÃO

7.1 Código Civil Brasileiro

Art. 1481. Dá-se o contrato de fiança, quando uma pessoa se obriga por outra, para com o seu credor, a satisfazer a obrigação, caso o devedor não a cumpra.

Art. 1482. Se o fiador tiver quem lhe abone a solvência, ao abonador se aplicará o disposto neste capítulo sobre fiança.

Art. 1483. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Art. 1484. Pode-se estipular a fiança, ainda sem consentimento do devedor.

Art. 1485. As dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.

Art. 1486. Não sendo limitada a fiança, compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

Art. 1487. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas.

32 In op.cit., p.464: “Ineficácia, s.f. Falta de eficácia; inutilidade, insuficiência que não produz os efeitos desejados.”

33 In op.cit., p.359: “ineficácia. S.f. Qualidade de ineficaz; falta de eficácia. Ineficaz. Adj. 2 g. Não eficaz; inútil, inconveniente.”

34 In op.cit. “Ineficácia, s. f. – Diz-se da inutilidade da insuficiência do ato para produzir efeitos jurídicos. Ineficaz, adj. – Diz-se da ausência de qualidade do ato para produzir efeito jurídico.”

35 In op.cit. n.º 111, p.444: “Quando uma obrigação é dependente de outra, a nulidade da principal fulmina a acessória, mas a recíproca não é verdadeira, pois a ineficácia da acessória não macula a principal, que continua produzindo os seus efeitos, como seria o caso da obrigação garantida por fiança, em que a nulidade da obrigação principal extingue a garantia, mas se for nula a fiança, subsiste o débito.”

36 In op.cit. H, h. l. p.268:“(…) São nulos os atos negociais inquinados por vícios essenciais, não podendo ter, obviamente, qualquer eficácia jurídica. P. ex. (CC, art. 145) (...)”

Quando exceder o valor da dívida, ou for mais onerosa, que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

Art. 1488. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Parágrafo único. Esta exceção não abrange o caso do art. 1.259.

Art. 1489. Quando alguém houver de dar fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município, onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para desempenhar a obrigação.

Art. 1490. Se o fiador se tornar insolvente, ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.

Efeitos da Fiança

Art. 1491. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. - O fiador, que alegar o benefício de ordem a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito (art. 1.504).

Art. 1492. Não aproveita este benefício ao fiador:

I - Se ele o renunciou expressamente.

II - Se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário.

III - Se o devedor for insolvente, ou falido.

Art. 1493. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa, importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservaram o benefício da divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente

pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

Art. 1494. Pode também cada fiador taxar, no contrato, a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, e, neste caso, não será obrigado a mais.

Art. 1495. O fiador, que pagar integralmente a dívida, fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Parágrafo único. A parte do fiador insolvente distribuir-se-á pelos outros.

Art. 1496. O devedor responde também ao fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

Art. 1497. O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

Art. 1498. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador, ou o abonador (art. 1.482), promover-lhe o andamento.

Art. 1499. O fiador, ainda antes de haver pago, pode exigir que o devedor satisfaça a obrigação, ou o exonere da fiança, desde que a dívida se torne exigível, ou tenha decorrido o prazo dentro no qual o devedor se obrigou a desonerá-lo.

Art. 1500. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando, porém, obrigado por todos os efeitos da fiança, anteriores ao ato amigável, ou à sentença que o exonerar.

Art. 1501. A obrigação do fiador passa-lhe aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança.

Extinção da Fiança

Art. 1502. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que compitam ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do art. 1.259.

Art. 1503. O fiador, ainda que solidário com o principal devedor (arts. 1.492 e 1.493), ficará desobrigado:

I - Se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor.

II - Se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências.

III - Se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.

Art. 1504. Se, feita a nomeação nas condições do art. 1.491, parágrafo único, o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador, provando que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.”

145 INC-V

DAS NULIDADES

“Art. 145. É nulo o ato jurídico:

I - quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (artigo 5º).

II - quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.

III - quando não revestir a forma prescrita em lei (art. 82 e 130).

IV - quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V - quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito.”

146 PAR-ÚNICO

“Art. 146. As nulidades do artigo antecedente podem ser alegadas por

qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda a requerimento das partes.”

NB: 1) Ver CCB, art. 222. 2) Ver Lei n.º 6.015/73, Lei dos Registros Públicos, art. 214, no mesmo sentido.

“Art. 147. É anulável o ato jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente (art. 6º).

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113).”

NB: Ver CCB, arts. 83, 154 a 157.

“Art. 148. O ato anulável pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro. A ratificação retroage à data do ato.”

NB: 1) Ver CCB, art. 1.008. 2) Ver Súmulas 335 e 346 do STF

“Art. 149. O ato de ratificação deve conter a substância da obrigação ratificada e a vontade expressa de ratificá-la.”

NB: A ratificação somente pode ser efetivada por ato da mesma natureza do documento original; se for o caso de escritura pública, a ratificação só terá validade se também for lavrada por instrumento público.

“Art. 150. É escusada a ratificação expressa, quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, ciente do vício que a inquinava.”

“Art. 151. A ratificação expressa, ou a execução voluntária da obrigação anulável, nos termos dos arts. 148 a 150, importa renúncia a todas as ações, ou exceções, de que dispusesse contra o ato o devedor.”

“Art. 152. As nulidades do art. 147 não têm efeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de ofício. Só os interessados as podem alegar, e aproveitam exclusivamente aos que as

alegarem, salvo o caso de solidariedade, ou indivisibilidade.

Parágrafo único. A nulidade do instrumento não induz a do ato, sempre que este puder provar-se por outro meio.”

178 PAR-9 INC-I LET-B

“Art. 178. Prescreve:

§ 9º. Em quatro anos:

I - Contados da dissolução da sociedade conjugal, a ação da mulher para: a) desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou sem outorga uxória, ou suprimento dela pelo juiz (art. 235 e 237); b) anular as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido fora dos casos legais (arts. 235, nºs. III e IV, e 236);” (Redação do Dec. Legislativo n.º 3.725/19)

235 INC-III

“Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

I - Alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou direitos reais sobre imóveis alheios (arts. 178, § 9º, n.º I, a, 237, 276 e 293). (Redação do Dec. Leg. 3.725/19)

II - Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos.

III - Prestar fiança (arts. 178, § 9º, n.º I, b e 263, n.º X).”

239

“Art. 239. A anulação dos atos do marido praticados sem outorga da mulher, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada por ela, ou seus herdeiros (arts. 178, § 9º, n.º I, a e n.º II).”

NB: Ver CCB, arts. 240 e seg.

242

“Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I - Praticar atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235).

II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular,

qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, nºs II, III e VIII, 269, 275 e 310).

III - Alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem.

IV - Contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal.” (Redação dos incisos dada pela Lei n.º 4.121, de 27.08.62).

7.2. No NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)

“LIVRO IV. Do Direito de Família.
TÍTULO I Do Direito Pessoal.
SUBTÍTULO I Do Casamento. TÍTULO II Do Direito Patrimonial. Subtítulo I Do Regime de Bens entre os Cônjuges.
CAPÍTULO I

Disposições Gerais”

“Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

(...)

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

(...)

Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.”

“PARTE ESPECIAL
LIVRO I. DO DIREITO DAS
OBRIGAÇÕES. TÍTULO VI. Das Várias
Espécies de Contrato

CAPÍTULO XVIII. DA FIANÇA

Seção I Disposições Gerais

Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.

Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.

Art. 820. Pode-se estipular a fiança, ainda que sem consentimento do devedor ou contra a sua vontade.

Art. 821. As dívidas futuras podem ser objeto de fiança; mas o fiador, neste caso, não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a obrigação do principal devedor.

Art. 822. Não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador.

Art. 823. A fiança pode ser de valor inferior ao da obrigação principal e contraída em condições menos onerosas, e, quando exceder o valor da dívida, ou

for mais onerosa que ela, não valerá senão até ao limite da obrigação afiançada.

Art. 824. As obrigações nulas não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas de incapacidade pessoal do devedor.

Parágrafo único. A exceção estabelecida neste artigo não abrange o caso de mútuo feito a menor.

Art. 825. Quando alguém houver de oferecer fiador, o credor não pode ser obrigado a aceitá-lo se não for pessoa idônea, domiciliada no município onde tenha de prestar a fiança, e não possua bens suficientes para cumprir a obrigação.

Art. 826. Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.

Seção II

Dos Efeitos da Fiança

Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sítios no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Art. 828. Não aproveita este benefício ao fiador:

- I - se ele o renunciou expressamente;
- II - se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;
- III - se o devedor for insolvente, ou falido.

Art. 829. A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão.

Parágrafo único. Estipulado este benefício, cada fiador responde unicamente

pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento.

Art. 830. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.

Art. 831. O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota.

Art. 832. O devedor responde também perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar, e pelos que sofrer em razão da fiança.

Art. 833. O fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora.

Art. 834. Quando o credor, sem justa causa, demorar a execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador promover-lhe o andamento.

Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor.

Art. 836. A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança.

Seção III

Da Extinção da Fiança

Art. 837. O fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal, se não provierem simplesmente de incapacidade pessoal, salvo o caso do mútuo feito a pessoa menor.

Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado:

I - se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor;

II - se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências;

III - se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção.

Art. 839. Se for invocado o benefício da excussão e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvência, ficará exonerado o fiador que o invocou, se provar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada.”

“PARTE GERAL.. LIVRO III, DOS FATOS JURÍDICOS, TÍTULO I, DO NEGÓCIO JURÍDICO, CAPÍTULO I Disposições Gerais

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

Art. 108. Não dispendo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 109. No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem

instrumento público, este é da substância do ato.

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente.

CAPÍTULO V

Da Invalidade do Negócio Jurídico

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

§ 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

Art. 170. Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.

Art. 173. O ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo.

Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

Art. 175. A confirmação expressa, ou a execução voluntária de negócio anulável, nos termos dos arts. 172 a 174,

importa a extinção de todas as ações, ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor.

Art. 176. Quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente.

Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.

Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:

I - no caso de coação, do dia em que ela cessar;

II - no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;

III - no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 180. O menor, entre dezesseis e dezoito anos, não pode, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior.

Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.

Art. 182. Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Art. 183. A invalidade do instrumento não induz a do negócio jurídico

sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal..”

8. JURISPRUDÊNCIA

Na legislação encontram-se genericamente reguladas as situações da vida, mas longe de resolvê-las em sua totalidade, apenas apontam caminho que nem sempre se encaixa no fato sob ótica ou é seguido por aqueles a quem dirigidas as suas respectivas incidências.

Nesse passo, necessário e de todo recomendável que se tenha como fonte não apenas as leis comuns ou esparsas, mas também a jurisprudência que analisa reiterados casos concretos e melhor define a correta e adequada aplicação do dispositivo legal sob ótica.

Nesse teor, como fonte criativa que se torna na lacuna da lei, na controvérsia ou mesmo na mera pretensão resistida, apresenta a jurisprudência variada gama de ocorrências a serem analisadas e, ainda que assim seja, na exata medida que alcança o estrito segmento contido neste trabalho, Fiança sem Outorga Uxória: Causa de Nulidade, Anulabilidade ou Ineficácia?, e na conformidade do que se pode constatar e dimensionar com as ementas abaixo colacionadas:

“LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C

AÇÃO DE COBRANÇA. Contrato de locação prorrogado por prazo indeterminado. Fiança. Exoneração. Caso concreto. Matéria de fato. Exegese de cláusula contratual. Na espécie, uma vez prorrogada a locação por tempo indeterminado, a fiança não se resolve por si mesma, devendo os fiadores agir conforme o disposto no art. 1.500 do Código Civil; não o fazendo, serão responsáveis pelo pagamento dos alugueis até a desocupação do imóvel e a entrega das chaves. Apelo provido, sentença desconstituída. (Apelação Cível nº 70004278131, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, julgado em 19/06/02).

AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. Juros remuneratórios. Não-limitação. Dependendo o par. 3º do art. 192 da CF de regulamentação, conforme interpretação do Pretório Excelso, legal a pactuação da taxa de juros remuneratórios acima do limite de 12% ao ano. Às instituições financeiras não se aplica, no particular, o disposto no Decreto n.º 22.626/33. Fiança. Falta de outorga uxória. Anulabilidade do ato. A falta de outorga uxória à prestação de fiança constitui ato anulável, porque somente à mulher e seus herdeiros compete invalidá-la. Exegese do art. 239 do CC. Apelação provida. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 197210107, 13/08/98, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Wilson Carlos Rodycz, ORIGEM: Estrela. REFLEG. CF-192, par-3 de 1988.

ASSUNTO: 1. - Falta de efetividade. Ineficácia. Taxa acima limite. Instituição financeira. 2. - Nulidade.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIANÇA SEM OUTORGA UXÓRIA. ANULABILIDADE. A fiança prestada pelo marido sem o consentimento da mulher é ato anulável, estando legitimados para propor a anulatória somente o cônjuge ou seus herdeiros (art. 239 do Código Civil). Apelo improvido. REFLEG. CC-239; **ASSUNTO:** 1. Fiança. Falta de Outorga Uxória. Nulidade. Legitimação Ativa. Mulher ou Herdeiros. 2. Embargos do devedor. **DECISÃO:** Negado provimento. Unânime. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 196245641, 20/03/97, Segunda Câmara Cível, Rel. Roberto Laux, ORIGEM: Carazinho.

EMBARGOS À EXECUÇÃO. FIANÇA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. ANULABILIDADE. INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 298 DO CPC. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 196135420, 11/12/96, Sétima Câmara Cível, **DECISÃO:** Negado provimento. Unânime. Rel. Roberto Expedito da Cunha Madrid, Três de Maio REFLEG. CPC-298; JURISPR. RP v-6 p-317; **ASSUNTO:** 1. Fiança. Falta de outorga uxória. Anulabilidade. 2. Execução. Co-devedor. Falta de citação. Embargos do devedor. Nulidade. Inocorrência. TIPO CÍVEL.

NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL. EMBARGOS. FIANÇA. OUTORGA UXÓRIA. ATO ANULÁVEL. JUROS REMUNERATÓRIOS. A fiança prestada pelo marido sem consentimento da mulher é ato anulável, estando legitimada apenas a mulher ou seus herdeiros. Questão superada, entretanto, pelo afastamento da fiança, ante o assentimento tácito do exequente. Os juros remuneratórios devem paramentar-se em 1% ao mês, sem socorro a argumentos constitucionais, pois em período de estabilidade monetária, esta é tradição nacional, à vista de vários diplomas. Apelação provida, em parte. ASSUNTO: 1. Nota de crédito comercial. Execução. Embargos do devedor. 2. Fiança. Falta de outorga uxória. - Anulabilidade. - Nulidade. Legitimação ativa. Mulher ou herdeiros. 3. Juros reais. Interpretação. Percentual. Limite. DECISÃO: Dado provimento parcial. Unânime. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 196146997, 24/10/96, Sexta Câmara Cível, RELATOR José Carlos Teixeira Giorgis, ORIGEM: Espumoso.

FIANÇA. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. PROPOSTA A AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DA OBRIGAÇÃO PELA MULHER, QUE NÃO A FIRMOU, A PROCEDÊNCIA É IMPOSIÇÃO LEGAL, POUCO IMPORTANDO A DETERMINAÇÃO EM TORNO DA NULIDADE OU ANULABILIDADE DA FIANÇA. EXIGÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA QUE NÃO SE

VÊ ALTERAR PELA NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IRRELEVÂNCIA, OUTROSSIM, DE O FIADOR HAVER SE COMPROMETIDO COMO PRINCIPAL PAGADOR E DEVEDOR SOLIDÁRIO, DESDE QUE, MESMO ASSIM, MANTIDA A NATUREZA DA FIANÇA COMO TAL. HONORÁRIOS FIXADOS COM MODERAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 195059332, 22/06/95, SEXTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR MARCELO BANDEIRA PEREIRA, ORIGEM: PORTO ALEGRE. REFLEG. CC-235 INC-III; CC-242 INC- ASSUNTO: 1. FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. - NULIDADE. - ANULABILIDADE. 2. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO NA SENTENÇA. DECISÃO: NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. TIPO CÍVEL.

FIANÇA. A AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA NÃO NULIFICA A FIANÇA. APENAS IMPLICA EM INEFICÁCIA RELATIVA DA MESMA EM FACE DA ESPOSA. INEFICÁCIA ESTA, DE RESTO, A SER ALEGADA, PRIVATIVAMENTE, PELO CÔNJUGE. CASO EM QUE, DE RESTO, O EMBARGANTE ASSUMIU DÍVIDA TAMBÉM COMO DEVEDOR SOLIDÁRIO. REFLEG. CC-263 INC-X; CC-239; CC-235; CC-178 PAR-9 AL-B. ASSUNTO: 1. FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA.

ANULABILIDADE. - VALIDADE. RESPONSABILIDADE. BEM PARTICULAR OU MEAÇÃO. - NULIDADE. LEGITIMAÇÃO ATIVA. MULHER OU HERDEIROS. 2. FIANÇA. EXECUÇÃO. DEVEDOR SOLIDÁRIO. DECISÃO: DADO PROVIMENTO. UNÂNIME. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 195087622, 08/08/95, SEXTA CÂMARA CÍVEL, RELATOR ARMÍNIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA. ORIGEM: FLORES DA CUNHA.

FIANÇA. ANULABILIDADE. É ANULÁVEL E NÃO NULA, A FIANÇA DESPROVIDA DE OUTORGA UXÓRIA (CC, ARTS. 145, V, 146, 152 E 239) COMPETINDO À MULHER LEGITIMIDADE PARA DEMANDAR A INVALIDAÇÃO (CC, ART. 239). REFLEG. CC-235 INC-III; CC-239; CC-145 INC-V; CC-152; CC-178 PAR-9 INC-I LET-B; CC-146 PAR-ÚNICO. JURISPR. APC 12651 TJRGS; APC 191108661 TARGS; JULGADOS TARGS V-12 P-166; V-81 P-171; RJTJRGS V-42 P-58; RTJ V-36 P-559; V-54 P-138; V-55 P-384; V-56 P-743; V-61 P-676 RJTJRS, JULGADOS TARGS V-88 P-354 AC-IGUAL APC 194143152 ARNO WERLANG ASSUNTO: FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. - ANULABILIDADE. - NULIDADE. LEGITIMAÇÃO ATIVA. MULHER. DECISÃO: DADO PROVIMENTO. UNÂNIME. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 193190071, 30/

11/93, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, RELATOR HEITOR ASSIS REMONTI, ORIGEM: PELOTAS. BIBLIOGR. - SANTOS, CAVALHO. “CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO”. III, P-250, FREITAS BASTOS; - LEAL, A.L. CÂMARA. “DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA”. P-381, 159. JULGADOS TARGS V-88 P-354, TIPO CÍVEL.

EXECUTIVO FISCAL. EMBARGOS. FIANÇA. NULIDADE DA FIANÇA PELO ANALFABETISMO DA FIADORA, RECONHECIDA DE OFÍCIO, E ANULABILIDADE POR FALTA DE OUTORGA MARITAL, QUE DEPENDE DE SUSCITAÇÃO DO CÔNJUGE PRETERIDO. A PENHORA EM BENS IMÓVEIS DOS FIADORES, NÃO VINCULA PROCESSUALMENTE A FIADORA NÃO ATADA, NEM INTIMADA DA CONSTRIÇÃO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. TRIBUNAL TJRGS, RECURSO APC N.º 592136022, 18/02/93, SEGUNDA CÍVEL, RELATOR SERGIO JOSÉ DULAC MULLER, ORIGEM: TAQUARI. (RESUMO) REFLEG. CC-43 INC-I LF-6830 DE 1980 ART-12 PAR-2 CTN-109 ASSUNTO: 1. PROCESSO CIVIL. 2. ICMS. COBRANÇA. 3. EXECUTIVO FISCAL. - FIANÇA. FIADOR ANALFABETO. EFEITOS QUANTO À GARANTIA PRESTADA. - PENHORA. INTIMAÇÃO. EFEITOS. - CITAÇÃO DO DEVEDOR. - CITAÇÃO DO FIADOR. FALTA.

EFEITOS. 4. FIADOR. DÉBITOS FISCAIS. 5. EMBARGOS DO DEVEDOR. - PENHORA EM EXECUTIVO FISCAL. - AVALIAÇÃO DOS BENS PENHORADOS. - BENS IMÓVEIS DO FIADOR. INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE. FALTA. - EXECUTIVO FISCAL. - FIANÇA. ANULABILIDADE. ILEGITIMIDADE DO DEVEDOR PARA SUSCITAR. - CRÉDITO FISCAL E MULTA. 6. FIANÇA. - OUTORGA UXÓRIA. FALTA. EFEITOS. - NULIDADE. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. EFEITOS. - ANULABILIDADE. FONTE: JURISPRUDÊNCIA TJRS, C-CÍVEIS, 1993, V-1, T-9, P-287-290, TIPO CÍVEL.

FIANÇA - OUTORGA UXÓRIA - AUSÊNCIA - NULIDADE DA GARANTIA - APLICAÇÃO DO ART. 242, I, C/C O ART. 235, III, DO CC - INTERPRETAÇÃO DO ITEM I DO ART. 5º, C/C O § 5º DO ART. 226, AMBOS DA CF - EXEGESE DA IGUALDADE ENTRE HOMEM E MULHER - A nulidade da fiança por ausência de outorga é absoluta e não convalesce, conforme demonstra o disposto nos arts. 235, III, e 242, I, do CC, descabendo incluir-se meação de pessoa que sequer foi parte do contrato de fiança e que, por isso, dispensada do ônus de provar. (2º TACSP - Ap. c/rev. 306.986-0-00 - 6ª - Rel. Juiz Lagrasta Neto - J. 05.02.92) (JTACSP 135/357).

EMBARGOS DO DEVEDOR. LOCAÇÃO. FIANÇA. É ANULÁVEL,

E NÃO NULA, A FIANÇA DESPROVIDA DE OUTORGA UXÓRIA, COMPETINDO À MULHER LEGITIMIDADE PARA DEMANDAR A INVALIDAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE, DEMANDADO O DESFAZIMENTO DO ATO, A RESPECTIVA SENTENÇA, EM SEU DISPOSITIVO LIMITOU-SE A EXCLUIR A MULHER DA RELAÇÃO PROCESSUAL EXECUTÓRIA. SUBSISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO EM RELAÇÃO AO MARIDO. EXCLUSÃO, TODAVIA, DAS DESPESAS DE RECUPERAÇÃO DO IMÓVEL, PORQUE IMPROVADAS NÃO DECORRESSEM DE USO NORMAL, E DA SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO DE DESPEJO, POR FALTA DE INTIMAÇÃO DO FIADOR. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. TRIBUNAL TARGS, RECURSO APC N.º 191108661, 25/09/91, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL RELATOR ARAKEN DE ASSIS, ORIGEM: PELOTAS. REFLEG. LILF-6649 DE 1979 ART-22; CC-145 INC-V; CC-146 PAR-ÚNICO; CC-152; 02/08/99 15:06:27, TJRS - Jurisprudência Cível Unificada, Página: 2 CC-239; CC-245 INC-III; CC-1486; CPC-471 INC-II RJTJRS, JULGADOS TARGS V-81 P-171 ASSUNTO: 1. FIANÇA. FALTA DE OUTORGA UXÓRIA. - ANULABILIDADE. - NULIDADE. LEGITIMAÇÃO ATIVA. MULHER. 2. LOCAÇÃO. EXECUÇÃO. - FIANÇA. FALTA DE INTIMAÇÃO AÇÃO DE DESPEJO. EFEITOS. -

COBRANÇA ALUGUEL, CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. - REPARAÇÃO DE DANO. FALTA DE PROVA. EXCLUSÃO. DECISÃO: DADO PROVIMENTO. UNÂNIME. BIBLIOGR. DALL'AGNOL JR. ANTONIO JANYSR. INVALIDADES PROCESSUAIS, PORTO ALEGRE, LEJUR, 1989, N-3.1, P-31 JULGADOS TARGS V-81 P-171. TIPO CÍVEL.”

9. ANÁLISE RELACIONAL E CONFRONTO DOS INSTITUTOS

Ao teor do quanto exposto até aqui, e consoante o que dispõe a legislação, ao que prega a doutrina e ao que comprova a própria jurisprudência, e segundo a ótica deste articulista, o Contrato de Fiança sem Outorga Uxória não é causa de Nulidade, não é causa de Anulabilidade e não é causa de Ineficácia. E tal importa dizer por que não é e/ou justificar o que seja.

Não se trata de nulidade porque a nulidade somente pode alcançar a quem não participou do ato de concessão da fiança com a sua anuência, com o seu assentimento, com o seu livre consentimento.

Não se trata de anulabilidade porque não se pode anular o ato que foi regularmente praticado por agente capaz, objeto lícito e não vedado em lei, sem outra causa de anulabilidade senão essa ora em estudo. Por força disso, a validade do ato não pode ser anulada.

Não se trata de ineficácia porque somente os atos que padecem de vícios insanáveis é que poderão ser tidos por ineficazes.

Mas um vício parcial existe a macular esse contrato de fiança sem outorga uxória: a ausência da manifestação de vontade daquele que estava obrigado a participar com o seu consentimento ao ato de concessão da fiança.

Desse modo, marido ou mulher, um ou outro não está obrigado a responder pelos efeitos que possam vir a ser causados em sua esfera jurídica obrigacional na medida em que a isso não deram causa.

Nesse ponto, não pode ela ou ele, conforme se der o caso, serem alcançados pelos efeitos da fiança, aquele que não contratou e que não pode responder pelos seus efeitos. E nesse caso, trata-se, portanto, de ineficácia parcial, ou ineficácia relativa, mas nunca nulidade, anulabilidade, ou ineficácia, pura e simplesmente.

O mesmo raciocínio, no entanto, serve igualmente, *data venia*, para os que entendem que se trata de nulidade, de anulabilidade ou ineficácia.

Em qualquer dos casos, não se nulificará o ato, não se anulará o ato, não se ditará a ineficácia do ato, senão em relação à meação daquele de quem ausente o consentimento para a concessão da garantia, pois o outro cônjuge o praticou segundo sua perfeita e plena vontade, não podendo, pois, cogitar-se de nulidade, anulabilidade, ou ineficácia, senão parcial, relativamente ao cônjuge que não participou do ato, negócio jurídico acessório, o contrato de concessão da fiança.

Até porque, e isso subjaz ao entendimento aqui esposado, jamais se

cogitará de nulidade, de anulabilidade, ou de ineficácia, senão naquelas oportunidades em que o concedente da fiança sem outorga uxória impossibilita-se de cumprir a obrigação do afiançado e, por causa disso, é judicialmente acionado a responder com os bens que possui, no caso, em comunhão com aquela ou aquele que deveria ter participado do ato com a sua anuência.

E se não produziu a concessão de garantia, sua meação nesses bens levados à constrição, estarão, necessariamente, parece-me, preservados pelo juízo que da causa tomar conhecimento.

E a meu pensar, ver e sentir, isso ocorre porque nem a lei, nem a doutrina, podem superar o fato consumado que deriva da circunstância de o concedente da fiança sem outorga uxória ou marital espontaneamente satisfazer perante o credor a obrigação não cumprida pelo afiançado devedor, seja fazendo-o em nome próprio ou, e não raro, em nome do próprio devedor.

E nesse passo, não há de cogitar-se de nulidade, de anulabilidade ou de ineficácia, pois, ao contrário, o contrato de fiança sem outorga uxória ou marital teve plena e absoluta existência, plena e absoluta validade e plena e absoluta eficácia.

E tal se explica porque a procura e a pesquisa na identificação do que seja uma coisa ou outra tem vertente na confusão, similitude ou sinonímia verificada tanto na legislação quanto na doutrina e mesmo na jurisprudência, quanto ao uso da nomenclatura relativa à nulidade, anulabilidade e ineficácia, aplicando indistintamente uma ou outra,

mas sempre na mesma direção, no mesmo sentido: o resultado.

No entanto, importante frisar, o meio através do qual a isso se chegou, como visto, não tem maior relevância segundo a ótica deste articulista, na razão direta de que a única coisa que tem significado teleológico e finalístico ocorre exatamente no campo, no âmbito, do resultado, dos efeitos, da eficácia ou não que possa ter a fiança concedida sem outorga do outro cônjuge.

Por outro lado, a meu ver e sentir, conquanto respeite e acolha as idéias e ensinamentos dos mestres, considero que não importa o rótulo que se dê aos problemas criados pelos fatos no efervescer do mundo social, pois em regime democrático e estado de direito o que importa, no fundo, é a solução equânime para o caso *sub oculis*. Por isso mesmo, de um contrato de fiança sem outorga uxória podem ser extraídas várias conclusões.

A primeira, é que pode mesmo tratar-se de nulidade. E se assim for, somente poderá tratar-se de nulidade mitigada, pois do cônjuge que concedeu a fiança sem qualquer outra causa de nulidade senão essa, não poderá pensar-se em nulidade.

E ter-se-á obrigatoriamente de tratá-la de Nulidade Parcial Absoluta, onde a nulidade atinge tão-somente a pessoa do cônjuge que não deu o consentimento. Por certo que tal implica em processo, de regra executivo, e já na fase de constrição de bens que pertencem a ambos os cônjuges, um deles surpreendido na medida em que nenhum gravame criou para os seus

bens, relativamente a essa fiança, na medida em que não a concedeu.

Veja-se, entretanto, que essa declaração judicial de nulidade parcial absoluta não terá qualquer significado e para nada servirá, objetivamente, se não tiver aplicação no plano da eficácia, ou seja, ela corresponderá ao juiz da causa afirmar que a fiança não tem eficácia em relação ao cônjuge não-participante da fiança, pois se o cônjuge que não concedeu a fiança não viesse a ser afetado pela constrição, não haveria nulidade conhecida e, portanto, não reconhecida como tal em juízo, e, por isso mesmo, sem aplicação no campo que realmente significa resultados: os efeitos da fiança, a eficácia da fiança.

A segunda conclusão é que pode também tratar-se de anulabilidade, mas Anulabilidade Parcial, pois não se poderá anular o ato existente, válido e eficaz, relativamente ao cônjuge que concedeu a fiança sem qualquer outra causa de anulabilidade senão essa decorrente da falta de outorga, uxória ou marital.

Nesse passo, então, necessário apontar a diferença entre a nulidade parcial absoluta e a anulabilidade parcial que residem sempre, ambas, na evitação ou impedimento de atuação plena dos efeitos da fiança, do campo da eficácia, na esfera jurídica obrigacional daquele cônjuge que não concedeu a fiança.

A nulidade parcial absoluta decorre da operatividade da defesa já na esfera de constrição dos bens do cônjuge não participante da fiança, enquanto que a anulabilidade parcial pode ser argüida por quem a aproveita (o outro cônjuge) a partir do momento em que tiver ciência da concessão de certa fiança sem outorga uxória, ainda que, a esse tempo, não exista inadimplemento do devedor ou constrição de bens.

Contextualizando, a busca do reconhecimento judicial da declaração de anulabilidade parcial vai obter o mesmo efeito da declaração de nulidade parcial absoluta, esta já no âmbito processual executivo, enquanto que aquela, necessariamente, ainda no campo do processo de conhecimento.

A terceira e definitiva conclusão é que uma circunstância ou outra se constituem em meras facetas dos fatos que levam à concessão da fiança sem outorga uxória ou marital, que na sua elaboração, na sua efetuação, não cogitam do enquadramento legal, doutrinário ou jurisprudencial, mas cujo interesse e alcance tem por objetivo único a ineficácia da fiança, relativamente ao cônjuge preterido. E, como visto, Ineficácia Parcial.

Em outras palavras, a argüição de nulidade parcial absoluta ou anulabilidade parcial seriam apenas o *modus faciendi*,³⁷ segundo Humberto

37 Gilberto Caldas, In *O Latim no Direito*. São Paulo, Brasiliense Coleções, 1986, p.188: *MODUS FACIENDI. Maneira de fazer*. Citando Humberto Theodoro Júnior: “É o procedimento, de tal sorte, que dá exterioridade ao processo, revelando-se o *modus faciendi* com que se vai atingir o escopo da tutela jurisdicional.” (Processo Cautelar, Humberto Theodoro Júnior, 1. ed., p.26).

Theodoro Junior, citado por Gilberto Caldas, de atingir o objetivo único, que é a ineficácia, que pode ser argüida diretamente pelo cônjuge não concedente da fiança, como Ineficácia Parcial, no processo executivo, durante ou antes da fase de constrição, ou ainda em processo típico de conhecimento, quando o objetivo já não seria evitar a imediata constrição de seus bens, resguardando-lhe a meação, mas prevenir a meação que pode vir a ser atingida no futuro, caso o afiançado devedor venha a não cumprir a obrigação assumida perante o credor, garantida pelo outro cônjuge.

10. EFEITOS *EX TUNC* E *EX NUNC*

Nessa contextualização, não há que se confundir o poder potestativo processual típico da nulidade com a faculdade processual exurgente da anulabilidade, poderes traduzidos em operatividade distinta de direitos, mas que convergem para um único e exclusivo fim: o efeito de direito material que resulta em declaração judicial negativa da obrigação na esfera obrigacional do cônjuge que não concedeu a fiança, e na medida direta em que não se obrigou e, por isso mesmo, não pode vir a sofrer qualquer constrição em seus bens.

Ou, em outras palavras, materialmente o contrato de fiança não lhe é oponível porquanto não-eficaz, visto que essa eficácia nasce (e só daí pode nascer) da obrigação constituída segundo o consentimento daquele que se obriga ou está legalmente obrigado (e este não é caso em apreço).

E isso, a meu pensar e sentir, é ineficácia parcial, pois diretamente relacionada entre o contrato acessório e o não-concedente da fiança, ainda que permaneça o contrato com eficácia plena em relação ao cônjuge autor da garantia, pela qual responderá até o limite de sua meação nos bens constritos ou a constriar.

Nesse passo, *rogata maxima venia*, os efeitos da declaração judicial haverão de ser sempre *ex tunc*, desde o momento em que concedida a fiança pelo outro cônjuge, sem outorga uxória, desimportando que ela se faça mediante a potestatividade da nulidade ou da faculdade da anulabilidade, no processo de conhecimento.

Por conseqüência, *venia concessa*, logo se conclui que os efeitos *ex nunc*, desde o momento em que exarada a declaração, não tem aplicação à fiança sem outorga uxória porque não se pode aplicar esse princípio da faculdade processual quando do que se cogita é da estrutura de direito material (segundo o qual ninguém se obriga sem ciência – em não se tratando – como não se trata, de obrigação ditada pela lei, que ninguém pode ignorar), ao qual se subsume a anulabilidade dentro da principiologia adotada pelo Código Civil Brasileiro, onde direito menor não prevalece ou se sobrepõe sobre direito maior (a não-obrigação), e ainda que nele mesmo prevista, porque disposição de menor hierarquia, a anulabilidade.

Oportuno lembrar que afora os casos de silêncios jurídicos, os denominados silêncios eloqüentes, que

significa ciência sobre o que deve a parte silenciar ou manifestar-se (do que não se cogita ou não tem aqui aplicação), não há no Código Civil Brasileiro, obrigação que decorra da não-obrigação ou da não-ciência de uma obrigação qualquer.

Por isso, *data venia*, relevante ainda salientar que a questão em exame se resolve mesmo, materialmente falando, ou se exaure a finalidade da concreção do fato, não no plano da existência (pois fiança não existe para o cônjuge que não a concedeu) e pode levar à nulidade parcial absoluta, e tampouco no plano da validade, o que levaria a anulabilidade, posto que não pode valer o que não existe, o que levaria à anulabilidade parcial, e ainda que tal venha a se definir num processo, o plano que realmente faz resultados é o plano da eficácia material, do qual nem a nulidade, nem a anulabilidade podem escapular.

E isso ainda que o plano da eficácia material, para contestar ou defender o direito da não-obrigação perante a garantia da fiança concedida pelo outro cônjuge, somente se alcance mediante processo judicial, geralmente já na fase executiva, mas que também pode, como antes assinalado, ser exercido esse direito através do processo de conhecimento e sem que para tal, tenha a decisão judicial que reconhecer a ineficácia parcial da fiança somente a partir de então.

11. CONCLUSÃO

Em suma, o ato não-eficaz somente pode decorrer de ato não-existente ou não-válido, circunstâncias que coexistem, coabitam, no contrato de fiança sem outorga uxória ou marital, relativamente ao cônjuge que não concedeu a fiança.

Aliás, de todo oportuno lembrar que é pela interpretação que se conhece a concepção de vida do intérprete, até porque, e por isso mesmo, impregnada de subjetivismo, na cátedra de Eduardo Couture.³⁸

Nesse passo, longe deste trabalho vir para contrariar tudo quando já dito até então, vem apenas para acrescentar que a causa jurídica eficiente na definição de o contrato de fiança sem outorga uxória ser causa de nulidade, de anulabilidade ou de ineficácia, é, como exposto, a Ineficácia Parcial, não a nulidade, que é causa jurídica de arguição plena, ou a anulabilidade, que é causa jurídica de arguição mitigada, relativa, ou parcial, pois são ambas necessariamente convergentes ao desvelamento, à revelação daquela, a causa jurídica eficiente.

Por isso, resulta concluir que o contrato de fiança sem outorga uxória (ou marital) é causa de Ineficácia Parcial, ou, subsidiariamente, ainda que direcionada para esse mesmo objetivo (no qual se subsume), a ineficácia, causa

38 “Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção de direito, o que significa dizer por uma concepção de vida. Interpretar é dar vida a uma norma. (...) O raciocínio e a intuição, todavia, pertencem ao homem, e, por isso, estão prenhes de subjetivismo. Todo intérprete é, embora não o queira, um filósofo e um político da Lei.” Eduardo Couture.

de nulidade parcial absoluta ou anulabilidade parcial, e seus efeitos exsurgentes desde o momento em que deveria ter existido a outorga uxória ou marital.

Por derradeiro, no âmbito do processo de conhecimento poderá ser também identificada como causa de

Nulidade Parcial Absoluta ou causa de Anulabilidade Parcial, embora no processo executivo, pela concreção da argüição de direito material, resulte sempre em Causa de Ineficácia Parcial, porquanto constitui o fim último, o resultado, da análise ora enfrentada.

REFERÊNCIAS

- ADIERS, Moacir. *Caracterização da Boa-Fé na Posse como uma Arte Jurisprudencial*. Porto Alegre, Ajuris n.41, 1987.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Interpretação*. Porto Alegre, Ajuris n.45, 1989.
- ASSIS, Araken de. *Locação e Despejo*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- BARROS, Wellington Pacheco. *A Interpretação dos Contratos*. Porto Alegre, Ajuris n.49, 1990.
- . *A Interpretação Sociológica do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.
- . *Dimensões do Direito*. 2.ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- . *Curso de Direito Agrário*. 3.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 198. ———. *Contrato de Arrendamento Rural*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Lei das Locações Prediais Urbanas: Comentários*. São Paulo, LTR, 1992.
- CALDAS, Gilberto. *Nova Lei do Inquilinato Comentada*. São Paulo, Edipraxis, 1991.
- . *A Técnica do Direito*, v.4, *A Técnica da Locação de Imóveis (Comercial e Residencial)*. São Paulo, Brasiliense Coleções, 1986.
- . *O Latim no Direito*. São Paulo, Brasiliense Coleções, 1986.
- CARVALHO, Ivan Lira de. *A interpretação da Norma Jurídica*. Ajuris n.58, 1993.
- CERVO, Amado Luiz e BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia Científica*, 2.ed. rev. e ampl. São Paulo, McGraw-Hill do Brasil, 1978.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, 6.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*, 6.ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.
- . *Curso de Direito Romano. O direito romano e o direito civil brasileiro*, 7.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980.
- DIAS, Nadir Silveira. *Locação de Imóveis Comentada em Locuções e Verbetes*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Locações de Imóveis Urbanos Comentada*. São Paulo, Saraiva, 1992.
- . *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1º vol. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1986.

- EDITORA ABRIL S.A. *Manual de Estilo Editora Abril*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1990.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa*. Folha de São Paulo/ Editora Nova Fronteira, 1995.
- GASPERI, Ulysses de. *Elementos de Economia (Economia Política)*, 5.ed. Porto Alegre, Sulina, 1970.
- HOUAISS, Antônio. Direção de, *Pequeno Dicionário Enciclopédico Koogan Larousse*, Rio de Janeiro, Ed. Larousse do Brasil, 1992.
- KASPARY, Adalberto J. *Habeas Verba, Português para Juristas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.
- . *O verbo na Linguagem Jurídica - Acepções e Regimes*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1994.
- LINDEMBERG FILHO, Sylvio de Campos. *Venda de Imóveis, um Ato de Negociação*. 1.ed. Porto Alegre, Sagra, 1990.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 1979.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8.ed. São Paulo, Freitas Bastos, 1965.
- MELLO NETO, João Alfredo. *Manual Teórico e Prático do Condomínio*. 1.ed., Rio de Janeiro, Aide Ed., 1989.
- NEVES, Iêdo Batista. *Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. Rio de Janeiro, APM Editora, 1987.
- PACHECO, José da Silva. *Comentários à Nova Lei sobre as Locações dos Imóveis Urbanos e seus Procedimentos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, *Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral de Direito Civil*, 9.ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986.
- RIZZARDO, Arnaldo. *A Nova Lei do Inquilinato*. Porto Alegre, Ajuris n.54, 1992.
- RODIGUES, SILVIO. *Direito Civil, dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade*, Vol.3, Editora Saraiva, 22.ed., 1994.
- ROQUE LAUSCHNER, S.J. *Lógica Formal*. 3.ed., Porto Alegre, Livraria Sulina Editora, 1969.
- SILVA, José Henrique de Freitas Valle e. *Manual Prático do Inquilinato*. Porto Alegre, Ed. Pró-Viver, 1991.
- SOUZA, Rui Barbosa de. *Correspondência, Moderno Manual de Linguagem e Comunicação*, 4.ed. Porto Alegre, Editora Rígel.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro; Saraiva, 1993.
- . *Da Locação do Imóvel Urbano, Direito e Processo*, 1.ed., 2ª tiragem. Rio de Janeiro, 1999.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 10.ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

VM+
editoração eletrônica
51 3209.5044
vmm.ez@terra.com.br

Composto especialmente para a Editora Meridional,
em Times New Roman, corpo 11/13,5, sobre o papel offset 75g
e impresso na